



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2018 Vol. 2

3^e cahier, 2018 Vol. 2

Cited as [2018] 2 S.C.R. { i-iii
595-866

Renvoi [2018] 2 R.C.S. { i-iii
595-866

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
BARBARA KINCAID

AUDREY-ANNE BERGERON	Legal Counsel / Conseillers juridiques LEE ANN GORMAN	ANDREA SUURLAND
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LAUREN KOSHURBA	LESLI TAKAHASHI
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	DIANE THERRIEN
ANNE DES ORMEAUX	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY
ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL	LESLIE-ANNE WOOD

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	AUDRA POIRIER
STEPHEN BALOGH	ALEXANDRE CLÉMENT	MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisor / Révisure technique
SUZANNE AUDET

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

Administrative Assistants / Adjoint administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xli
Authors Cited	xlvi
Index	859

British Columbia v. Philip Morris International, Inc. 595

Civil procedure — Production of documents — Health care databases — Province bringing action pursuant to provincial legislation against tobacco manufacturers to recover tobacco-related health care costs on aggregate basis — Legislation barring compellability in such action of “health care records and documents of particular individual insured persons” and of “documents relating to provision of health care benefits for particular individual insured persons” — Tobacco manufacturer seeking production of databases of health care information to be used by province to prove causation and damages in action — Whether databases, once anonymized, are compellable — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, s. 2(5)(b).

R. v. Brassington 616

Criminal law — Defence — Disclosure — Informer privilege — Solicitor-client communication — Police officers charged with crimes relating to alleged misconduct during police investigation — Officers seeking permission to disclose to their defence lawyers information obtained during investigation that might reveal identity of confidential informers — Whether officers entitled to disclose information — Whether limitations placed on information that officers can disclose to their lawyers interfere with solicitor-client relationship.

Criminal law — Informer-privileged information — Objection to disclosure — Police officers charged with crimes relating to their conduct during police investigation — Case management judge declaring that officers can discuss

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xxix
Lois et règlements cités	xliiii
Doctrine et autres documents cités	xlv
Index	863

Colombie-Britannique c. Philip Morris International, Inc. 595

Procédure civile — Production de documents — Bases de données relatives aux soins de santé — Action intentée par la province contre les fabricants de produits du tabac en vertu de la législation provinciale afin de recouvrer globalement le coût des services de soins de santé liés au tabac — Législation précisant que, dans une telle action, nul ne peut être requis de produire les « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » et les « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés » — Fabricant de produits du tabac cherchant à obtenir la production de bases de données contenant des renseignements médicaux destinés à servir à la province pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts dans le cadre de l’action — Est-il possible d’exiger la production des bases de données, une fois celles-ci anonymisées? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, art. 2(5)(b).

R. c. Brassington 616

Droit criminel — Défense — Divulgence — Privilège de l’indicateur de police — Communication avocat-client — Policiers accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu’ils auraient eue au cours d’une enquête policière — Demandes des policiers sollicitant la permission de divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance dans le cadre de l’enquête et qui sont susceptibles de révéler l’identité d’indicateurs anonymes — Les policiers ont-ils le droit de divulguer les renseignements? — Les restrictions imposées à l’égard des renseignements que les policiers peuvent divulguer à leurs avocats entravent-elles la relation avocat-client?

Droit criminel — Renseignements protégés par le privilège de l’indicateur — Opposition à la divulgation — Policiers accusés de crimes liés à leur conduite au cours d’une enquête policière — Déclaration par la juge chargée de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

information obtained during that investigation with their defence counsel that might reveal identity of confidential informers — Crown objection to disclosure of information dismissed — Whether declaratory order criminal or civil in nature — Whether order authorized form of disclosure to which Crown was entitled to object on public interest grounds under Canada Evidence Act — Whether appeal from dismissal of objection available — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1.

Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC 643

Intellectual property — Copyright — Infringement — Norwich order — Costs of compliance — Copyright owners obtaining Norwich order compelling Internet service provider to disclose identity of person suspected of infringing owners' copyright — Owners seeking not to pay costs of disclosure based on provision in statutory notice and notice copyright regime prohibiting Internet service provider from seeking costs for complying with obligations under regime — Whether steps taken by Internet service provider to comply with Norwich order overlap with its statutory obligations — Whether overlap, if any, impacts Internet service provider's ability to recover reasonable costs of compliance with Norwich order — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 41.25, 41.26.

Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec 687

Constitutional law — Parliamentary privilege — Scope of privilege — Security guards dismissed by President of National Assembly of Québec — Union grieving dismissals before labour arbitrator — President objecting to grievances on basis that decision to dismiss guards immune from review because of parliamentary privilege over management of employees and parliamentary privilege to exclude strangers — Whether President has established that either parliamentary privilege is necessary for National Assembly to discharge legislative mandate and therefore dismissals should be immune from arbitrator's review — Act respecting the National Assembly, CQLR, c. A-23.1, ss. 110, 120.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la gestion de l'instance que les policiers peuvent discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Rejet de l'opposition de la Couronne à la divulgation des renseignements — L'ordonnance déclaratoire est-elle de nature criminelle ou civile? — L'ordonnance autorisait-elle une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public en vertu de la Loi sur la preuve au Canada? — Le rejet de l'opposition peut-il être porté en appel? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37, 37.1.

Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC 643

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Ordonnance de type Norwich — Coûts occasionnés en vue de la conformité — Obtention par des titulaires de droits d'auteur d'une ordonnance de type Norwich obligeant un fournisseur de services Internet à communiquer l'identité d'une personne qui aurait violé leur droit — Titulaires de droits d'auteur demandant de ne pas payer les coûts relatifs à la communication sur le fondement d'une disposition du régime législatif d'avis et avis interdisant aux fournisseurs de services Internet de demander des droits pour les coûts occasionnés par la conformité aux obligations dans le cadre de ce régime — Les mesures prises par le fournisseur de services Internet pour se conformer à l'ordonnance de type Norwich chevauchent-elles ses obligations légales? — Un tel chevauchement, s'il en est, a-t-il une incidence sur la capacité du fournisseur de services Internet de recouvrer les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type Norwich? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 41.25, 41.26.

Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec 687

Droit constitutionnel — Privilège parlementaire — Portée du privilège — Gardiens de sécurité congédiés par le président de l'Assemblée nationale du Québec — Présentation par le syndicat de griefs contre les congédiements à un arbitre en droit du travail — Opposition du président aux griefs au motif que la décision de congédier les gardiens était à l'abri d'une révision en raison du privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et de celui d'expulser des étrangers — Le président a-t-il établi que l'un ou l'autre des privilèges parlementaires était nécessaire pour que l'Assemblée nationale puisse s'acquitter de son mandat législatif, de sorte que les congédiements devraient être à l'abri d'une révision par l'arbitre? — Loi sur l'Assemblée nationale, RLRQ, c. A-23.1, art. 110, 120.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

**Mikisew Cree First Nation v. Canada
(Governor General in Council) 765**

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Judicial review — Parliament adopting legislation amending Canada’s environmental protection regime — First Nation bringing application for judicial review with respect to development and introduction of legislation — Whether Federal Court had jurisdiction to consider First Nation’s application — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, 2(2), 17, 18, 18.1.

Constitutional law — Aboriginal peoples — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Parliament adopting legislation amending Canada’s environmental protection regime — First Nation not consulted on legislation at any stage of development or prior to granting of royal assent — First Nation seeking declaration that Crown owed and breached duty to consult since legislation had potential to adversely affect treaty rights to hunt, trap, and fish — Whether duty to consult applies to law-making process.

SOMMAIRE (Fin)

**Mikisew Cree First Nation c. Canada
(Gouverneur général en conseil) 765**

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Contrôle judiciaire — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l’environnement — Présentation par une première nation d’une demande de contrôle judiciaire concernant l’élaboration et le dépôt de projets de loi — La Cour fédérale avait-elle compétence pour se prononcer quant à la demande de la première nation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1.

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consulter — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l’environnement — Absence de consultation d’une première nation pendant toute l’élaboration des projets de loi et avant que ceux-ci reçoivent la sanction royale — Demande par la première nation d’un jugement déclarant que la Couronne avait l’obligation de la consulter parce que les mesures législatives étaient susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasser, de piéger et de pêcher issus de traité et qu’elle a manqué à cette obligation — L’obligation de consulter s’applique-t-elle au processus législatif?



2018 Volume 2
Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
BARBARA KINCAID

Legal Counsel / Conseillers juridiques

AUDREY-ANNE BERGERON
CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
RENÉE MARIA TREMBLAY
LESLIE-ANNE WOOD

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

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisor / Réviseure technique
SUZANNE AUDET

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable RICHARD WAGNER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

The Honourable RUSSELL BROWN

The Honourable MALCOLM ROWE

The Honourable SHEILAH L. MARTIN

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable RICHARD WAGNER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

L'honorable RUSSELL BROWN

L'honorable MALCOLM ROWE

L'honorable SHEILAH L. MARTIN

ERRATA

[2012] 1 S.C.R., p. 427, line 20 of the French version.
Read “et des objectifs” instead of “et les objectifs”.

[2018] 1 S.C.R., p. 19, para. 24, line 8 of the French version. Read “Je fais mienne la” instead of “Je suis d’accord avec la”.

[2012] 1 R.C.S., p. 427, ligne 20 de la version française.
Lire « et des objectifs » au lieu de « et les objectifs ».

[2018] 1 R.C.S., p. 19, par. 24, ligne 8 de la version française. Lire « Je fais mienne la » au lieu de « Je suis d’accord avec la ».

MOTIONS — REQUÊTES

(June 2 to October 15, 2018 — 2 juin au 15 octobre 2018)

- 0969708 *B.C. Ltd. v. Leatherman*, (B.C.), 38027, leave to appeal refused, 4.10.18, autorisation d'appel refusée.
- 1068754 *Alberta Ltd. v. Agence du revenu du Québec*, (Que.), 37999, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.7.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- 156158 *Canada Inc. v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 37967, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9071-3975 *Quebec Inc. v. Pascoal*, (Que.), 37962, leave to appeal refused with costs, 27.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abi-Mansour v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37980, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Active Tire & Auto Centre Inc. v. Francisco Yao Mendoza and Francis Mendoza Inc.*, (Ont.), 37814, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37949, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arbutus Bay Estates Ltd. v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 37892, leave to appeal refused with costs, 11.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Assessment Direct Inc. v. Ontario Provincial Police*, (Ont.) (Crim.), 37918, leave to appeal refused, 21.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. British Columbia Investment Management Corp.*, (B.C.), 38059, leave to appeal and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 11.10.18, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident accordées avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Attorney General of Canada v. Shakov*, (F.C.), 37964, leave to appeal refused with costs, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Awad v. Dover Investments Ltd.*, (Ont.), 37903, leave to appeal refused with costs, 2.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. Canada Health Infoway*, (P.E.I.), 38030, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. City of Charlottetown*, (P.E.I.), 38118, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. French Language School Board and English Language School Board*, (P.E.I.), 38031, 38032, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bailey v. Milo-Food & Agricultural Infrastructure & Services Inc.*, (Ont.), 37958, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barry c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37992, leave to appeal refused, 4.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Béland c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37828, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Berge v. College of Audiologists and Speech-Language Pathologists of Ontario*, (Ont.), 37851, leave to appeal refused, 14.6.18, autorisation d'appel refusée.

- Boukendour c. Syndicat des professeures et professeurs de l'Université du Québec en Outaouais*, (Qc), 38028, leave to appeal refused, 11.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Boyer v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 38044, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Byrn v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP*, (B.C.), 37970, leave to appeal refused with costs, 27.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.T. v. Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo*, (Ont.), 37944, leave to appeal refused, 28.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Caiming Yang v. Re/Max Commercial Realty Associates*, (B.C.), 37981, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carrier c. Les Constructions LGF Inc.*, (Qc), 38010, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief Melvin Goodswimmer v. Attorney General of Canada*, (Alta.), 37899, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chung v. Shin*, (B.C.), 38035, leave to appeal refused with costs, 27.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Ltd. v. SNF Inc.*, (F.C.), 37915, leave to appeal refused with costs, 14.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Burnaby v. Trans Mountain Pipeline ULC*, (F.C.), 38104, leave to appeal refused with costs, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Dieppe v. Noron Inc.*, (N.B.), 37856, leave to appeal refused with costs, 21.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. Hunka*, (Alta.), 37904, leave to appeal refused with costs, 12.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coast Capital Savings Credit Union v. Liberty International Underwriters*, (B.C.), 37888, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cornell v. The Queen*, (Y.T.) (Crim.), 38003, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Davies v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37925, leave to appeal refused, 12.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Denis c. Côté*, (Qc), 38114, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.8.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Derome v. Amaya Inc.*, (Que.), 38038, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douthwright v. Duffy*, (N.B.), 37934, leave to appeal refused with costs, 2.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duterville c. Glen*, (C.F.), 37911, leave to appeal refused, 11.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Dwyer v. Bussey*, (N.L.), 37921, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Echalook v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 37827, leave to appeal refused, 4.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Elias v. Western Financial Group Inc.*, (Man.), 37907, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- El-Khodr v. Lackie*, (Ont.), 37860, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Engel v. Curateur public du Québec*, (Que.), 37916, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Envirogun Ltd. v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 37995, leave to appeal refused, 30.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Farley v. Ottawa Police Services Board*, (Ont.), 37891, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Félix c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37968, leave to appeal refused, 4.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Finn v. Attorney General of Canada, on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 37053, leave to appeal refused, 28.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Fiorito v. Wiggins*, (Ont.), 37876, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Foster v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38085, leave to appeal refused, 23.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Fun Club International FCI inc. c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37939, leave to appeal refused with costs, 27.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné v. Autorité des marchés financiers*, (Que.), 37877, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Galbraith v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 38056, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- General Manager under the Liquor Control and Licensing Act v. Cooper*, (B.C.), 37976, notice of discontinuance filed, 12.6.18, avis de désistement produit.
- Georgiou v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 38124, leave to appeal refused, 6.9.18, autorisation d'appel refusée.
- Gilbert c. Lacombe*, (Qc), 37750, leave to appeal refused, 27.9.18, autorisation d'appel refusée.
- Girao v. Cunningham*, (Ont.), 37938, leave to appeal refused with costs, 19.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Governors of the University of Alberta v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 38064, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Graeme McCreath v. Victoria Taxi (1987) Ltd.*, (B.C.), 37947, leave to appeal refused, 12.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Grivicic v. Alberta Health Services*, (Alta.), 37859, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groupe Platinum Construction 2001 inc. c. Ville de Blainville*, (Qc), 37890, leave to appeal refused with costs, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guay c. Ville de Brownsburg-Chatham*, (Qc), 37906, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hagan v. Van Nostrand*, (Que.), 37747, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Haley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38062, leave to appeal refused, 28.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Hall Munn c. Commission de la fonction publique du Québec*, (Qc), 37929, leave to appeal refused, 19.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Hanif v. College of Veterinarians of Ontario*, (Ont.), 37900, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison Hydro Project Inc. v. Environmental Appeal Board*, (B.C.), 38047, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Holterman v. Fish*, (Ont.), 37889, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hrabovskyy v. The Queen*, (F.C.), 38021, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hussain v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 37941, leave to appeal refused, 23.8.18, autorisation d'appel refusée.
- In the matter of Section 13 of Part I of the Judicature Act, R.S.N.L.1990, c. J-4*, (N.F.L.), notice of discontinuance filed, 2.08.18, avis de désistement produit.

- Isbister v. Delong*, (B.C.), 37866, leave to appeal refused with costs, 12.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.F. c. M.P.*, (Qc), 37969, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean Pierre c. Bélanger*, (Qc), 38024, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, (Ont.), 37863, leave to appeal and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 21.6.18, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident accordées avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Keror v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37965, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Kitsul v. Slater Vecchio LLP*, (B.C.), 37871, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Krishnamoorthy v. Olympus Canada Inc.*, (Ont.), 37913, leave to appeal refused with costs, 2.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kuski v. Wetsch*, (Sask.), 37836, leave to appeal refused with costs, 14.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.B. v. Toronto District School Board*, (Ont.), 37857, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- L.L. c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37872, leave to appeal refused, 19.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Lac La Ronge (Indian Band) v. Attorney General of Canada*, (Sask.), 37815, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Lacoste-Méthot v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 38065, leave to appeal refused, 23.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Laflamme c. Groupe Norplex inc.*, (Qc), 37874, leave to appeal refused with costs, 16.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lam v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38097, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Lane v. Pierce*, (B.C.), 37945, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Larocque c. Wilson-Raybould*, (Qc), 37988, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Les produits de l'Érable Philippe Jacques inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, (Qc), 37924, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lesage v. Sweetnam*, (Ont.), 37963, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lipka v. Gaebel*, (B.C.), 37959, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lofstrom v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 38025, leave to appeal refused, 28.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Loughlin v. Gordon*, (N.B.), 38002, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Luft v. Taylor, Zinkhofer & Conway*, (Alta.), 37805, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lymer v. Jonsson*, (Alta.), 38042, leave to appeal refused, 27.9.18, autorisation d'appel refusée.
- M.M. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Qc), 37882, leave to appeal refused with costs, 12.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.P. v. L.J.*, (Que.), 38040, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mac v. Hing Mak*, (B.C.), 37841, leave to appeal refused with costs, 5.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacPhee v. Creighan*, (P.E.I.), 38019, leave to appeal refused with costs, 21.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Malley v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37740, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Mamouni v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 38091, leave to appeal refused, 27.9.18, autorisation d'appel refusée.

- Masgras v. St. Mary's General Hospital*, (Ont.), 38109, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McDonald v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 38058, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- McKnight v. Bank of Nova Scotia Trust Co.*, (Ont.), 38050, leave to appeal refused with costs, 12.7.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McQuaid v. Government of Prince Edward Island*, (P.E.I.), 38001, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merchant Law Group LLP v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 37716, leave to appeal refused with costs, 2.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ministre de la Justice du Canada c. Gomez*, (Qc) (Crim.), 37879, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Mitchell v. Nazerali*, (B.C.), 38113, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Montana v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 37880, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moro c. Retraite Québec*, (Qc), 37957, leave to appeal refused, 4.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Muir v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37975, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, (B.C.), 37919, leave to appeal granted with costs in the cause, 14.6.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- N-Krypt International Corp. v. LeVasseur*, (B.C.), 38018, leave to appeal refused with costs, 11.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nutbrown v. Corbiell*, (Alta.), 38121, leave to appeal refused, 16.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Nyoni v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37943, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- O'Reilly v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 37736, 37737, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Octane Stratégie inc. c. Richard Thériault* (Qc), 38073, leave to appeal granted with costs in the cause, 6.9.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Oommen v. Capital Region Housing Corp.*, (Alta.), 37948, leave to appeal refused with costs, 2.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pepper v. Standard Life Assurance Company of Canada*, (Ont.), 37850, leave to appeal refused with costs, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Perron c. Tremblay*, (Qc), 37829, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Picard v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37802, leave to appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Pioneer Corp. v. Godfrey*, (B.C.), 37809, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.6.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Placements rythme inc. c. Comité paritaire des agents de sécurité*, (Qc), 38238, notice of discontinuance filed, 13.9.18, avis de désistement produit.
- Public Service Alliance of Canada v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37886, leave to appeal refused with costs, 21.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pun v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38063, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Kelsie*, (N.S.) (Crim.), 38129, leave to appeal granted, 11.10.18, autorisation d'appel accordée.
- R. v. McGee*, (B.C.) (Crim.), 37954, notice of discontinuance filed, 6.6.18, avis de désistement produit.

- R. v. Ndhlovu*, (Alta.) (Crim.), 38159, notice of discontinuance filed, 30.7.18, avis de désistement produit.
- R. v. Penunsi*, (N.L.) (Crim.), 38004, leave to appeal granted, 6.9.18, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Serov*, (B.C.) (Crim.), 37955, notice of discontinuance filed, 6.6.18, avis de désistement produit.
- R.S. c. P.R.*, (Qc), 37861, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.7.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rabinowitz v. Rutman*, (Ont.), 38048, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Regan v. Business Development Bank of Canada*, (Ont.), 37811, leave to appeal refused costs on a solicitor client basis, 2.8.18, autorisation d'appel refusée dépens entre avocat et client.
- Riddell v. Apple Canada Inc.*, (Ont.), 37858, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- S.-J.L. v. Kawartha-Haliburton Children's Aid Society*, (Ont.), 37847, leave to appeal refused, 7.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Sacks v. Ross*, (Ont.), 37867, leave to appeal refused, 28.6.18, autorisation d'appel refusée.
- Samra v. Brennstuhl*, (Ont.), 37979, leave to appeal refused, 11.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Scaduto v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, (Ont.), 37931, leave to appeal refused with costs, 28.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Scott v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 37930, leave to appeal refused, 30.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Sobeys West Inc. v. Alberta College of Pharmacists*, (Alta.), 37864, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- St. James No. 1 Inc. v. VanderWindt*, (Ont.), 37997, leave to appeal refused with costs, 27.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stevenson v. The Queen*, (Alta.), 37946, leave to appeal refused, 30.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Suarez-Noa v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38014, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Thompson v. International Union of Operating Engineers Local No. 955*, (Alta.), 37974, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Threlfall v. Carleton University*, (Que.), 37893, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.7.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Toronto Muslim Cemetery Corp. v. Muslim Green Cemeteries Corp.*, (Ont.), 37825, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto Real Estate Board v. Commissioner of Competition*, (F.C.), 37932, leave to appeal refused with costs, 23.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toshiba Corp. v. Godfrey*, (B.C.), 37810, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.6.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Transport Desgagnés Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, (Que.), 37873, leave to appeal granted with costs in the cause, 19.7.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Tremble v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38037, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Trenchard v. Westsea Construction Ltd.*, (B.C.), 37936, leave to appeal and leave to cross-appeal refused, 9.8.18, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident refusées.
- Trial Lawyers Association of British Columbia v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 37843, leave to appeal refused, 26.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Tseng v. City of Toronto*, (Ont.), 37966, leave to appeal refused with costs, 4.10.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Tzvi Lexier v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 37952, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Unifor Local 707A v. Suncor Energy Inc.*, (Alta.), 37854, leave to appeal refused with costs, 14.6.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- University Hill Holdings Inc. v. The Queen*, (F.C.), 37927, leave to appeal refused with costs, 30.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Octane Stratégie inc.*, (Qc), 38066, leave to appeal granted with costs in the cause, 6.9.18, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Voltage Pictures, LLC v. Salna*, (F.C.), 37914, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wang v. Complaints Inquiry Committee (CIC)*, (Alta.), 37908, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Warford v. Weir's Construction Ltd.*, (N.L.), 37991, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Watters c. Directrice des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 37826, leave to appeal refused, 12.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Watts v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38141, leave to appeal refused, 27.9.18, autorisation d'appel refusée.
- Weglarz v. Toronto Police Services*, (Ont.), 37983, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Whitfield v. Whitfield*, (Ont.), 38013, leave to appeal refused, 5.7.18, autorisation d'appel refusée.
- Woodstock Police Services Board v. Brown*, (Ont.), 38061, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Woodstock Police Services Board v. Winmill*, (Ont.), 37933, leave to appeal refused with costs, 20.9.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- WSÁNEC School Board v. B.C. Government and Service Employees' Union*, (F.C.), 37894, leave to appeal refused with costs, 9.8.18, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- X c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 38034, leave to appeal refused, 11.10.18, autorisation d'appel refusée.
- Yang v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 38094, leave to appeal refused, 2.8.18, autorisation d'appel refusée.
- Yulik Rafilovich v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37791, leave to appeal granted, 5.7.18, autorisation d'appel accordée.
- Zuchelkowski v. Beffort*, (Ont.), 37865, leave to appeal refused with costs, 7.6.18, 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).

	PAGE		PAGE
2646-8926 Québec inc., Lorraine (Ville) v.	577	Lonardi, Montréal (Ville) v.	103
		Lorraine (Ville) v. 2646-8926 Québec inc.	577
B		M	
Brassington, R. v.	616	Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)	765
British Columbia v. Philip Morris International, Inc.	595	Montréal (Ville) v. Lonardi	103
C		P	
Canada, Ewert v.	165	Philip Morris International, Inc., British Columbia v.	595
Canada (Attorney General), Canada (Canadian Hu- man Rights Commission) v.	230	R	
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	230	R. v. Brassington	616
Canada (Governor General in Council), Mikisew Cree First Nation v.	765	R. v. Suter	496
Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et pa- rapublique du Québec	687	Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC	643
E		S	
Ewert v. Canada	165	Suter, R. v.	496
G		Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec, Chagnon v.	687
Goldhar, Haaretz.com v.	3	T	
H		Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada	453
Haaretz.com v. Goldhar	3	Trinity Western University, Law Society of British Columbia v.	293
L		V	
Law Society of British Columbia v. Trinity Western University	293	Voltage Pictures, LLC, Rogers Communications Inc. v.	643
Law Society of Upper Canada, Trinity Western Uni- versity v.	453		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
2646-8926 Québec inc., Lorraine (Ville) c.	577	Lonardi, Montréal (Ville) c.	103
		Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.	577
B		M	
Barreau du Haut-Canada, Trinity Western University c.	453	Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)	765
Brassington, R. c.	616	Montréal (Ville) c. Lonardi	103
C		P	
Canada, Ewert c.	165	Philip Morris International, Inc., Colombie-Britannique c.	595
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	230	R	
Canada (Gouverneur général en conseil), Mikisew Cree First Nation c.	765	R. c. Brassington	616
Canada (Procureur général), Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c.	230	R. c. Suter	496
Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec	687	Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC	643
Colombie-Britannique c. Philip Morris International, Inc.	595	S	
E		Suter, R. c.	496
Ewert c. Canada	165	Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec, Chagnon c.	687
G		T	
Goldhar, Haaretz.com c.	3	Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada	453
H		Trinity Western University, Law Society of British Columbia c.	293
Haaretz.com c. Goldhar	3	V	
L		Voltage Pictures, LLC, Rogers Communications Inc. c.	643
Law Society of British Columbia c. Trinity Western University	293		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
2855-0523 Québec inc. v. Ivanhoé Cambridge inc.	2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64	143
A		
A. v. the United Kingdom	No. 35373/97, ECHR 2002-X	705
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	334, 473
Air Canada v. City of Dorval	[1985] 1 S.C.R. 861	592
Air Canada v. Toronto Port Authority	2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605	825
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 ...	250, 335, 358, 373, 410
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 ...	254, 272, 369, 480
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary	2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555	261
Alberta (Treasury Branches) v. Leahy	2000 ABQB 575, 270 A.R. 1	659
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	81
Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)	2013 CHRT 21	246, 271
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	193, 249, 327, 368, 479
Anisman v. Canada Border Services Agency	2010 FCA 52, 400 N.R. 137	825
Association des juristes de l'État v. Québec (Procureur général)	2013 QCCA 1900	723, 761
Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)	2017 SCC 55, [2017] 2 S.C.R. 456	430
Assurances générales des Caisses Desjardins inc. v. Morissette	[2005] R.R.A. 1273	125
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)	2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219	258
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	855
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1979] 2 S.C.R. 1016	724
Authorson v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	816, 832, 855
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	380
Babcock v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3	826
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	416
Bamboukian v. Karamanoukian	2014 QCCA 2093	133
Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)	2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488	261, 276
Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.	(2003), 9 B.L.R. (4th) 316	49, 77
Beals v. Saldanha	2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416	61
Beattie v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) ..	2014 CHRT 1	266
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 ...	789, 802, 844

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Behn v. Moulton Contracting Ltd.	2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R. 227	844
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	413
Benhaim v. St-Germain	2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352	126
Benjamin v. Montréal (Ville)	2003 CanLII 33374	590
Benjamin v. Montreal (Ville)	(2004), 86 L.C.R. 161	585
Bérubé v. Municipalité de Saint-Raphaël	2017 QCCS 5015	589
BMG Canada Inc. v. John Doe	2004 FC 488, [2004] 3 F.C.R. 241	660
BMG Canada Inc. v. John Doe	2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81	660
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214	90
Bradlaugh v. Gossett	(1884), 12 Q.B.D. 271	723, 739
Breeden v. Black	2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666	23, 23, 54, 75
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	599
British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia	2016 SCC 49, [2016] 2 S.C.R. 407	819
C		
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	803
Canada v. Craig	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489	389
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	200
Canada (Attorney General) v. Davis	2013 FC 40, 425 F.T.R. 200	266
Canada (Attorney General) v. Druken	[1989] 2 F.C. 24	249, 279
Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada	2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401	639
Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.	2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80	333
Canada (Attorney General) v. Johnstone	2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595	276
Canada (Attorney General) v. Larkman	2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87	244
Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	327
Canada (Attorney General) v. McKenna	[1999] 1 F.C. 401	280
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	385
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585	824
Canada (Attorney General) v. Thouin	2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184 ...	120, 161, 674, 679
Canada (Attorney General) v. Watkin	2008 FCA 170, 378 N.R. 268	248, 276
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ...	255, 273, 731
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2012 FC 445, [2013] 4 F.C.R. 545	266
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230	703
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 ...	264, 276
Canada Employment Insurance Commission v. M. W.	2014 SSTAD 371	278
Canada (House of Commons) v. Vaid	2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 ...	703, 721, 731, 794, 814, 831
Canada (Human Rights Commission) v. M.N.R.	2003 FC 1280, [2004] 1 F.C.R. 679	280
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	205, 799, 821
Canadian Broadcasting Corp. v. Millard	2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227	623

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canadian Broadcasting Corp. v. Ontario	2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161	628
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.	2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615	257
Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada	2018 FCA 58	290
Canadian National Railway v. Seeley	2014 FCA 111, 458 N.R. 349	277
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135	258
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	249
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. ...	[1993] 3 S.C.R. 724	664
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	256
Carter v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331	199
Cartier International AG v. British Telecommunications plc	[2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259 ...	678
Case of Proclamations.....	(1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352	834
Case of the Sheriff of Middlesex	(1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419	738
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5	333, 426
Chamberlain v. Surrey School District No. 36	2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710	446
Charalambous v. Canada (Attorney General)	2015 FC 1045, 483 N.R. 398	220
Charron Estate v. Village Resorts Ltd.	2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721	27
Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.	2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099	809
Christian Education South Africa v. Minister of Education	[2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757	394, 410
Cinar Corp. v. Robinson	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168	142
City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission ...	133 S. Ct. 1863 (2013)	258
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383	566
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572	27, 60, 69, 71
Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.	2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069	789, 809, 835
Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval	2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29	261
Côté v. Corporation of the County of Drummond	[1924] S.C.R. 186	592
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	259, 274
Crookes v. Holloway	2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316	31
Crookes v. Newton	2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269	31

D

D'Allaire v. Trépanier	[1961] C.S. 619	128, 152
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	372, 428, 628
Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.	[1989] 2 S.C.R. 419	138
Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)	2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99	205
de Montigny v. Brossard (Succession)	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64	140, 153
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	799, 805, 844
Delta Air Lines Inc. v. Lukács	2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6	254, 428
Descheneaux v. Canada (Attorney General)	2015 QCCS 3555, [2016] 2 C.N.L.R. 175 ...	270
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	639
Développements Vaillancourt Inc. v. Rimouski (City)	2009 QCCA 1475	587
Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157	378

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 S.C.R. 756	264
Doré v. Barreau du Québec	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 ...	323, 354, 368, 411, 465, 800
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	122
Dostie v. Sabourin	[2000] R.J.Q. 1026	142
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	377
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226	287
Druken v. Canada (Employment and Immigration Commission)	1987 CanLII 99	279
Duke of Newcastle v. Morris	(1870), L.R. 4 H.L. 661	723, 761
Dumont v. Desjardins	[1994] R.R.A. 459	129, 154
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	222, 252, 272, 289, 333, 369, 472, 480, 703, 731
E		
E.T. v. Hamilton-Wentworth District School Board	2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11 ...	354, 374
eDate Advertising GmbH v. X, C-509/09, C-161/10	[2011] E.C.R. I-10302	58
Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.	2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636	22, 54, 55, 67, 75
Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.	2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293	254
Egbert v. Short	[1907] 2 Ch. 205	81
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	377, 430
Ewert v. Canada (Attorney General)	2007 FC 13, 306 F.T.R. 234	206, 210
Ewert v. Canada (Attorney General)	2008 FCA 285, 382 N.R. 370	191
F		
F.H. v. McDougall	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41	190
Fédération Franco-ténoise v. Canada	2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641	786, 837
Fielding v. Thomas	[1896] A.C. 600	720
Figueroa v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912	377
Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec v. Gariépy	2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409	143
Forward v. Canada (Citizenship and Immigration)	2008 CHRT 5	280
Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.	2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132	134
G		
Gagné v. Monzerolle	[1967] B.R. 899	129, 149
Galati v. Canada (Governor General)	2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3	831
Gallant v. The King	[1949] 2 D.L.R. 425	820
Garneau Community League v. Edmonton (City)	2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1	278
Gehl v. Canada (Attorney General)	2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52 ...	374, 431
Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des no- taires du Québec	2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95	142
Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.	[1998] 4 F.C. 439	659, 684
Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1997] 3 F.C. 646	279
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)	2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32	639

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610	674
Gould v. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 S.C.R. 571	269, 277
Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McDonald	(1918), 57 S.C.R. 268	128
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	372
Gravel v. United States	408 U.S. 606 (1972)	705
Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia	2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251	220
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component	2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295	430
Green v. Law Society of Manitoba	2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360 ...	326, 368, 426, 479
H		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 ...	781, 802, 833, 844
Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Com- mission)	2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364	256
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	708, 742
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 ...	819, 832
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	372
Hinse v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621	138
Holland v. Saskatchewan	2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551	222
Homans v. Gestion Paroi inc.	2017 QCCA 480	142
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	135
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	29
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	376
I		
I.C.B.C. v. Stanley Cup Rioters	2016 BCSC 1108	134
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	586
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	249
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	376
ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	824
J		
Jenner v. Sun Oil Co.	[1952] 2 D.L.R. 526	90
Jerusalem v. Austria	No. 26958/95, ECHR 2001-II	704
K		
Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)	2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909	261
Kielley v. Carson	(1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225	741
Kim v. Canada	2017 FC 848	219
Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)	2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386 ...	337, 357, 376, 430, 474, 844

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
L		
Landers v. Woodworth	(1878), 2 S.C.R. 158	742
Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP	2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851	66, 78
Larouche v. Simard	2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768	124
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	639
Law Society of British Columbia v. Trinity Western University	2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293 ...	464, 478, 481
Law Society of New Brunswick v. Ryan	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247 ...	325, 370
Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535	25, 73, 844
Laxton v. Sylvestre	[1972] C.S. 297	129, 154
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120	430
Loyola High School v. Quebec (Attorney General)	2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613 ...	323, 354, 368, 411, 470
M		
M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	372
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 ...	205, 788, 802, 839, 845
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	592
Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier	[1969] S.C.R. 745	128
Massignani v. Veilleux	[1987] R.L. 247	129, 155
Massignani v. Veilleux	1987 R.R.A. 541	155
Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)	2013 CHRT 13	246, 271
McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development) ...	2001 CanLII 20691	279
McIvor v. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)	2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193 ...	270
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	490
McLean v. British Columbia (Securities Commission)	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 ...	254, 731
Michaud v. Bissonnette	2006 QCCA 775	723
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 ...	789, 803
Mitchell v. M.N.R.	2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911 ...	802, 844
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85	798
Mohawks of the Bay of Quinte v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	2013 FC 669, 434 F.T.R. 241	821
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	379
Montréal (Ville) v. Tarquini	[2001] R.J.Q. 1405	138
Moore v. Bertuzzi	2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th) 237 ...	43
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393	61
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	62, 74
Morrisette v. St-Hyacinthe (Ville)	2016 QCCA 1216	588
Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3	714
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3	254, 369, 430, 480

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	339, 355, 381, 430, 477
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	27
N		
Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	633
National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice	[1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6	434
New Brunswick v. Rothmans Inc.	2016 NBQB 106	604
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	703, 720, 732, 795, 814
New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.	2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604	277
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 ...	265, 334, 472
Nolan v. Kerry (Canada) Inc.	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678	257, 276
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616	261, 276
Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners	[1974] A.C. 133	651, 679
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	732
O		
Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3	794, 814, 828
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation	[1991] 2 S.C.R. 570	138
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	721
P		
P.S.A.C. v. Canada (Revenue Agency)	2010 CHRT 9, [2011] 1 C.T.C. 215	248
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157	674, 684
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585	389, 844
Paulsson v. Cooper	2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28	77
Payson v. Hubert	(1904), 34 S.C.R. 400	718, 753
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869	326, 368, 479
President of the Legislative Council v. Kosmas	[2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269	752
Prévost-Masson v. General Trust of Canada	2001 SCC 87, [2001] 3 S.C.R. 882	142
Produits forestiers PMS inc. v. Terrebonne (Ville)	2014 QCCS 4878	589
Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency	2012 FCA 7, 428 N.R. 240	247, 280
Q		
Quebec (Attorney General) v. A	2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61	348
Quebec (Attorney General) v. Guérin	2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3	254
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)	2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789	138

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal	2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789	249
Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin	2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478	138
Québec (Procureur général) v. Confédération des syndicats nationaux	2011 QCCA 1247	723
R		
R. v. Abouabdellah	(1996), 109 C.C.C. (3d) 477	523
R. v. Anderson	2014 ONSC 3646	522
R. v. Angelillo	2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728	515
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	788, 802, 846
R. v. Barros	2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368	635
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	565
R. v. Basi	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389	628
R. v. Bell	2013 MBQB 80, 290 Man. R. (2d) 79	523
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	336, 377, 410, 477
R. v. Brown	2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185	634
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	509, 565
R. v. Bunn	(1997), 118 Man. R. (2d) 300	519
R. v. Bunn	2000 SCC 9, [2000] 1 S.C.R. 183	519
R. v. Carroll.....	(1995), 56 B.C.A.C. 138	523
R. v. Cheung	2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192	623
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	549
R. v. Comeau	2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342	413
R. v. Conway	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765	329
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	203
R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc.	2017 SCC 45, [2017] 2 S.C.R. 157	633
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	340, 357, 391, 410
R. v. Folino	2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641	522
R. v. Forster	[1992] 1 S.C.R. 339	525, 545
R. v. Gladstone	[1996] 2 S.C.R. 723	805
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	194, 209
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	379
R. v. Heatherington	2005 ABCA 393, 380 A.R. 395	523
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	565
R. v. Holliday	2009 ONCJ 323, 87 M.V.R. (5th) 148	573
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	194, 209, 519, 572
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	400
R. v. Junkert	2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284	513
R. v. Kresko	2013 ONSC 1631, 42 M.V.R. (6th) 224	540
R. v. Kummer	2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641	513
R. v. L.F.W.	2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132	512
R. v. L.M.	2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163	512, 562
R. v. Lacasse	2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089	512, 543
R. v. Larche	2006 SCC 56, [2006] 2 S.C.R. 762	515
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	634

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	574
R. v. MacDonald	2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37	525, 545
R. v. MacFarlane	2012 ONCA 82, 288 O.A.C. 114	522
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	203
R. v. Mamarika	[1982] FCA 94, 42 A.L.R. 94	522
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	791, 803, 844
R. v. McClure	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445	627
R. v. McDonald	2016 NUCA 4	523
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	800
R. v. Mian	2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689	514
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	414
R. v. Named Person B	2013 SCC 9, [2013] 1 S.C.R. 405	633
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	512, 551
R. v. National Post	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477	329
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	805
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	251, 329, 355, 370, 412
R. v. Oickle	2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3	549
R. v. Owens	(2002), 161 O.A.C. 229	523
R. v. Pham	2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739	519
R. v. Pontes	[1995] 3 S.C.R. 44	525, 545
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	519, 561, 612
R. v. Ramage	2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261	562
R. v. Rezaie	(1996), 31 O.R. (3d) 713	556
R. v. Rhyason	2007 SCC 39, [2007] 3 S.C.R. 108	552
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	372
R. v. Sandham	(2008), 248 C.C.C. (3d) 543	623
R. v. Sappier	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686	846
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	512, 560
R. v. Sinclair	2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310	549
R. v. Singh	2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405	376, 566
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	379
R. v. Smith	2017 MBPC 16, 10 M.V.R. (7th) 152	571
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	789, 802, 833, 844
R. v. Stanberry	2015 QCCQ 1097, 18 C.R. (7th) 87	522
R. v. Stanley	2018 SKQB 27	623
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	627
R. v. Stobbe	2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123	623
R. v. Suberu	2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460	378
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	377
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	379
R. v. Trang	2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160	623
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	789, 846
R. v. Wallace	2012 MBCA 54, 280 Man. R. (2d) 209	573
R. v. Zeolkowski	[1989] 1 S.C.R. 1378	217, 612
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	414
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	377
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	820, 831

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	793, 817, 829, 855
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	834
Reference re Resolution to amend the Constitution	[1981] 1 S.C.R. 753	793, 817
Reference re Same-Sex Marriage	2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698 ...	346, 377, 449
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	329, 413, 794, 818, 834
Reference re Senate Reform	2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704 ...	329, 413, 721
Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commis- sion, Re	2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271	723
Richard v. Time Inc.	2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265	140
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council	2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 ...	789, 809, 844
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	120, 161, 182, 214, 421, 483, 606, 660
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	343, 414, 475
Rockware Glass Ltd. v. MacShannon	[1978] 2 W.L.R. 362	81
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283	255, 276
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	415
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	385, 430
Ross River Dena Council v. Yukon	2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100	798
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	549
Roy v. Privé	2017 QCCS 986	133
Royale du Canada, Cie d'assurance v. Légaré	[1991] R.J.Q. 91	129
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	372, 490
S		
S.L. v. Commission scolaire des Chênes	2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235	340
Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan	2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245	819
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott	2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 ...	255, 349, 402
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	437
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519	387
Shade v. Canada (Attorney General)	2003 FCT 327, 230 F.T.R. 53	787
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	416, 483
Simard v. Lavoie	2005 CanLII 48674	124
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	385, 430
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	257, 731
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	639
Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen	[1953] 2 S.C.R. 95	416
Solomon v. Québec (Procureur général)	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	142
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	205
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205	83
Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.	[1987] 1 A.C. 460	81
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	815
St-Jean v. Mercier	2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491	124

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
St. Pierre v. South American Stores (Gath and Chaves), Limited	[1936] 1 K.B. 382	81
Stewart v. Elk Valley Coal Corp.	2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591	255
Stockdale v. Hansard	(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 ...	704, 736
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	430
Strickland v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713	787
Syndicat Northcrest v. Amselem	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 ...	337, 357, 391, 438, 474
T		
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 ...	788, 803, 845
Tehrankari v. Canada (Attorney General)	2012 FC 332	220
Tehrankari v. Canada (Correctional Service)	(2000), 38 C.R. (5th) 43	220
Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)	(2004), 69 O.R. (3d) 161	758
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161	254
Thériault v. Gatineau (Ville)	2005 QCCA 1245	590
Thompson v. McLean	(1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170	753
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	31, 56, 84
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	731
Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289	520
Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program) ...	2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513 ...	249, 278
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ...	2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772 ...	331, 358, 403, 409
Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada	2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1 ...	331, 409
Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada	2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453 ...	371, 408
Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society	2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296 ...	337, 359
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257 ...	799, 811, 833, 844
U		
Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia	2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63	83
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	430
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485	274
University of British Columbia v. Berg	[1993] 2 S.C.R. 353	277
V		
Valois v. Giguère	2006 QCCS 1272	132
Voltage Pictures LLC v. John Doe	2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315	672
Voltage Pictures LLC v. John Doe	2014 FC 161, [2015] 2 F.C.R. 540	660
Voltage Pictures LLC v. John Doe	2015 FC 1364	660
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	377
W		
Wells v. Newfoundland	[1999] 3 S.C.R. 199	794, 829, 855
Wendover-et-Simpson (Corp. municipale) v. Filion	[1992] R.D.I. 263	588

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)	2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635	289
WIC Radio Ltd. v. Simpson	2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420	372
Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)	2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83	798
Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.	2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770	254
Windsor (City) v. Canadian Transit Co.	2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617	786
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	249

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
2855-0523 Québec inc. c. Ivanhoé Cambridge inc.	2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64	143
A		
A. c. Royaume-Uni	n° 35373/97, CEDH 2002-X	706
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	334, 473
Air Canada c. Administration portuaire de Toronto	2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605	825
Air Canada c. Cité de Dorval	[1985] 1 R.C.S. 861	592
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 ...	250, 335, 358, 373, 410
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 ...	254, 271, 369, 480
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary	2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555	261
Alberta (Treasury Branches) c. Leahy	2000 ABQB 575, 270 A.R. 1	659
Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)	2010 TCDP 9	249
Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)	2012 CAF 7	247, 280
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	81
Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)	2013 TCDP 21	246, 271
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	193, 249, 327, 368, 479
Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)	2010 CAF 52	825
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3	714
Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)	2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456	430
Association des juristes de l'État c. Québec (Procureur général)	2013 QCCA 1900	723, 761
Assurances générales des Caisses Desjardins inc. c. Morissette	[2005] R.R.A. 1273	125
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)	2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219	258
Authorson c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	816, 832, 855
B		
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	380
Babcock c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3	826
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[1999] 2 R.C.S. 817	416
Bamboukian c. Karamanoukian	2014 QCCA 2093	133
Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général) ...	2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535	25, 73, 844

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247	325, 370
Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)	2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488	261, 276
Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.	(2003), 9 B.L.R. (4th) 316	49, 77
Beals c. Saldanha	2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416	61
Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)	2014 TCDP 1	266
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 ...	789, 802, 844
Behn c. Moulton Contracting Ltd.	2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227	844
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	413
Benhaim c. St-Germain	2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352	126
Benjamin c. Montréal (Ville)	2003 CanLII 33374	590
Bérubé c. Municipalité de Saint-Raphaël	2017 QCCS 5015	589
BMG Canada Inc. c. John Doe	2004 CF 488, [2004] 3 R.C.F. 241	660
BMG Canada Inc. c. John Doe	2005 CAF 193, [2005] 4 R.C.F. 81	660
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214	90
Bradlaugh c. Gossett	(1884), 12 Q.B.D. 271	723, 739
Breeden c. Black	2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666 ...	23, 54, 75
British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique	2016 CSC 49, [2016] 2 R.C.S. 407	819
C		
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	803
Canada c. Craig	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489	389
Canada (Chambre des communes) c. Vaid	2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 ...	703, 721, 731, 794, 814, 831
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	264, 276
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 ...	255, 273, 731
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2012 CF 445, [2013] 4 R.C.F. 545	266
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230	703
Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.	2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679	280
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 ...	205, 799, 821
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	200
Canada (Procureur général) c. Davis	2013 CF 40	266
Canada (Procureur général) c. Druken	[1989] 2 C.F. 24	249, 279
Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada	2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401	639
Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.	2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80	333
Canada (Procureur général) c. Johnstone	2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595	276
Canada (Procureur général) c. Larkman	2012 CAF 204	244
Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	327
Canada (Procureur général) c. McKenna	[1999] 1 C.F. 401	280
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	385
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585	824
Canada (Procureur général) c. Thouin	2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184 ...	120, 161, 674, 679

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canada (Procureur général) c. Watkin	2008 CAF 170, 378 N.R. 268	248, 276
Canadian Broadcasting Corp. c. Millard	2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227	623
Canadian Broadcasting Corp. c. Ontario	2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161	628
Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada	2018 CAF 58	290
Carter c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331	199
Cartier International AG c. British Telecommunications plc	[2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259	678
Case of Proclamations	(1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352	834
Case of the Sheriff of Middlesex	(1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419	738
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	333, 426
Chamberlain c. Surrey School District No. 36	2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710	446
Charalambous c. Canada (Procureur général)	2015 CF 1045	220
Charron Estate c. Village Resorts Ltd.	2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721	27
Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc.	2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099	809
Christian Education South Africa c. Minister of Education	[2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757 ...	394, 410
Cinar Corp. c. Robinson	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168	142
City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission	133 S. Ct. 1863 (2013)	258
Clarkson c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 383	566
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	27, 60, 69, 71
Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.	2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069	789, 809, 835
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	599
Commission de l'assurance-emploi du Canada c. M. W.	2014 TSSDA 371	278
Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval	2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29	261
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	249
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135	258
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley	2014 CAF 111	277
Côté c. Corporation of the County of Drummond	[1924] R.C.S. 186	592
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	259, 274
Crookes c. Holloway	2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316	31
Crookes c. Newton	2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269	31
D		
D'Allaire c. Trépanier	[1961] C.S. 619	128, 152
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	372, 428, 628
Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.	[1989] 2 R.C.S. 419	138
Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)	2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99	205
de Montigny c. Brossard (Succession)	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64	140, 153
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	799, 805, 844
Delta Air Lines Inc. c. Lukács	2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6	254, 428
Descheneaux c. Canada (Procureur général)	2015 QCCS 3555	270
Descôteaux c. Mierzwinski	[1982] 1 R.C.S. 860	639
Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157	378

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 R.C.S. 756	264
Doré c. Barreau du Québec	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 ...	323, 354, 368, 411, 465, 800
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	122
Dostie c. Sabourin	[2000] R.J.Q. 1026	142
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	377
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226	287
Druken c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	1987 CanLII 99	279
Duke of Newcastle c. Morris	(1870), L.R. 4 H.L. 661	723, 761
Dumont c. Desjardins	[1994] R.R.A. 459	129, 154
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	222, 252, 272, 289, 333, 368, 472, 480, 703, 731
E		
E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board	2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11 ...	354, 374
École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)	2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613 ...	323, 354, 368, 411, 470
eDate Advertising GmbH c. X, C-509/09, C-161/10	[2011] E.C.R. I-10302	58
Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.	2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636	22, 54, 55, 67, 75
Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.	2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293	254
Egbert c. Short	[1907] 2 Ch. 205	81
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	377, 430
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	430
Ewert c. Canada (Procureur général)	2007 CF 13	206, 210
Ewert c. Canada (Procureur général)	2008 CAF 285	191
F		
F.H. c. McDougall	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41	190
Fédération Franco-ténoise c. Canada	2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641	786, 837
Fielding c. Thomas	[1896] A.C. 600	720
Figueroa c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912	377
Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Gariépy	2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409	143
Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2008 TCDP 5	280
Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.	2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132	134
G		
Gagné c. Monzerolle	[1967] B.R. 899	129, 149
Galati c. Canada (Gouverneur général)	2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3	831
Gallant c. The King	[1949] 2 D.L.R. 425	820
Garneau Community League c. Edmonton (City)	2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1	278
Gehl c. Canada (Attorney General)	2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52 ...	374, 431
Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec	2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95	142

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Glaxo Wellcome PLC c. M.R.N.	[1998] 4 C.F. 439	659, 684
Gonzalez c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) ...	[1997] 3 C.F. 646	279
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)	2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32	639
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.	[1956] R.C.S. 610	674
Gould c. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 R.C.S. 571	269, 277
Grand Trunk Railway Co. of Canada c. McDonald	(1918), 57 R.C.S. 268	128
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	372
Gravel c. United States	408 U.S. 606 (1972)	705
Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia	2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251	220
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique ...	2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295	430
Green c. Société du Barreau du Manitoba	2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360 ...	326, 368, 426, 479
H		
Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)	2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364	256
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	708, 742
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 ...	819, 832
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	372
Hinse c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621	138
Holland c. Saskatchewan	2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551	222
Homans c. Gestion Paroi inc.	2017 QCCA 480	142
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	135
Hunt c. T&N plc	[1993] 4 R.C.S. 289	29
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	376
I		
I.C.B.C. c. Stanley Cup Rioters	2016 BCSC 1108	134
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	587
Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink	[1982] 2 R.C.S. 145	249
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	376
ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 R.C.S. 752	824
J		
Jenner c. Sun Oil Co.	[1952] 2 D.L.R. 526	90
Jerusalem c. Autriche	n° 26958/95, CEDH 2001-II	704
K		
Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909	261
Kielley c. Carson	(1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225	741
Kim c. Canada	2017 CF 848	219
Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)	2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386 ...	337, 357, 376, 430, 474, 844

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
L		
Landers c. Woodworth	(1878), 2 R.C.S. 158	742
Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP	2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851	66, 78
Larouche c. Simard	2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768	124
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	639
Law Society of British Columbia c. Trinity Western University	2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293 ...	464, 478, 479, 481
Laxton c. Sylvestre	[1972] C.S. 297	129, 154
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes	[1993] 3 R.C.S. 724	664
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Jus- tice)	2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120	430
M		
M. (A.) c. Ryan	[1997] 1 R.C.S. 157	372
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623 ...	205, 788, 802, 840, 845
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	592
Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier	[1969] R.C.S. 745	128
Massignani c. Veilleux	[1987] R.L. 247	129
Massignani c. Veilleux	[1987] R.R.A. 541	155
Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)	2013 TCDP 13	246, 271
McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources hu- maines)	2001 CanLII 20691	279
McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)	2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193	270
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	490
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 ...	254, 731
Michaud c. Bissonnette	2006 QCCA 775, [2006] R.J.Q. 1552	723
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	798
Mitchell c. M.R.N.	2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911 ...	802, 844
Mohawks of the Bay of Quinte c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien	2013 CF 669	821
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	379
Montréal (Ville) c. Benjamin	2004 CanLII 44591	585
Montréal (Ville) c. Tarquini	[2001] R.J.Q. 1405	138
Moore c. Bertuzzi	2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th) 237	43
Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 R.C.S. 393	61
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	62, 74
Morrisette c. St-Hyacinthe (Ville)	2016 QCCA 1216	588
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3	254, 369, 430, 480
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	339, 355, 381, 430, 477
Muscutt c. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	27

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
N		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 ... 781, 802, 833, 844	
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 ... 799, 811, 833, 844	
National Coalition for Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice	[1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6	434
New Brunswick c. Rothmans Inc.	2016 NBQB 106	604
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319 703, 720, 732, 795, 814	
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 ... 265, 334, 472	
Nolan c. Kerry (Canada) Inc.	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 257, 276	
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 261, 276	
Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners	[1974] A.C. 133	651, 679
Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.	2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604	278
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	732
O		
Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3	794, 814, 828
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation	[1991] 2 R.C.S. 570	138
P		
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 674, 684	
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585 389, 844	
Paulsson c. Cooper	2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28	77
Payson c. Hubert	(1904), 34 R.C.S. 400	718, 753
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba ...	[1991] 2 R.C.S. 869	326, 368, 479
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	633
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 789, 803	
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 ... 788, 805, 845	
President of the Legislative Council c. Kosmas	[2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269	752
Prévost-Masson c. Trust Général du Canada	2001 CSC 87, [2001] 3 R.C.S. 882	142
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	855
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1979] 2 R.C.S. 1016	724
Produits forestiers PMS inc. c. Terrebonne (Ville)	2014 QCCS 4878	589
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	416, 483

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Q		
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)	2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789	138
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal	2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789	249
Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin ...	2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478	138
Québec (Procureur général) c. A	2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61	348
Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux	2011 QCCA 1247, [2011] R.J.D.T. 690	723
Québec (Procureure générale) c. Guérin	2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3	254
R		
R. c. Abouabdellah	1996 CanLII 6502	523
R. c. Anderson	2014 ONSC 3646	522
R. c. Angelillo	2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728	515
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	788, 802, 846
R. c. Barros	2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368	635
R. c. Bartle	[1994] 3 R.C.S. 173	565
R. c. Basi	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389	628
R. c. Bell	2013 MBQB 80, 290 Man. R. (2d) 79	523
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	336, 377, 410, 477
R. c. Brown	2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185	634
R. c. Brydges	[1990] 1 R.C.S. 190	509, 565
R. c. Bunn	(1997), 118 Man. R. (2d) 300	519
R. c. Bunn	2000 CSC 9, [2000] 1 R.C.S. 183	519
R. c. Carroll	(1995), 56 B.C.A.C. 138	523
R. c. Cheung	2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192	623
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	549
R. c. Comeau	2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342	413
R. c. Conway	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765	329
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	203
R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.	2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157	633
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	340, 357, 391, 410
R. c. Folino	2005 ONCA 258, 77 O.R. (3d) 641	522
R. c. Forster	[1992] 1 R.C.S. 339	525, 545
R. c. Gladstone	[1996] 2 R.C.S. 723	805
R. c. Gladue	[1999] 1 R.C.S. 688	194, 209
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	379
R. c. Heatherington	2005 ABCA 393, 380 A.R. 395	523
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	565
R. c. Holliday	2009 ONCJ 323, 87 M.V.R. (5th) 148	573
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 ...	194, 209, 519, 573
R. c. Jones	[1986] 2 R.C.S. 284	400
R. c. Junkert	2010 ONCA 549, 103 O.R. (3d) 284	513
R. c. Kresko	2013 ONSC 1631, 42 M.V.R. (6th) 224	540

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Kummer	2011 ONCA 39, 103 O.R. (3d) 641	513
R. c. L.F.W.	2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132	512
R. c. L.M.	2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163	512, 562
R. c. Lacasse	2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 ...	512, 543
R. c. Larche	2006 CSC 56, [2006] 2 R.C.S. 762	515
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	634
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	574
R. c. MacDonald	2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37	525, 545
R. c. MacFarlane	2012 ONCA 82, 288 O.A.C. 114	522
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	203
R. c. Mamarika	[1982] FCA 94, 42 A.L.R. 94	522
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	791, 804, 844
R. c. McClure	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445	627
R. c. McDonald	2016 NUCA 4	523
R. c. Mercure	[1988] 1 R.C.S. 234	800
R. c. Mian	2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689	514
R. c. Morales	[1992] 3 R.C.S. 711	414
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	512, 551
R. c. National Post	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	329
R. c. Nikal	[1996] 1 R.C.S. 1013	805
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	251, 329, 355, 370, 412
R. c. Oickle	2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3	549
R. c. Owens	(2002), 161 O.A.C. 229	523
R. c. Personne désignée B	2013 CSC 9, [2013] 1 R.C.S. 405	633
R. c. Pham	2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739	519
R. c. Pontes	[1995] 3 R.C.S. 44	525, 545
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	519, 561, 612
R. c. Ramage	2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261	562
R. c. Rezaie	(1996), 31 O.R. (3d) 713	556
R. c. Rhyason	2007 CSC 39, [2007] 3 R.C.S. 108	552
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	372
R. c. Sandham	(2008), 248 C.C.C. (3d) 543	623
R. c. Sappier	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686	846
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	512, 560
R. c. Sinclair	2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310	549
R. c. Singh	2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405	376, 566
R. c. Smith	[1987] 1 R.C.S. 1045	379
R. c. Smith	2017 MBPC 16, 10 M.V.R. (7th) 152	571
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	789, 802, 833, 844
R. c. Stanberry	2015 QCCQ 1097, 18 C.R. (7th) 87	523
R. c. Stanley	2018 SKQB 27	623
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	627
R. c. Stobbe	2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123	623
R. c. Suberu	2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460	378
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	377
R. c. Therens	[1985] 1 R.C.S. 613	379
R. c. Trang	2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160	623
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	789, 846

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Wallace	2012 MBCA 54, 280 Man. R. (2d) 209	573
R. c. Zeolkowski	[1989] 1 R.C.S. 1378	217, 612
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	414
Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, Re	2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271	723
Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	820, 831
Renvoi relatif à la réforme du Sénat	2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704 ...	329, 413, 721
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	834
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	329, 413, 794, 818, 834
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698 ...	346, 377, 449
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.) ...	[1991] 2 R.C.S. 525	793, 817, 829, 855
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753	793, 817
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	377
Richard c. Time Inc.	2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265	140
Rimouski (Ville) c. Développements Vaillancourt inc.	2009 QCCA 1475, [2009] R.D.I. 457	587
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani	2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 ...	789, 809, 844
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	120, 161, 182, 214, 421, 483, 606, 660
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	343, 414, 475
Rockware Glass Ltd. c. MacShannon	[1978] 2 W.L.R. 362	81
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	255, 276
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	415
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	385, 430
Ross River Dena Council c. Yukon	2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100	798
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	549
Roy c. Privé	2017 QCCS 986	133
Royale du Canada, Cie d'assurance c. Légaré	[1991] R.J.Q. 91	129
S		
S.L. c. Commission scolaire des Chênes	2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235	340
Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan	2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245	820
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott	2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 ...	255, 349, 402
Saumur c. City of Quebec	[1953] 2 R.C.S. 299	437
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519	387
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	372, 490
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	721
Shade c. Canada (Procureur général)	2003 CFPI 327	787
Simard c. Lavoie	2005 CanLII 48674	124
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	385, 430
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	257, 731
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	639
Smith & Rhuland Ltd. c. The Queen	[1953] 2 R.C.S. 95	416

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.	2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615	257
Solomon c. Québec (Procureur général)	2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127	142
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	205
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205	83
Spiliada Maritime Corporation c. Cansulex Ltd.	[1987] 1 A.C. 460	81
St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	815
St-Jean c. Mercier	2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491	124
St. Pierre c. South American Stores (Gath and Chaves), Limited	[1936] 1 K.B. 382	81
Stewart c. Elk Valley Coal Corp.	2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591	255
Stockdale c. Hansard	(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112	704, 736
Stoffman c. Vancouver General Hospital	[1990] 3 R.C.S. 483	430
Strickland c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713	787
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	256
Syndicat Northcrest c. Amselem	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 ...	337, 357, 391, 438, 474
T		
Tehrankari c. Canada (Procureur général)	2012 CF 332	220
Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)	2000 CanLII 15218	220
Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)	(2004), 69 O.R. (3d) 161	758
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161	254
Thériault c. Gatineau (Ville)	2005 QCCA 1245	590
Thompson c. McLean	(1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170	753
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	31, 56, 84
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	731
Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289	520
Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)	2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513	249, 278
Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada	2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453	371, 408
Trinity Western University c. Law Society of Upper Canada	2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1	331, 409
Trinity Western University c. Nova Scotia Barristers' Society	2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296	337, 359
U		
Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia	2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63	83
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485	274
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353	277
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ...	2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 ...	331, 358, 403, 409
V		
Valois c. Giguère	2006 QCCS 1272	132
Voltage Pictures LLC c. Untel	2011 CF 1024	672
Voltage Pictures LLC c. Untel	2014 CF 161, [2015] 2 R.C.F. 540	660

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Voltage Pictures LLC c. Untel	2015 CF 1364	660
Vriend c. Alberta	[1998] 1 R.C.S. 493	377
W		
Wells c. Terre-Neuve	[1999] 3 R.C.S. 199	794, 829, 855
Wendover-et-Simpson (Corp. municipale) c. Filion	[1992] R.D.I. 263	588
West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)	2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635	289
WIC Radio Ltd. c. Simpson	2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420	372
Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)	2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83	798
Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée	2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770	254
Windsor (City) c. Canadian Transit Co.	2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617	786
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton	[1985] 2 R.C.S. 150	249

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act respecting the National Assembly,</i> CQLR, c. A-23.1		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 110	687	s. 255(3.2)	496
s. 120	687	ss. 718 to 718.2	496
C			
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		F	
s. 37	616	<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 37.1	616	s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”	765
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 2(2)	765
s. 1	293, 453	s. 17	765
s. 2(a)	293, 453	s. 18	765
s. 7	165	s. 18.1	765
s. 15	165	I	
<i>Canadian Human Rights Act</i> , R.S.C. 1985, c. H-6		<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-5	
s. 5	230	s. 6	230
<i>Civil Code of Québec</i>		L	
art. 1480	103	<i>Law Society Act</i> , R.S.O. 1990, c. L.8	
art. 1526	103	s. 4.1	453
art. 2922	577	s. 4.2	453
<i>Code of Civil Procedure</i> , CQLR, c. C-25		<i>Law Society Rules</i>	
art. 33	577	r. 2-27	293
<i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42		<i>Legal Profession Act</i> , S.B.C. 1998, c. 9	
s. 41.25	643	s. 13	293
s. 41.26	643	T	
<i>Corrections and Conditional Release Act</i> , S.C. 1992, c. 20		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, c. 30	
s. 24(1)	165	s. 2(5)(b)	595

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur la preuve au Canada</i> , L.R.C. 1985, c. C-5	
art. 1	293, 453	art. 37	616
art. 2a)	293, 453	art. 37.1	616
art. 7	105	<i>Loi sur le Barreau</i> , L.R.O. 1990, c. L.8	
art. 15	105	art. 4.1	453
<i>Code civil du Québec</i>		art. 4.2	453
art. 1480	103	<i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, c. C-42	
art. 1526	103	art. 41.25	643
art. 2922	577	art. 41.26	643
<i>Code criminel</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		<i>Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition</i> , L.C. 1992, c. 20	
art. 255(3.2)	496	art. 24(1)	103
art. 718 to 718.2	496	<i>Loi sur les Cours fédérales</i> , L.R.C. 1985, c. F-7	
<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ, c. C-25		art. 2(1) « office fédéral »	765
art. 33	577	art. 2(2)	765
L			
<i>Law Society Rules</i>		art. 17	765
art. 2-27	293	art. 18	765
<i>Legal Profession Act</i> , S.B.C. 1998, c. 9		art. 18.1	765
art. 13	293	<i>Loi sur les Indiens</i> , L.R.C. 1985, c. I-5	
<i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> , L.R.C. 1985, c. H-6		art. 6	230
art. 5	230	T	
<i>Loi sur l'Assemblée nationale</i> , RLRQ, c. A-23.1		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, c. 30	
art. 110	687	art. 2(5)(b)	595
art. 120	687		

AUTHORS CITED

DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS CITÉS

	PAGE
Ashworth, Andrew. <i>Sentencing and Criminal Justice</i> , 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.	546
Australia. Law Reform Commission. <i>Unfair Publication: Defamation and Privacy</i> . Canberra, 1979.	57, 86
Bankes, Nigel. “The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation?” (2016) (online).	800
Bastarache, Michel. <i>Dunsmuir 10 Years Later</i> , March 9, 2018 (online).	275
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.	118
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. <i>La responsabilité civile</i> , 8 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	122, 148
Berger, Benjamin L. <i>Law’s Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2015.	410
Berlin, Isaiah. <i>Four Essays on Liberty</i> . London: Oxford University Press, 1969.	391
Bingham, Tom. <i>The Rule of Law</i> . London: Allen Lane, 2010.	434
Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 373.	61
Bredt, Christopher D., and Ewa Krajewska. “Doré: All That Glitters Is Not Gold” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 339.	354, 374
<i>Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States</i> , 2nd ed. by Raymond E. Brown. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 5).	31, 86
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).	206, 825
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 6 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	721
Campbell, Elaine. <i>Current Issue Paper #68 — The Sergeant-at-Arms: Historical Origins and Contemporary Roles</i> . Ontario: Ontario Legislative Research Service, 1987.	735
Canada. Bureau de l’enquêteur correctionnel. <i>Rapport annuel 2015-2016</i> , Ottawa, 2016.	196
Canada. Bureau de l’enquêteur correctionnel. <i>Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Rapport final</i> , Ottawa, 2012.	196
Canada. Bureau de la consommation. <i>Le régime d’avis et avis</i> (en ligne).	661

	PAGE
Canada. Bureau du vérificateur général. <i>Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada</i> , Ottawa, 2016.	196
Canada. Chambre des communes. Comité législatif chargé du projet de loi C-32. <i>Témoignages</i> , n° 19, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 22 mars 2011, p. 1, 10.	662
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431.	193
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 146, n° 31, 1 ^{re} sess., 41 ^e lég., 18 octobre 2011, p. 2107, 2109.	662
Canada. Chambre des communes. <i>La procédure et les usages de la Chambre des communes</i> , 2 ^e éd. par Audrey O'Brien et Marc Bosc, Ottawa, 2009.	705
Canada. <i>Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston</i> , Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996.	195
Canada. <i>Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston</i> . Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1996.	195
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada</i> , Ottawa, 1996.	195
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 4, <i>Perspectives et réalités</i> , Ottawa, 1996.	244
Canada. Department of Justice and Solicitor General. <i>Directions for Reform: A Framework for Sentencing, Corrections and Conditional Release</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1990.	193
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, pp. 4430-31.	193
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 146, No. 31, 1st Sess., 41st Parl., October 18, 2011, pp. 2107, 2109.	662
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Procedure and Practice</i> , 2nd ed. by Audrey O'Brien and Marc Bosc. Ottawa, 2009.	705
Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-32. <i>Evidence</i> , No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., March 22, 2011, pp. 1, 10.	662
Canada. Ministère de la justice et Solliciteur général. <i>Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition</i> , Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.	193
Canada. Office of Consumer Affairs. <i>Notice and Notice Regime</i> (online).	661
Canada. Office of the Auditor General. <i>2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada</i> . Ottawa, 2016.	196
Canada. Office of the Correctional Investigator. <i>Annual Report 2015-2016</i> . Ottawa, 2016.	196
Canada. Office of the Correctional Investigator. <i>Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act — Final Report</i> . Ottawa, 2012.	196
Canada. Privy Council. <i>Guide to Making Federal Acts and Regulations</i> . 2nd ed. Ottawa: Privy Council/Dept. of Justice Canada, 2001.	849
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada</i> . Ottawa, 1996.	195

	PAGE
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 4, <i>Perspectives and Realities</i> . Ottawa, 1996.	244
Canada. Sénat. Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement. <i>Une question de privilège : Document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXI^e siècle</i> . Ottawa, juin 2015 (en ligne).	707
Canada. Senate. Standing Committee on Rules, Procedures, and the Rights of Parliament. <i>A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st Century</i> . Ottawa, June 2015 (online).	707
Canada. Solicitor General. <i>Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report</i> . Ottawa: Public Works and Government Services of Canada, 1998.	193
Canada. Solliciteur général. <i>Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global</i> , Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.	193
<i>Canadian Encyclopedic Digest</i> , vol. 10, Ontario 4th ed. Toronto: Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2018, release 2).	74
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “either”.	121
Cartier, Geneviève. “Administrative Discretion: Between Exercising Power and Conducting Dialogue”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 381.	415
Castel, J.-G. “Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?” (1990), 28 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 153.	51, 56, 87
Castel, Jean-Gabriel. “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 <i>McGill L.J. / R.D. McGill</i> 555.	59
Castel, Matthew. “Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet” (2013), 51 <i>Alta. L. Rev.</i> 153.	31, 60, 87
Cauchon, Hubert. <i>Le privilège parlementaire de gestion du personnel des assemblées législatives au Canada</i> , 2008 (en ligne Conseil de l’Europe. Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise). <i>Rapport sur l’étendue et la levée des immunités parlementaires</i> , Étude n° 714/2013, 14 mai 2014 (en ligne).	753
Chamberland, Luc, dir. <i>Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations</i> , 2 ^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.	588
Chaplin, Steven R. “ <i>House of Commons v. Vaid</i> : Parliamentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independence of Parliament” (2009), 2 <i>J.P.P.L.</i> 153.	706
<i>Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018</i> , 2 ^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres, Montréal, Yvon Blais, 2017.	125
Commission du droit de l’Ontario. <i>La diffamation à l’époque de l’Internet : Document de consultation</i> , Toronto, 2017 (en ligne).	87
Conseil de l’Europe. Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise). <i>Rapport sur l’étendue et la levée des immunités parlementaires</i> , Étude n° 714/2013, 14 mai 2014 (en ligne).	704
Council of Europe. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). <i>Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities</i> . Study No. 714/2013, May 14, 2014 (online).	704

	PAGE
Cruz Villalón, Pedro. <i>Opinion of Advocate General Cruz Villalón</i> , C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10272.	58
Cumyn, Michelle. “Responsibility for Another’s Debt: Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation” (2010), 55 <i>McGill L.J. / R.D. McGill</i> 211.	118
Daly, Paul. “Prescribing Greater Protection for Rights: Administrative Law and Section 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> ” (2014), 65 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 249.	354
Daly, Paul. <i>The hopeless search for “true” questions of jurisdiction</i> , August 15, 2013 (online).	257
Davis, Zachary. “The Duty to Consult and Legislative Action” (2016), 79 <i>Sask. L. Rev.</i> 17.	818
de Villers, Marie-Éva. <i>Multidictionnaire de la langue française</i> , 5 ^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, « l’un ou l’autre », tableau « un ».	121
DeCoste, F. C. <i>On Coming to Law: An Introduction to Law in Liberal Societies</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.	434
Denning, Alfred Thompson. <i>The Discipline of Law</i> . London: Butterworths, 1979.	389
Deschamps, Pierre. « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle », dans <i>JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile</i> , vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 22 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).	123
Deschamps, Pierre. « Faute personnelle », dans <i>JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile</i> , vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 17 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).	122
<i>Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws</i> , 15th ed. by Lord Collins of Mapesbury. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.	81
Dickson, Jamie D. <i>The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 2015.	808
Doherty, Peter. “What is this ‘Mysterious Power’? An Historical Model of Parliamentary Privilege in Canada” (2017), 11 <i>J.P.P.L.</i> 383.	705
Downard, Peter A. <i>The Law of Libel in Canada</i> , 4th ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2018.	31
Drouin-Barakett, Francine, et Pierre-Gabriel Jobin. « La faute collective dans l’équipe de professionnels » (1978), 56 <i>R. du B. can. / Can. Bar Rev.</i> 49.	148
Electronic Frontier Foundation. <i>Comments of Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study</i> , submitted by Corynne McSherry and Kit Walsh, April 1, 2016 (online).	663
<i>Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament</i> , 24th ed., by Malcolm Jack. London: LexisNexis, 2011.	704, 735
Fox-Decent, Evan. « Le privilège parlementaire, la primauté du droit et la Charte après l’affaire Vaid » (2007), 30:3 <i>Rev. parl. can.</i> 29.	712
Fox-Decent, Evan. “Parliamentary Privilege, Rule of Law and the Charter after the Vaid Case” (2007), 30:3 <i>Can. Parl. Rev.</i> 27.	712
Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. “The Charter and Administrative Law: Cross-Fertilization or Inconstancy?”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 407.	354

Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. “The Charter and Administrative Law Part II: Substantive Review”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> , 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2018, 507.	373
Foy, James. “Proportionality in Sentence Appeals: Towards a Guiding Principle of Appellate Review” (2018), 23 <i>Can. Crim. L.R. / Rev. can. D.P.</i> 77.	558
<i>Gage Canadian Dictionary</i> , rev. and exp. ed. by Gaelan Dodds de Wolf et al. Vancouver: Gage Educational Publishing Company, 1997, “either”.	121
Galston, William A. <i>Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice</i> . New York: Cambridge University Press, 2002.	432
Galston, William A. <i>The Practice of Liberal Pluralism</i> . New York: Cambridge University Press, 2005.	444
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , 5 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.	592
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. <i>Droit administratif</i> , 7 ^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.	592
Gervais, Céline. <i>La Prescription</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.	592
Grammond, Sébastien. « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs » (2012), 42 <i>R.G.D.</i> 105.	140
Groves, Matthew and Enid Campbell. “Parliamentary Privilege and the Courts: Questions of Justiciability” (2007), 7 <i>O.U.C.L.J.</i> 175.	729
<i>Guide to Canadian English Usage</i> , 2nd ed. by Margery Fee and Janice McAlpine. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2007, “either . . . or, neither . . . nor”.	121
Héту, Jean, et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina, <i>Droit municipal : Principes généraux et contentieux</i> , vol. 1, 2 ^e éd., Brossard (Qc), Wolters Kluwer, 2002 (feuilles mobiles mises à jour octobre 2017).	593
Hickman, Tom. “Adjudicating Constitutional Rights in Administrative Law” (2016), 66 <i>U.T.L.J.</i> 121.	354
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).	379, 721, 795, 813, 846
Hogg, Peter W. “Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification” (1990), 28 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 817.	382
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	205
Horner, Matthew. “Charter Values: The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 361.	373
Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. <i>Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure</i> , Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated March 2018, release 56).	632
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. <i>The Law of Privilege in Canada</i> , Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated March 2018, release 44).	632
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.	415
Kain, Brandon, Elder C. Marques and Byron Shaw. “Developments in Private International Law: The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the <i>Van Breda</i> Trilogy” (2012), 59 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 277.	51, 56
Karakatsanis, Andromache. Foreword to <i>Canada at 150: Building a Free and Democratic Society</i> , ed. by Heather MacIvor and Arthur H. Milnes. Toronto: LexisNexis, 2017.	443

	PAGE
Karim, Vincent. <i>Les obligations</i> , vol. 1, 4 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.	124
<i>Kenny's Outlines of Criminal Law</i> , 19th ed. by J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.	525
Khoury, Lara. « Lien de causalité », dans <i>JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile</i> , vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 21 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).	123
Kong, Hoi L. “Doré, Proportionality and the Virtues of Judicial Craft” (2013), 63 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 501.	354
Law Commission of Ontario. <i>Defamation Law in the Internet Age: Consultation Paper</i> , Toronto, 2017 (online).	87
LeChasseur, Marc-André. <i>Zonage et urbanisme en droit canadien</i> , 3 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.	590
Levesque, Frédéric. <i>L'obligation in solidum en droit privé québécois</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.	125
Liston, Mary. “Administering the Charter, Proportioning Justice: Thirty-five Years of Development in a Nutshell” (2017), 30 <i>Can. J. Admin. L. & Prac.</i> 211.	354
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd., Montréal, Thémis, 2012.	114, 162
Lock, G. F. “Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege” (1983), 12 <i>Indus. L.J.</i> 28.	712
Macklin, Audrey. “Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 561.	374
Maingot, J. P. Joseph. <i>Parliamentary Immunity in Canada</i> . Toronto: LexisNexis, 2016.	703, 795, 830
Manitoba. “Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities” (May 4, 2009) (online).	846
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> , vol. 1, <i>The Justice System and Aboriginal People</i> . Winnipeg, 1991.	194
Manson, Allan. <i>The Law of Sentencing</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	520
Marsden, Philip. <i>The Officers of the Commons 1363-1978</i> . London: Her Majesty's Stationary Office, 1979.	735
Martin, Craig. “Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation” (1997), 31 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 127.	57, 87
Mayrand, Albert. « L'énigme des fautes simultanées » (1958), 18 <i>R. du B.</i> 1.	155
McCabe, J. Timothy S. <i>The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	803
McCann, Julie. <i>Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.	590
McGee, David. <i>Parliamentary Practice in New Zealand</i> , 4th ed., by Mary Harris et al. Auckland, New Zealand: Oratia, 2017.	704, 729
McLachlin, Beverley. “Judging: the Challenges of Diversity”, Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture. Scotland, June 7, 2012 (online).	410
Mehta, Ravi S. “Sir Thomas' Blushes: Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies” (2012), 17 <i>E.H.R.L.R.</i> 309.	705
Mummé, Claire. “At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the Charter in Canadian Government Services Cases” (2012), 9 <i>J.L. & Equality</i> 103.	267
Muñiz-Fraticelli, Victor M. “The (Im)possibility of Christian Education” (2016), 75 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 209.	448
Newman, Dwight. “Canadian Proportionality Analysis: 5½ Myths” (2016), 73 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 93.	383

	PAGE
Newman, Dwight. “Ties That Bind: Religious Freedom and Communities” (2016), 75 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 3.	410
Newman, Dwight G. <i>Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 2014.	804
O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold. <i>O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law</i> , 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.	833
Oliphant, Benjamin. “Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2015), 65:3 <i>U.T.L.J.</i> 239.	379
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “retain”.	671
<i>Oxford English Dictionary</i> (online), “particular”.	612
Pincus, Steve. <i>1688: The First Modern Revolution</i> . New Haven: Yale University Press, 2009.	733
Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. <i>Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.	80
Post, C. Gordon. <i>Significant Cases in British Constitutional Law</i> . New York: Liberal Arts Press, 1957.	737
Pothier, Dianne. “An Argument Against Accreditation of Trinity Western University’s Proposed Law School” (2014), 23:1 <i>Const. Forum Const.</i> 1.	350
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 27, n° 90, 4 ^e sess., 32 ^e lég., 9 mai 1984, p. 6021-6023.	728
Quebec. Civil Code Revision Office. Committee on the Law of Obligations. <i>Report on Obligations</i> . Montréal: Civil Code Revision Office, 1975.	125
Québec. Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones. <i>Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones</i> , Québec, 2008.	847
Quebec. Interministerial Support Group on Aboriginal Consultation. <i>Interim Guide for Consulting the Aboriginal Communities</i> . Québec, 2008.	847
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. I, <i>Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , Québec, Publications du Québec, 1993.	123
Québec. Office de révision du Code civil. Comité du droit des obligations. <i>Rapport sur les obligations</i> , Montréal, Office de révision du Code civil, 1975.	125
Québec. Office québécois de la langue française. <i>L’un ou l’autre</i> , Banque de dépannage linguistique, avril 2018 (en ligne).	121
Régimbald, Guy. <i>Canadian Administrative Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.	329
République française. Sénat. Direction de l’initiative parlementaire et des délégations. <i>L’immunité parlementaire</i> , Étude de législation comparée n° 250, juin 2014 (en ligne).	704
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated November 2017, release 30).	796
Robert, Charles. “Falling Short: How a Decision of the Northwest Territories Court of Appeal Allowed a Claim to Privilege to Trump Statute Law” (2011), 79 <i>The Table</i> 19.	722
Robert, Charles. “The Role of the Crown-in-Parliament: A Matter of Form and Substance”, in Michel Bédard and Philippe Lagassé, eds., <i>The Crown and Parliament</i> . Montréal: Yvon Blais, 2015, 95.	834
Robert, Charles, and David Taylor. “Then and Now: Necessity, the Charter and Parliamentary Privilege in the Provincial Legislative Assemblies of Canada” (2012), 80 <i>The Table</i> 17.	708
Roy, Marc-André. « Le Parlement, les tribunaux et la Charte canadienne des droits et libertés : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI ^e siècle » (2014), 55 <i>C. de D.</i> 489.	708, 741

Royaume-Uni. House of Commons. <i>Parliamentary Debates</i> , 3rd ser., vol. 49, August 1, 1839, col. 1074-75.	737
Royaume-Uni. House of Commons. <i>Parliamentary Debates</i> , 5th ser., vol. 898, October 29, 1975, col. 1693-99.	760
Royaume-Uni. House of Lords. House of Commons. Joint Committee on Parliamentary Privilege. <i>Parliamentary Privilege : Report of Session 2013-14</i> , London, Stationery Office, July 3, 2013.	706, 758
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	529, 557
Sarna, Lazar. <i>The Law of Declaratory Judgments</i> , 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.	205
Saskatchewan. “First Nation and Métis Consultation Policy Framework” (June 2010) (online).	846
Schmitz, Sandra. “From Where are They Casting Stones? — Determining Jurisdiction in Online Defamation Claims” (2012), 6 <i>Masaryk U. J.L. & Tech.</i> 159.	62
Seltzer, Wendy. “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment” (2010), 24 <i>Harv. J.L. & Tech.</i> 171.	663
Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 433.	788
Smith, Charles C. “Tuition fee increases and the history of racial exclusion in Canadian legal education”, Ontario Human Rights Commission, 2004 (online).	489
Sossin, Lorne, and Mark Friedman. “Charter Values and Administrative Justice” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 391.	373
Stubbs, William. <i>The Constitutional History of England in Its Origin and Development</i> , vol. III, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1884.	734
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	220, 664
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations en droit mixte du Québec</i> , 7 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.	137
United Kingdom. House of Commons. <i>Parliamentary Debates</i> , 3rd ser., vol. 49, August 1, 1839, col. 1074-75.	737
United Kingdom. House of Commons. <i>Parliamentary Debates</i> , 5th ser., vol. 898, October 29, 1975, col. 1693-99. Roy, Marc-André. « Le Parlement, les tribunaux et la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI ^e siècle » (2014), 55 <i>C. de D.</i> 489.	760
United Kingdom. House of Lords. House of Commons. Joint Committee on Parliamentary Privilege. <i>Parliamentary Privilege: Report of Session 2013-14</i> . London: Stationery Office, July 3, 2013.	705, 758
Urban, Jennifer M., Joe Karaganis and Brianna L. Schofield. <i>Notice and Takedown in Everyday Practice</i> , March 2017 (online).	663
Van Harten, Gus, et al. <i>Administrative Law: Cases, Text, and Materials</i> , 7th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2015.	415
Vézina, Natalie. « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle », dans <i>JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile</i> , vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).	114
Vézina, Nathalie, et Louise Langevin. « Les modalités de l’obligation », dans <i>Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2017-2018</i> , vol. 6, <i>Obligations et contrats</i> , Montréal, Yvon Blais, 2017, 115.	125

Waldron, Mary Anne, et al. “Developments in law and secularism in Canada”, in Angus J. L. Menuge, ed., <i>Religious Liberty and the Law: Theistic and Non-Theistic Perspectives</i> . Routledge: New York, 2018, 106.	411
Walters, Mark D. “The Morality of Aboriginal Law” (2006), 31 <i>Queen’s L.J.</i> 470.	808
Yahya, Moin A. “Traditions of Religious Liberty in Early Canadian History”, in Dwight Newman, ed., <i>Religious Freedom and Communities</i> . Toronto: LexisNexis, 2016, 49.	443

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

v.

Philip Morris International, Inc. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and Information and Privacy Commissioner for British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, INC.

2018 SCC 36

File No.: 37524.

2018: January 17; 2018: July 13.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Production of documents — Health care databases — Province bringing action pursuant to provincial legislation against tobacco manufacturers to recover tobacco-related health care costs on aggregate basis — Legislation barring compellability in such action of “health care records and documents of particular individual insured persons” and of “documents relating to provision of health care benefits for particular individual insured persons” — Tobacco manufacturer seeking production of databases of health care information to be used by province to prove causation and damages in action — Whether databases, once anonymized, are compellable — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, s. 2(5)(b).

The province of British Columbia brought an action against P and other tobacco manufacturers to recover the cost of health care benefits related to disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product, pursuant

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

c.

Philip Morris International, Inc. *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario, Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko et Information and Privacy Commissioner for British Columbia *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE c. PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, INC.

2018 CSC 36

N° du greffe : 37524.

2018 : 17 janvier; 2018 : 13 juillet.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin.

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

Procédure civile — Production de documents — Bases de données relatives aux soins de santé — Action intentée par la province contre les fabricants de produits du tabac en vertu de la législation provinciale afin de recouvrer globalement le coût des services de soins de santé liés au tabac — Législation précisant que, dans une telle action, nul ne peut être requis de produire les « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » et les « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés » — Fabricant de produits du tabac cherchant à obtenir la production de bases de données contenant des renseignements médicaux destinés à servir à la province pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts dans le cadre de l’action — Est-il possible d’exiger la production des bases de données, une fois celles-ci anonymisées? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, art. 2(5)(b).

La province de la Colombie-Britannique a intenté une action contre P et d’autres fabricants de produits du tabac pour le recouvrement du coût des services de soins de santé liés à toute maladie causée ou favorisée par

to the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*. Where, as here, the province sues to recover the cost of health care benefits on an aggregate basis, that is, for a population of insured persons, s. 2(5)(b) of the Act governs the compellability of health care documents and provides that “the health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons are not compellable”. P applied for production of a collection of health care databases containing coded health care information which the province intended to use to prove causation and damages in its action, on the basis that access to those databases was critical to its ability to defend itself and that production was not barred by s. 2(5)(b). The application judge found that the databases were compellable, since, once the information contained in the databases was anonymized, s. 2(5)(b) did not apply. The Court of Appeal dismissed the province’s appeal.

Held: The appeal should be allowed. The order of the application judge should be set aside and P’s application for an order requiring production of the health care databases should be dismissed.

The databases at issue in this case constitute “health care records and documents of particular individual insured persons” or “documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons”. As such, by operation of s. 2(5)(b) of the Act, the databases are not compellable. Neither their relevance to the pleadings in the province’s action nor their anonymization insulate them from the text of s. 2(5)(b), read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the Act’s scheme and object.

The databases at issue in this case are both “records” and “documents” within the meaning of the Act. They store the health care information of particular individual insured persons. And, while that information is stored on an aggregate rather than individual basis, each data entry in the databases is derived from particular individuals’ clinical records. The mere alteration of the method by which that health care information is stored — that is, by compiling it from individual clinical records into aggregate databases — does not change the nature of the information itself. Even in an aggregate form, the databases, to the extent that they contain information drawn from individuals’ clinical records, remain “health care records and documents of particular individual insured persons”.

l’exposition à un produit du tabac, sous le régime de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*. Dans les cas où, comme en l’espèce, la province intente une action en vue de recouvrer le coût des services de soins de santé prodigués globalement, c’est-à-dire relativement à une population d’assurés, l’al. 2(5)(b) régit l’obligation de produire des documents médicaux et indique que « nul ne peut être requis de produire les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ». P a demandé la production d’une série de bases de données relatives aux soins de santé contenant des renseignements médicaux codés que la province voulait utiliser pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts dans le cadre de son action, au motif qu’il était essentiel pour elle de pouvoir consulter les bases de données en question pour pouvoir se défendre et que leur production n’était pas interdite par l’al. 2(5)(b). Le juge de première instance a statué qu’il était possible d’exiger la production des bases de données puisque, une fois les renseignements contenus dans celles-ci anonymisés, l’al. 2(5)(b) n’était pas applicable. La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par la province.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’ordonnance du juge de première instance est annulée et la demande de P pour une ordonnance exigeant la production des bases de données relatives aux soins de santé est rejetée.

Les bases de données visées en l’espèce constituent des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » ou des « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ». Par conséquent, par l’effet de l’al. 2(5)(b) de la Loi, nul ne peut être contraint de les produire. Ni leur pertinence quant aux actes de procédure déposés dans le cadre de l’action intentée par la province ni leur anonymisation ne les soustraient au libellé de l’al. 2(5)(b), lorsque celui-ci est lu dans son contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie et l’objet de la Loi.

Les bases de données visées en l’espèce constituent à la fois des « dossiers » et des « documents » au sens de la Loi. On y conserve des renseignements médicaux qui concernent des assurés en particulier. De plus, même si ces renseignements sont conservés collectivement plutôt qu’individuellement, chaque entrée inscrite dans la base de données provient des dossiers cliniques de personnes en particulier. Le simple fait de modifier la façon de conserver les renseignements médicaux, c’est-à-dire le fait de compiler des dossiers cliniques individuels dans des bases de données collectives, ne change en rien la nature des renseignements eux-mêmes. Même présentées sous une forme collective, dans la mesure où les bases de données contiennent des renseignements tirés

Further, even were it the case that the databases are not, in their entirety, “health care records and documents of particular individual insured persons”, s. 2(5)(b) protects a second category of records and documents, that is, “documents relating to the provision of health care benefits”. By using expansive language — relating to — in describing this second category, the Legislature broadened the scope of protection furnished under s. 2(5)(b) to include documents that are not health care records and documents themselves, such as billing records and records of drugs administered to a patient. Much of the information stored in the databases is precisely that.

Section 2(5)(b) of the Act conditions the compellability of the records and documents it describes not upon their relevance, but upon their nature. The relevance of those records and documents to a claim brought on an aggregate basis does not alter that nature. Therefore, irrespective of their relevance, such records and documents that fall within the scope of s. 2(5)(b) are not compellable. The courts below erred by allowing what they saw as the relevance of the aggregate databases to supplant the meaning of, and the legislative intent behind, s. 2(5)(b).

The phrase “particular individual insured persons” in s. 2(5)(b) is not synonymous with “identifiable individual insured persons”. The ordinary meaning of the word “particular” is “distinct” or “specific”. Based on this definition, the databases fall within s. 2(5)(b)’s scope as comprising the “health care records and documents of” and the “documents relating to the provision of health care benefits for” each distinct and specific individual in British Columbia, even if, once anonymized, the information contained within the databases is no longer capable of identifying an individual insured person. In addition, equating “particular” with “identifiable” would be inconsistent with the Act’s scheme and would render other provisions in the Act redundant or nonsensical.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *New Brunswick v. Rothmans Inc.*, 2016 NBQB 106; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378.

des dossiers cliniques des patients, elles demeurent des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier ». De plus, même si, les bases de données ne constituaient pas intégralement des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier », l’al. 2(5)(b) protège une seconde catégorie de dossiers et de documents, à savoir les « documents relatifs aux soins de santé prodigués ». En retenant un libellé très large — relatifs aux — pour désigner cette seconde catégorie, le législateur a étendu la portée de la protection prévue à l’al. 2(5)(b) pour y inclure des documents qui ne sont pas eux-mêmes des dossiers et documents médicaux, tels que des dossiers de facturation et des dossiers concernant les médicaments administrés à un patient. Une grande partie des renseignements conservés dans les bases de données constituent effectivement de tels documents.

L’alinéa 2(5)(b) de la Loi subordonne l’obligation de produire les dossiers et les documents qu’il décrit non pas à leur pertinence, mais à leur nature. La pertinence de ces dossiers et documents à l’égard d’une action en recouvrement global ne change en rien leur nature. Par conséquent, indépendamment de la pertinence des dossiers, nul ne peut être requis de produire les dossiers et les documents qui tombent sous le coup de l’al. 2(5)(b). Les juridictions inférieures ont commis une erreur en permettant à ce qu’elles ont estimé être la pertinence des bases de données regroupées de l’emporter sur le sens de l’al. 2(5)(b) et l’intention du législateur à l’égard de cet alinéa.

L’expression « des assurés en particulier » à l’al. 2(5)(b) n’est pas synonyme de l’expression « des assurés identifiables ». Le sens courant du mot anglais « *particular* » (« en particulier ») est « *distinct* » ou « *specific* » (« distinct » et « spécifique », respectivement). Selon cette définition, les bases de données sont visées par l’al. 2(5)(b), puisqu’elles font partie des « dossiers et documents médicaux » et des « documents relatifs aux soins de santé prodigués » relativement à chaque assuré distinct et spécifique de la Colombie-Britannique, même si les renseignements contenus dans les bases de données, une fois anonymisés, ne permettent plus d’identifier l’assuré. En outre, le fait d’assimiler « en particulier » à « identifiables » serait incompatible avec l’économie de la Loi et rendrait d’autres dispositions de la Loi redondantes ou dénuées de sens.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *New Brunswick c. Rothmans Inc.*, 2016 NBQB 106; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378.

Statutes and Regulations Cited

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, ss. 2(1), 29 “record”.

Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 1-1(1).

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, ss. 1 “tobacco related disease”, 2(1), (4), (5), 5.

Authors Cited

Oxford English Dictionary (online: <http://www.oed.com>), “particular” (archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC36_1_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Willcock and Goepel J.J.A.), 2017 BCCA 69, 95 B.C.L.R. (5th) 116, 412 D.L.R. (4th) 310, [2017] 7 W.W.R. 451, [2017] B.C.J. No. 257 (QL), 2017 CarswellBC 369 (WL Can.), affirming a decision of Smith J., 2015 BCSC 844, [2015] B.C.J. No. 1026 (QL), 2015 CarswellBC 1361 (WL Can.). Appeal allowed.

Jeffrey S. Leon, James D. Virtue, André I. G. Michael, James Duvall and Peter Lawless, for the appellant.

Michael A. Feder, Emily MacKinnon and Robyn Gifford, for the respondent.

Sunil S. Mathai, Farzin Yousefian and Antonin I. Pribetic, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Angela R. Westmacott, Q.C.*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner for British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] In 2000, the British Columbia Legislature enacted the *Tobacco Damages and Health Care Costs*

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, art. 2(1), 29 « record ».

Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 1-1(1).

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, art. 1 « tobacco related disease », 2(1), (4), (5), 5.

Doctrine et autres documents cités

Oxford English Dictionary (en ligne : <http://www.oed.com>), « particular » (version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC36_1_eng.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Willcock et Goepel), 2017 BCCA 69, 95 B.C.L.R. (5th) 116, 412 D.L.R. (4th) 310, [2017] 7 W.W.R. 451, [2017] B.C.J. No. 257 (QL), 2017 CarswellBC 369 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Smith, 2015 BCSC 844, [2015] B.C.J. No. 1026 (QL), 2015 CarswellBC 1361 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Jeffrey S. Leon, James D. Virtue, André I. G. Michael, James Duvall et Peter Lawless, pour l’appelante.

Michael A. Feder, Emily MacKinnon et Robyn Gifford, pour l’intimée.

Sunil S. Mathai, Farzin Yousefian et Antonin I. Pribetic, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

David Fewer, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Angela R. Westmacott, c.r.*, pour l’intervenant Information and Privacy Commissioner for British Columbia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] En 2000, la législature de la Colombie-Britannique a adopté la *Tobacco Damages and Health*

Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30. (“Act”). The Act, whose constitutionality was upheld by this Court in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, creates a right of action allowing the Province to sue tobacco manufacturers, as it has in this case, “to recover the cost of health care benefits” related to “disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product”: ss. 1 “tobacco related disease” and 2(1).

[2] The Act also sets out procedures governing this statutory action. This appeal requires the Court to interpret one of those procedural provisions — specifically, s. 2(5)(b), which governs the compellability of health care documents where the Province has sued to recover the cost of health care benefits “on an aggregate basis” (that is, for a population of insured persons, as opposed to for particular individual insured persons). Section 2(5)(b) provides, generally, that “the health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons are not compellable”.

[3] But does s. 2(5)(b) go so far as to bar the compellability of various databases, collected by the Province, containing coded health care information? The respondent, Philip Morris International, Inc., says it does not, and applied for an order requiring production. The appellant, Her Majesty the Queen in Right of British Columbia, resisted, arguing that such databases contained private health care information about British Columbia residents, and are as such not compellable by operation of s. 2(5)(b). Both the application judge and the Court of Appeal of British Columbia agreed with Philip Morris, finding that the databases, once anonymized, fell outside of the scope of s. 2(5)(b) and were therefore compellable.

Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30 (« Loi »). La Loi, dont la constitutionnalité a été confirmée par la Cour dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, crée un droit d’action qui permet à la province de poursuivre les fabricants de produits du tabac, comme elle l’a fait en l’espèce, [TRADUCTION] « pour le recouvrement du coût des services de soins de santé » liés à toute « maladie causée ou favorisée par l’exposition à un produit du tabac » : art. 1 « maladie liée au tabac » (*tobacco related disease*) et par. 2(1).

[2] La Loi énonce également des règles de procédure régissant cette action d’origine législative. En l’espèce, la Cour est appelée à interpréter l’une de ces dispositions d’ordre procédural, à savoir l’al. 2(5)(b), qui régit l’obligation de produire des documents médicaux lorsque la province intente une poursuite pour recouvrer le coût des services de soins de santé prodigués [TRADUCTION] « globalement » (c’est-à-dire relativement à une population d’assurés, plutôt qu’à certains assurés en particulier). L’alinéa 2(5)(b) indique que, de façon générale, « nul ne peut être requis de produire les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ».

[3] Or, l’al. 2(5)(b) va-t-il jusqu’à empêcher d’exiger la production des diverses bases de données compilées par la province et renfermant des renseignements médicaux codés? Répondant à cette question par la négative, l’intimée Philip Morris International, Inc. a demandé une ordonnance exigeant la production des bases de données. L’appelante, Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, a contesté cette demande en faisant valoir que ces bases de données contenaient des renseignements médicaux personnels concernant des résidents de la Colombie-Britannique et qu’ainsi, par l’effet de l’al. 2(5)(b), nul ne pouvait être requis de les produire. Tant le juge de première instance que ceux de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont donné raison à Philip Morris, concluant que les bases de données, une fois anonymisées, échappaient à la portée de l’al. 2(5)(b) et qu’il était donc possible d’en exiger la production.

[4] I would respectfully disagree. The databases constitute “health care records and documents of particular individual insured persons or . . . documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons” and are therefore not compellable. Neither their relevance to the pleadings in the Province’s action nor their anonymization insulate them from the text of s. 2(5)(b), read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the Act’s scheme and object. I would therefore allow the appeal.

II. Statutory Provisions

[5] Section 2(4) of the Act authorizes the Province to claim for recovery of two kinds of health care costs: (a) the cost of health care benefits for “particular individual insured persons”, and (b) the cost of health care benefits “on an aggregate basis”, being “for a population of insured persons”.

[6] Where, as here, the Province sues to recover on an aggregate basis, certain procedural rules contained in s. 2(5) apply. Section 2(5)(a) provides that the Province need not identify, prove the cause of the tobacco related disease in, or prove the cost of health care benefits for, any particular individual insured person. Nor is any person “compellable to answer questions with respect to the health of, or the provision of health care benefits for, particular individual insured persons” in an aggregate action: s. 2(5)(c). And, as I have already noted, s. 2(5)(b), the provision whose interpretation is at issue in this appeal, governs the compellability of documents. Its full text reads:

(b) the health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons are not

[4] Soit dit en tout respect, je ne suis pas de cet avis. Les bases de données constituent des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou [des] documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés », et nul ne peut donc être contraint de les produire. Ni leur pertinence quant aux actes de procédure déposés dans le cadre de l’action intentée par la province ni leur anonymisation ne les soustraient au libellé de l’al. 2(5)(b), lorsque celui-ci est lu dans son contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la Loi. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Dispositions législatives applicables

[5] Le paragraphe 2(4) de la Loi reconnaît à la province deux droits d’action lui permettant de recouvrer le coût des soins de santé : a) soit relativement [TRADUCTION] « à certains assurés en particulier » ; b) soit « globalement », c’est-à-dire relativement « à une population d’assurés ».

[6] Dans les cas où, comme en l’espèce, la province intente une action en vue de recouvrer globalement le coût des services de soins de santé, certaines règles de procédure, énoncées au par. 2(5), s’appliquent. L’alinéa 2(5)(a) précise que la province n’a pas à identifier les assurés en particulier, à prouver à l’égard d’un assuré en particulier la cause de la maladie liée au tabac ou à prouver le coût des services de soins de santé fournis à un assuré en particulier. De plus, dans le cadre d’une action en recouvrement global, [TRADUCTION] « nul ne peut être contraint de répondre à des questions relatives à la santé d’assurés en particulier ou aux soins de santé prodigués à ces assurés » : al. 2(5)(c). Et, comme je l’ai indiqué précédemment, l’al. 2(5)(b), soit la disposition dont l’interprétation est en cause dans le présent pourvoi, régit l’obligation de produire des documents. Cet alinéa est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

(b) nul ne peut être requis de produire les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés, sauf dans la mesure

compellable except as provided under a rule of law, practice or procedure that requires the production of documents relied on by an expert witness,

Notwithstanding ss. 2(5)(b) and 2(5)(c), on an application by a defendant in an aggregate action, a court may order discovery of a “statistically meaningful sample” of the protected documents, although where such an order is made “the identity of particular individual insured persons must not be disclosed and all identifiers that disclose or may be used to trace the names or identities of any particular individual insured persons must be deleted from any documents [prior to discovery]”: ss. 2(5)(d) and 2(5)(e).

[7] In addition, and irrespective of whether the Province sues to recover for the cost of health care benefits for particular individual insured persons, or on an aggregate basis, s. 5 provides that certain statistical information, including information derived from sampling, is admissible for the purposes of establishing causation and quantifying damages.

III. Procedural History

[8] On January 24, 2001, the Province sued Philip Morris and other tobacco manufacturers to recover the cost of health care benefits on an aggregate basis. Immediately, certain defendants including Philip Morris challenged the constitutionality of the Act, arguing that it (1) exceeds territorial limits on provincial legislative jurisdiction; (2) violates the principle of judicial independence; and (3) infringes the rule of law. As already recounted, this Court rejected those arguments in *Imperial Tobacco* and affirmed the Act’s constitutionality.

[9] Philip Morris then applied for production of a collection of health care databases containing coded health care information which the Province says it intends to use for the purpose of proving causation and damages in this action. Philip Morris insisted that access to those databases was critical to its ability to

prévue par une règle de droit, de pratique ou de procédure exigeant la production des documents invoqués par un témoin expert;

Malgré les al. 2(5)(b) et (c), le tribunal saisi d’une demande en ce sens présentée par le défendeur dans le cadre d’une action en recouvrement global peut ordonner la communication préalable d’un [TRADUCTION] « échantillon statistiquement significatif » des documents protégés. Toutefois, lorsque le tribunal rend une telle ordonnance, « l’identité des assurés en particulier ne doit pas être divulguée, et tous les indices pouvant divulguer ou servir à divulguer le nom ou l’identité des assurés en particulier doivent être expurgés des documents avant leur communication » : al. 2(5)(d) et (e).

[7] De plus, et peu importe que la province cherche à recouvrer globalement ou individuellement le coût des services de soins de santé, l’art. 5 prévoit que certains renseignements statistiques, y compris ceux provenant d’échantillons, sont admissibles en preuve pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts.

III. Historique des procédures

[8] Le 24 janvier 2001, la province a intenté une action en recouvrement global contre Philip Morris et d’autres fabricants de produits du tabac. D’entrée de jeu, certains des défendeurs, dont Philip Morris, ont contesté la constitutionnalité de la Loi, au motif qu’elle (1) excédait les limites territoriales de la compétence législative provinciale, (2) violait le principe de l’indépendance judiciaire et (3) portait atteinte à la primauté du droit. Comme il a déjà été expliqué, la Cour a rejeté ces arguments dans l’arrêt *Imperial Tobacco* et a confirmé la constitutionnalité de la Loi.

[9] Philip Morris a alors demandé la production d’une série de bases de données relatives aux soins de santé contenant des renseignements médicaux codés que la province affirme vouloir utiliser pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts dans la présente action. Philip Morris a insisté sur le

defend itself. The databases sought in this application include the following:

- The Discharge Abstract Database which contains data on hospital discharges, transfers and deaths of in-patients and day surgery patients in the province and includes clinical, administrative and demographic data;
- The Medical Services Plan Database which contains data on all payments made under the province's Medical Services Plan for professional medical services, including physician, laboratory and diagnostic services;
- The PharmaCare Database which contains data on prescriptions for insured persons, including the date upon which each prescription is filled, the drug number and quantity dispensed, the days of treatment, and the identity of the prescribing practitioner;
- The Client Registry which is the central administrative repository for individuals who have used a service provided by the Ministry of Health in the province and is the control point for issuing new personal health numbers; and
- The Registration and Premium Billing file which contains data on the eligibility for coverage for persons under the Medical Services Plan.

The Province countered that the data contained within the databases sought was derived from, or formed part of, the "health care records and documents of particular individual insured persons" and the "documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons" within the meaning of s. 2(5)(b) and were, as such, not compellable.

fait qu'il était essentiel pour elle de pouvoir consulter les bases de données en question pour pouvoir se défendre. La demande vise notamment la production des bases de données suivantes :

- La base de données sur les congés des patients, qui contient les données sur les congés, les transferts et les décès des patients hospitalisés et des patients en chirurgie d'un jour pour tout le territoire de la province, y compris des données cliniques, administratives et démographiques;
- La base de données du régime de services médicaux, qui contient les données sur tous les paiements effectués dans le cadre du régime de services médicaux de la province au titre de services médicaux professionnels, y compris les services de médecins, de laboratoire et de diagnostic;
- La base de données du régime d'assurance-médicaments, qui contient les données sur les ordonnances délivrées aux assurés, y compris la date à laquelle chaque ordonnance a été exécutée, le numéro des médicaments délivrés et la quantité ainsi délivrée, le nombre de jours de traitement et l'identité du médecin prescripteur;
- Le registre des clients, qui est un répertoire administratif central pour les personnes ayant utilisé un des services fournis par le ministère de la Santé de la province et qui est le point de contrôle à partir duquel sont délivrés les nouveaux numéros personnels d'assurance-maladie;
- Le registre d'inscription et de facturation des primes, qui contient les données sur l'admissibilité des personnes au régime de services médicaux.

La province a rétorqué que les données qui se trouvent dans les bases de données dont la production était demandée découlent ou font partie de « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » et de « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés » aux termes de l'al. 2(5)(b) et qu'il était donc impossible d'en exiger la production.

[10] As an alternative, the Province offered Philip Morris and the other defendants access to the information stored within the databases through an agreement with Statistics Canada. That agreement would have permitted Philip Morris's experts to view the databases while at a Statistics Canada Research Data Centre. While other defendants accepted this arrangement, Philip Morris declined because it would not allow for unfettered access to the databases and would also require the waiver of litigation privilege.

[11] Throughout, Philip Morris has maintained that the Province must produce the databases, and that such production is not barred by s. 2(5)(b).

IV. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia, 2015 BCSC 844 — Smith J.*

[12] The application judge held that, once the information contained in the databases was anonymized, s. 2(5)(b) did not apply. He therefore found that the databases were compellable.

[13] To interpret s. 2(5)(b), the application judge contrasted the two types of claims — individual and aggregate — which the Act authorizes the Province to advance. He found that, where the Province seeks to recover in respect of particular individual insured persons, documents “created by medical professionals, recording their clinical observations, test results and other information recorded at the time as a necessary part of medical treatment” would be relevant, admissible and compellable in the same way as an action for personal injury: para. 49 (CanLII). Those clinical records, he found, were the same “health care records and documents” which are protected under s. 2(5)(b) where the Province claims on an aggregate basis. In his view, it followed that, where the Province proceeds on an aggregate basis, s. 2(5)(b) renders those clinical records irrelevant and not compellable. He reasoned, therefore, that the purpose of

[10] Comme autre option, la province a offert de donner à Philip Morris et aux autres défendeurs accès aux renseignements conservés dans ces bases de données par l'entremise d'une entente conclue avec Statistique Canada. Cette entente aurait permis aux experts de Philip Morris de consulter les bases de données sur place dans un Centre de données de recherche de Statistique Canada. Bien que d'autres défendeurs aient accepté cette offre, Philip Morris l'a refusée, parce qu'elle ne lui aurait pas accordé un accès illimité aux bases de données et qu'elle l'aurait également obligée à renoncer au privilège relatif au litige.

[11] Tout au long des procédures, Philip Morris a soutenu que la province devait produire les bases de données et que cette production n'était pas interdite par l'al. 2(5)(b).

IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2015 BCSC 844 — le juge Smith*

[12] Le juge de première instance a statué qu'une fois les renseignements contenus dans les bases de données anonymisés, l'al. 2(5)(b) n'était pas applicable. Il a par conséquent conclu qu'il était possible d'en exiger la production.

[13] Pour interpréter l'al. 2(5)(b), le juge de première instance a comparé les deux types d'actions que la Loi permet à la province d'intenter — celles qui sont intentées individuellement et celles qui le sont globalement. Il a conclu que, lorsque la province intente une poursuite relativement à certains assurés en particulier, les documents [TRADUCTION] « créés par des professionnels de la santé pour y consigner leurs observations cliniques, des résultats de tests et d'autres renseignements alors consignés comme faisant partie intégrante du traitement médical » seraient pertinents et admissibles et qu'il serait possible d'en exiger la production au même titre que dans une action pour lésion corporelle : par. 49 (CanLII). Le juge de première instance a conclu que les dossiers cliniques en question étaient les mêmes « dossiers et documents médicaux » qui sont protégés par l'al. 2(5)(b) lorsque la province

s. 2(5)(b) is to “draw a distinction” between what is compellable, admissible and relevant in an individual action and in an aggregate action (para. 45) and to limit compellability in an aggregate action to only those documents that are relevant and admissible in light of s. 2(5)(b).

[14] The application judge then considered the databases. He found that the databases contain information taken from individuals’ clinical records. However, he also found that the databases are of a “very different character” than clinical records (which are protected by s. 2(5)(b)), since the databases and the statistical data contained within them would be admissible under s. 5 where the Province proceeds on an aggregate basis: para. 50. While, therefore, s. 2(5)(b) operates to protect the privacy of individuals and prevent discovery of individuals’ clinical records, it could not be interpreted so as to deny Philip Morris access to the “very information necessary to produce the statistical evidence contemplated by s. 5”: para. 55. Provided, then, that names and other information that would identify “particular individuals” were removed, the databases did not constitute the “health care records and documents” within the meaning of s. 2(5)(b) (para. 55), and he consequently ordered their production.

B. *Court of Appeal of British Columbia, 2017 BCCA 69, 412 D.L.R. (4th) 310 — Newbury, Willcock and Goepel JJA.*

[15] The Court of Appeal dismissed the Province’s appeal. In so doing, it expressly declined to follow *New Brunswick v. Rothmans Inc.*, 2016 NBQB 106, in which similar databases were held to be not compellable under the identical provision to s. 2(5)(b)

intente une action en recouvrement global. À son avis, il s’ensuivait que, si la province intente une telle action, l’al. 2(5)(b) rend ces dossiers cliniques non pertinents et empêche quiconque d’en exiger la production. Par conséquent, il a déclaré que l’al. 2(5)(b) vise, d’une part, à « établir une distinction » entre ce qui est admissible et pertinent et dont on peut exiger la production dans une action individuelle ou dans une action en recouvrement global (par. 45) et, d’autre part, à limiter l’obligation de production dans le cadre d’une action en recouvrement global aux seuls documents pertinents et admissibles à la lumière de l’al. 2(5)(b).

[14] Le juge de première instance s’est ensuite penché sur les bases de données. Il a constaté que celles-ci renferment des renseignements tirés de dossiers cliniques des patients. Cependant, il a également conclu que les bases de données ont un [TRADUCTION] « caractère très différent » de ces dossiers cliniques, lesquels sont protégés par l’al. 2(5)(b), étant donné que les bases de données et les données statistiques qu’elles renferment seraient admissibles suivant l’art. 5 dans les cas où la province intente une action en recouvrement global : par. 50. Ainsi, bien que l’al. 2(5)(b) ait pour effet de protéger le droit à la vie privée des personnes et d’empêcher la communication préalable de leurs dossiers cliniques, on ne saurait l’interpréter de manière à refuser à Philip Morris l’accès aux « renseignements qui sont précisément nécessaires pour produire les preuves statistiques prévues à l’art. 5 » : par. 55. Dans la mesure où les noms et les autres renseignements permettant d’identifier des « personnes en particulier » étaient supprimés, les bases de données ne constituaient pas des « dossiers et documents médicaux » aux termes de l’al. 2(5)(b) (par. 55), et le juge de première instance a donc ordonné leur production.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2017 BCCA 69, 412 D.L.R. (4th) 310 — les juges Newbury, Willcock et Goepel*

[15] La Cour d’appel a rejeté l’appel interjeté par la province. Ce faisant, elle a explicitement refusé de suivre le jugement *New Brunswick c. Rothmans Inc.*, 2016 NBQB 106, dans lequel il avait été jugé que nul ne pouvait être contraint de produire des bases de données

contained in New Brunswick's *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.N.B. 2006, c. T-7.5, s. 2(5)(b).

[16] The Court of Appeal explained that one of the main objects of the Act was to establish the “playing field” for tobacco litigation and that it “cannot have been the intention of the Legislature for the playing field to be tipped unfairly in the Province’s favour”: para. 39. Like the application judge, it found that, by operation of s. 2(5)(b), the clinical records of particular individual insured persons are not relevant where the Province proceeds on an aggregate basis. While the information contained in the databases may be drawn from clinical records, the Court of Appeal agreed that the databases are of a “very different character”: para. 35. The databases, unlike individual clinical records, are “highly relevant” where the Province proceeds on an aggregate basis, and restricting their compellability would therefore be “inherently unfair”: para. 37. The Court of Appeal likened the Province’s interpretation, which would protect the databases under s. 2(5)(b), to a reading-out of the phrase “particular individual”, effectively making “no data about health care costs discoverable in its multi-billion dollar claim for health care costs”: para. 37. It held that once the databases are anonymized as ordered by the application judge, the production of the anonymized databases “poses no realistic threat to personal privacy”: para. 36. Trial fairness therefore required the databases to be produced.

V. Analysis

A. *The Interpretation of Section 2(5)(b) of the Act*

[17] Statutory interpretation entails discerning legislative intent by examining the words of a statute

similaires par l’application d’une disposition — identique à l’al. 2(5)(b) de la Loi — figurant dans la *Loi sur le recouvrement de dommages-intérêts et du coût des soins de santé imputables au tabac* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 2006, c. T-7.5, al. 2(5)(b).

[16] La Cour d’appel a expliqué que l’un des principaux objectifs de la Loi était d’établir les [TRADUCTION] « règles du jeu » applicables aux litiges visant les fabricants de produits du tabac et que « le législateur ne pouvait pas avoir eu l’intention de formuler des règles favorisant injustement la province » : para. 39. À l’instar du juge de première instance, la Cour d’appel a conclu que, par l’effet de l’al. 2(5)(b), les dossiers cliniques des assurés en particulier ne sont pas pertinents lorsque la province exerce son droit d’action en recouvrement global. Même s’il est vrai que les renseignements contenus dans les bases de données peuvent provenir de dossiers cliniques, la Cour d’appel a reconnu que les bases de données ont un « caractère très différent » : para. 35. Contrairement aux dossiers cliniques individuels, les bases de données sont « éminemment pertinentes » lorsque la province intente une action en recouvrement global, et limiter l’obligation de les produire serait par conséquent « intrinsèquement inéquitable » : para. 37. La Cour d’appel a estimé que l’interprétation retenue par la province, qui aurait pour effet de protéger les bases de données par l’application de l’al. 2(5)(b), revenait à interpréter cet alinéa comme si l’expression « en particulier » ne s’y trouvait pas, ce qui aurait concrètement pour effet d’empêcher « la communication préalable de toute donnée concernant les coûts des soins de santé dans le cadre de son action visant à recouvrer plusieurs milliards de dollars en coûts de soins de santé » : para. 37. La Cour d’appel a conclu que la production des bases de données, anonymisées conformément à l’ordonnance du juge de première instance, « ne pose aucune menace concrète à la vie privée » : para. 36. L’équité du procès exigeait donc que les bases de données soient produites.

V. Analyse

A. *Interprétation de l’al. 2(5)(b) de la Loi*

[17] L’interprétation des lois nécessite que l’on recherche l’intention du législateur en examinant les

in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and object: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[18] As to the statute's object, the purpose of the Act is to grant the Province a civil cause of action through which it may recover the cost of health care benefits arising from tobacco related disease: see also *Imperial Tobacco*, at para. 32. To achieve this purpose, the Act prescribes various procedural rules, including that contained in s. 2(5)(b) which governs the compellability of certain evidence where the Province proceeds on an aggregate basis.

[19] The text of s. 2(5)(b) states that the "health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons" are not compellable, except as required by a rule of law, practice or procedure when such documents are relied upon by an expert witness. There is no suggestion that these proceedings have reached the point at which production would be required as a consequence of expert reliance. The central question to be decided in this appeal is, therefore, whether the courts below were correct to find that the databases, once anonymized, did *not* qualify as "health care records and documents of particular individual insured persons" or "documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons" and were therefore compellable.

[20] This brings me to what is, at root, my point of departure from the courts below. Their finding that the databases were not protected by s. 2(5)(b) is, in my respectful view, marked by three errors. First, they failed to examine the full scope of the documents and records that are protected by s. 2(5)(b). Secondly, they permitted the *relevance* of the databases, where the Province proceeds on an aggregate basis, to supplant the text of s. 2(5)(b). And finally, they treated the phrase "particular individual insured

termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[18] Pour ce qui est de son objet, la Loi vise à accorder à la province une cause d'action civile qui lui permet de recouvrer le coût des services de soins de santé fournis par suite de maladies liées au tabac : voir également *Imperial Tobacco*, par. 32. Pour ce faire, la Loi établit diverses règles de procédure, y compris celles énoncées à l'al. 2(5)(b) régissant l'obligation de produire certains éléments de preuve lorsque la province exerce son droit de recours au moyen d'une action en recouvrement global.

[19] Suivant le libellé de l'al. 2(5)(b), nul ne peut être requis de produire « les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés », sauf dans la mesure prévue par une règle de droit, de pratique ou de procédure exigeant la production des documents invoqués par un témoin expert. Rien n'indique que la présente affaire a atteint un point où la production des documents serait nécessaire parce que des experts les auraient invoqués. La question centrale à trancher en l'espèce est donc de savoir si les juridictions inférieures ont eu raison de conclure que les bases de données, une fois anonymisées, *ne* pouvaient *pas* être considérées comme des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » ou des « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés », de sorte qu'il est possible d'en exiger la production.

[20] J'en arrive à ce qui représente essentiellement mon point de rupture avec les juridictions inférieures. Leur conclusion selon laquelle les bases de données ne sont pas protégées par l'al. 2(5)(b) est, à mon humble avis, entachée de trois erreurs. Premièrement, les tribunaux d'instances inférieures ont omis d'examiner la pleine portée des dossiers et des documents qui sont protégés par l'al. 2(5)(b). Deuxièmement, ils ont permis que, dans le cas où la province exerce son droit de recours au moyen

persons” as synonymous with “*identifiable* individual insured persons”.

(a) *Full Scope of the “Records” and “Documents” Protected by Section 2(5)(b)*

[21] While neither “records” nor “documents” are defined in the Act, British Columbia’s *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 29 — which, by operation of s. 2(1) of the *Interpretation Act*, applies here — defines the word “record” as including:

. . . books, documents, maps, drawings, photographs, letters, vouchers, papers and any other thing on which information is recorded or stored by any means whether graphic, electronic, mechanical or otherwise;

This definition is notably similar to the meaning given to the word “document” by the general rule governing discovery of documents in the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 1-1(1):

“**document**” has an extended meaning and includes a photograph, film, recording of sound, any record of a permanent or semi-permanent character and any information recorded or stored by means of any device;

[22] So understood, both “records” and “documents” are means of storing information. And, from these definitions, it is readily apparent that the databases (including the Discharge Abstract Database, the Medical Services Plan Database, the PharmaCare Database, the Client Registry and the Registration and Premium Billing file) are both “records” and “documents” within the meaning of the Act. Each database is a collection of health care information derived from original records or documents which relate to particular individual insured persons. That information is stored in the databases by being sorted into rows (each of which pertains to a particular

d’une action en recouvrement global, la *pertinence* des bases de données l’emporte sur le libellé de l’al. 2(5)(b). Enfin, ils ont traité l’expression « assurés en particulier » comme synonyme de l’expression « *assurés identifiables* ».

a) *Pleine portée des « dossiers » et des « documents » protégés par l’al. 2(5)(b)*

[21] Bien que la Loi ne définisse pas les termes « *records* » et « *documents* » (« *dossiers* » et « *documents* », respectivement), l’*Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 238, art. 29 — qui, par l’effet du par. 2(1) de cette loi, s’applique en l’espèce — précise que le mot « *record* » s’entend notamment de :

[TRADUCTION] . . . livres, documents, cartes, dessins, photographies, lettres, reçus, écrits ou toute autre chose sur laquelle des renseignements sont consignés ou conservés sous toute forme, notamment graphique, électronique ou mécanique;

Cette définition rejoint sensiblement celle du terme anglais « *document* » (« *document* ») qui figure à l’article général régissant la communication préalable des documents, le par. 1-1(1) des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009 :

[TRADUCTION] « **document** » s’entend au sens large et notamment de photographies, films, enregistrements sonores ainsi que de tout enregistrement à vocation permanente ou semi-permanente et de tout renseignement consignés ou conservés au moyen d’un dispositif quelconque;

[22] Suivant cette interprétation, les notions de « *dossiers* » et de « *documents* » renvoient toutes deux à des dispositifs utilisés pour conserver des renseignements. En outre, d’après ces définitions, il est évident que les bases de données (y compris la base de données sur les congés des patients, la base de données du régime de services médicaux, la base de données du régime d’assurance-médicaments, le registre des clients et le registre d’inscription et de facturation des primes) constituent à la fois des « *dossiers* » et des « *documents* » au sens de la Loi. Chacune de ces bases de données forme un ensemble de renseignements médicaux provenant de dossiers

individual) and columns (each of which contains information about the field or characteristic that is being recorded, such as the type of medical service provided).

[23] Further, careful examination of s. 2(5)(b) confirms that the databases fall within its scope. Section 2(5)(b) protects two types of records and documents. First, it protects the “health care records and documents of particular individual insured persons”. This is the category of records and documents which the courts below found were comprised of individual clinical records prepared at the time of treatment. I agree. Much of the information stored within the databases — for example, the type of medical service provided, the level of patient care provided while in hospital, and the length of hospital stay — appears to have been drawn directly from individuals’ clinical records. The databases are therefore, at least in part, collections of health care information taken from individuals’ clinical records and stored in an aggregate form alongside the same information drawn from the records of others.

[24] Unlike the courts below, however, I would reject Philip Morris’s submission that simply because the databases, due to their aggregate nature, may be of a “very different character” than original clinical records, they must therefore fall outside of the protective scope of s. 2(5)(b). As already shown, the databases are both “records” and “documents” within the meaning of the Act. They store the health care information of particular individual insured persons. And, while that information is stored on an aggregate rather than individual basis, each data entry in the databases is derived from particular individuals’ clinical records. The mere alteration of the method by which that health care information is stored — that is, by compiling it from individual clinical records into aggregate databases — does not

et documents originaux concernant des assurés en particulier. Ces renseignements sont conservés dans des bases de données, où ils sont présentés en rangées (correspondant chacune à une personne en particulier) et en colonnes (renfermant chacune des renseignements sur le champ ou la caractéristique consignée, par exemple, le type de service médical fourni).

[23] Par ailleurs, un examen attentif de l’al. 2(5)(b) confirme que les bases de données entrent dans la portée de cet alinéa, lequel protège deux types de dossiers et de documents. Tout d’abord, l’al. 2(5)(b) protège les « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier ». Il s’agit de la catégorie de dossiers et de documents qui, selon les juridictions inférieures, est constituée des dossiers cliniques individuels qui sont créés au moment où les soins sont prodigués. Je suis du même avis. Une grande partie des renseignements conservés dans les bases de données — par exemple, les types de services médicaux fournis, la quantité de soins prodigués aux patients lors de leur séjour à l’hôpital et la durée de leur hospitalisation — semblent avoir été extraits directement des dossiers cliniques des patients. Les bases de données forment donc, du moins en partie, des ensembles de renseignements médicaux qui proviennent des dossiers cliniques des patients et qui sont conservés collectivement avec des renseignements analogues tirés des dossiers d’autres patients.

[24] Toutefois, contrairement aux juridictions inférieures, je rejetterais l’argument de Philip Morris selon lequel les bases de données — du simple fait que leur caractère collectif puisse leur donner un « caractère très différent » de celui des dossiers cliniques originaux — ne peuvent bénéficier de la protection de l’al. 2(5)(b). Comme je l’ai expliqué précédemment, les bases de données constituent à la fois des « dossiers » et des « documents » au sens de la Loi. On y conserve des renseignements médicaux qui concernent des assurés en particulier. De plus, même si ces renseignements sont conservés collectivement plutôt qu’individuellement, chaque entrée inscrite dans la base de données provient des dossiers cliniques de personnes en particulier. Le simple fait de modifier la façon de conserver les renseignements

change the nature of the information itself. Even in an aggregate form, the databases, to the extent that they contain information drawn from individuals' clinical records, remain "health care records and documents of particular individual insured persons".

[25] Further, even were it the case that the databases are not, in their entirety, "health care records and documents of particular individual insured persons", the second category of records and documents protected by s. 2(5)(b) ought to be considered — being, "documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons". Neither the application judge nor the Court of Appeal considered whether the databases fell within this second category, with the result that the full scope of s. 2(5)(b)'s protections was not accounted for.

[26] Significantly, the Legislature used expansive language — "relating to" — in describing the second category. In doing so, it broadened the scope of protection furnished under s. 2(5)(b) well beyond "health care records and documents of particular individual insured persons". In other words, s. 2(5)(b) protects documents that *relate to* the provision of health care benefits, even if such documents are not "health care records and documents" themselves. I accept Philip Morris's submission at the hearing of this appeal that "documents relating to the provision of health care benefits" are distinct from clinical records and may include documents such as "billing records" and records of "drugs administered to a patient": transcript, at p. 50. Contrary to Philip Morris's argument that the databases are distinct from such documents, however, it appears that much of the information stored in the databases is precisely that. For example, the Medical Services Plan Database documents all the payments made by the Province to health care practitioners, the number of payments made, the amount of each payment, and the date of each payment. Similarly, the PharmaCare Database contains the total amount paid by the PharmaCare plan for each eligible prescription, divided into amounts paid for ingredients

médicaux, c'est-à-dire le fait de compiler des dossiers cliniques individuels dans des bases de données collectives, ne change en rien la nature des renseignements eux-mêmes. Même présentées sous une forme collective, dans la mesure où les bases de données contiennent des renseignements tirés des dossiers cliniques des patients, elles demeurent des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier ».

[25] Qui plus est, même si, les bases de données ne constituaient pas intégralement des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier », la seconde catégorie de dossiers et documents protégés par l'al. 2(5)(b), à savoir les « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés », devrait être examinée. Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont cherché à savoir si les bases de données entraient dans cette seconde catégorie, de sorte qu'ils ont omis d'examiner la pleine portée des protections prévues à l'al. 2(5)(b).

[26] Fait important à signaler, le législateur a retenu un libellé très large — « *relating to* » (« relatifs aux ») — pour désigner la seconde catégorie. Ce faisant, il a étendu la portée de la protection prévue à l'al. 2(5)(b) à bien davantage qu'aux seuls « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier ». En d'autres termes, l'al. 2(5)(b) protège des documents *relatifs* à la prestation de services de soins de santé, même si les documents en question ne sont pas eux-mêmes des « dossiers et documents médicaux ». J'accepte l'argument que Philip Morris a formulé à l'audience du présent pourvoi et suivant lequel les « documents relatifs aux soins de santé prodigués » sont distincts des dossiers cliniques et qu'ils peuvent comprendre des documents tels que des [TRADUCTION] « dossiers de facturation » et des dossiers concernant les « médicaments administrés à un patient » : transcription, p. 50. Contrairement à l'argument de Philip Morris voulant que les bases de données soient distinctes de ces documents, il semble toutefois qu'une grande partie des renseignements conservés dans les bases de données constituent effectivement de tels documents. Par exemple, la base de données du régime de services médicaux documente tous les paiements effectués par la province

and professional fees, and the amount which was charged to each individual insured person per prescription. Stored separately — that is, not in an aggregate form within a database — such information would clearly qualify as being “documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons”. And, as I have explained, merely transferring this information from the documents within which it was originally stored, to databases (which are, after all, nothing more than documents designed to store the same information in an aggregate manner), does not change the quality of the information so as to exclude it or the databases in which it is stored from the protective scope of s. 2(5)(b).

(b) *Relevance of the Databases as a Consideration Under Section 2(5)(b)*

[27] The courts below also found that, because the databases were (as the Court of Appeal, described them) “highly relevant” to an aggregate action, it would be *unfair* to prohibit their discovery. Section 2(5)(b), they explained, could not have been intended to protect the “highly relevant” databases. But s. 2(5)(b) conditions the compellability of the records and documents it describes *not* upon their relevance, but upon their nature — being, whether or not such records and documents are “health care records and documents” or “documents relating to the provision of health care benefits”. And, the relevance of those records and documents to a claim brought on an aggregate basis does not alter that nature. The Legislature could have easily conditioned the non-compellability of records and documents upon their relevance, but it did not. Irrespective, therefore, of their relevance, such records and documents that fall within the scope of s. 2(5)(b) are not compellable. It follows that I am of the respectful view that the

aux professionnels de la santé, le nombre de paiements effectués, ainsi que le montant et la date de chaque paiement. De même, la base de données du régime d’assurance-médicaments indique le montant total payé par le régime d’assurance-médicaments à l’égard de chaque ordonnance admissible, réparti selon les sommes payées pour les médicaments et celles versées en honoraires professionnels, ainsi que le montant facturé par ordonnance à chaque assuré. Conservés séparément, c’est-à-dire non regroupés à l’intérieur d’une base de données, de tels renseignements correspondraient de toute évidence au sens de « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ». Et, comme je l’ai déjà expliqué, le simple fait de transférer ces renseignements à partir des documents dans lesquels ils avaient à l’origine été conservés vers des bases de données — qui, après tout, ne sont rien de plus que des documents destinés à conserver les mêmes renseignements, mais collectivement — ne modifie en rien la nature de ces renseignements d’une manière qui justifierait de les soustraire et de soustraire les bases de données dans lesquelles ceux-ci sont conservés à la protection prévue par l’al. 2(5)(b).

b) *Pertinence des bases de données en tant que facteur à considérer à l’al. 2(5)(b)*

[27] Les juridictions inférieures ont également conclu que, comme les bases de données étaient (pour reprendre les termes utilisés par la Cour d’appel) « éminemment pertinentes » dans le cadre d’une action en recouvrement global, il serait *injuste* d’interdire leur communication préalable. Elles ont expliqué que l’al. 2(5)(b) ne pouvait pas avoir pour but de protéger ces bases de données « éminemment pertinentes ». Toutefois, l’al. 2(5)(b) subordonne l’obligation de produire les dossiers et les documents qu’il décrit *non pas* à leur pertinence, mais à leur nature, c’est-à-dire à la question de savoir s’il s’agit de « dossiers et documents médicaux » ou de « documents relatifs aux soins de santé prodigués ». La pertinence de ces dossiers et documents à l’égard d’une action en recouvrement global ne change en rien leur nature. Le législateur aurait aisément pu subordonner l’impossibilité d’exiger la production des dossiers et des documents à leur pertinence, mais il ne l’a pas fait. Par conséquent, indépendamment

courts below erred by allowing what they saw as the relevance of the aggregate databases to supplant the meaning of, and the legislative intent behind, s. 2(5)(b).

(c) “*Identifiable Individual Insured Persons*”

[28] Before this Court, Philip Morris also argued that, even if the databases constitute “health care records and documents” or “documents relating to the provision of health care benefits”, they still fall outside the scope of s. 2(5)(b) as they are neither “health care records and documents of particular individual insured persons”, nor “documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons”. The argument is that a “particular individual” must mean an “*identifiable individual*”: transcript, at p. 46. And (the argument continues) once the information contained within the databases is anonymized (as the application judge ordered), the databases must fall outside of the scope of s. 2(5)(b) since the anonymized information is no longer capable of *identifying* an individual insured person. This was also the conclusion of the courts below.

[29] Such an interpretation would, however, be inconsistent with the Act’s scheme. For example, equating “particular” with “identifiable” would render ss. 2(5)(d) and 2(5)(e) redundant. Section 2(5)(d) allows for a defendant to apply to court to obtain discovery of a statistically meaningful sample of the documents otherwise protected by s. 2(5)(b). Section 2(5)(e) provides that, where a production order is made under s. 2(5)(d), the sample documents must be anonymized. But were it possible, as Philip Morris posits, to compel the production of records and documents that would otherwise be caught by s. 2(5)(b) by simply anonymizing them, no party would ever have to resort to applying under ss. 2(5)(d) and 2(5)(e) for discovery of a statistically meaningful sample of such records or documents. Bearing in mind that those provisions apply only

de la pertinence des dossiers, nul ne peut être requis de produire les dossiers et les documents qui tombent sous le coup de l’al. 2(5)(b). Il s’ensuit, à mon humble avis, que les juridictions inférieures ont commis une erreur en permettant à ce qu’elles ont estimé être la pertinence des bases de données regroupées de l’emporter sur le sens de l’al. 2(5)(b) et l’intention du législateur à l’égard de cet alinéa.

c) « *Assurés identifiables* »

[28] Devant nous, Philip Morris a également fait valoir que, même si les bases de données constituent des « dossiers et documents médicaux » ou des « documents relatifs aux soins de santé prodigués », elles échappent néanmoins à la portée de l’al. 2(5)(b), car elles ne sont ni des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier », ni des « documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ». On prétend que par [TRADUCTION] « assurés en particulier », il faut entendre « assurés *identifiables* » : transcription, p. 46. En outre, toujours selon cet argument, une fois que les renseignements contenus dans les bases de données sont anonymisés (conformément à l’ordonnance du juge de première instance), les bases de données ne sont plus visées par l’al. 2(5)(b), puisque les renseignements anonymisés ne permettent plus d’*identifier* l’assuré. C’est également la conclusion à laquelle sont parvenues les juridictions inférieures.

[29] Toutefois, une telle interprétation serait incompatible avec l’économie de la Loi. Par exemple, le fait d’assimiler « en particulier » à « identifiables » rendrait les al. 2(5)(d) et (e) redondants. L’alinéa 2(5)(d) permet au défendeur de demander au tribunal la communication préalable d’un échantillon statistiquement significatif de documents par ailleurs protégés par l’al. 2(5)(b). L’alinéa 2(5)(e) précise que, lorsqu’une ordonnance a été rendue en vertu de l’al. 2(5)(d), les échantillons de dossiers doivent être anonymisés. Mais s’il était possible, comme le prétend Philip Morris, d’exiger la production de dossiers et de documents qui seraient autrement visés par l’al. 2(5)(b) en les rendant simplement anonymes, personne n’aurait à recourir à une demande présentée en vertu des al. 2(5)(d) ou (e) pour obtenir la communication préalable d’un

where the Province is claiming “on an aggregate basis, for a population of insured persons” (s. 2(4)(b)), those provisions would be meaningless. And yet, it is a “well-accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage”: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28.

[30] Additionally, Philip Morris’s interpretation is caught by the “basic principle of statutory interpretation” that “words [should be given] the same meaning throughout a statute”: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387. Equating “particular” in s. 2(5)(b) with “identifiable” would render nonsensical s. 2(5)(a)(i) of the Act, which also refers to “particular individual insured persons”. Specifically, s. 2(5)(a)(i) provides that, where the Province is claiming on an aggregate basis, it need not identify “particular individual insured persons”. By applying Philip Morris’s interpretation of “particular” in s. 2(5)(b) to the same text in s. 2(5)(a)(i), the latter would read: “it is not necessary to identify *identifiable* individual insured persons”. It seems unlikely that the Legislature intended to say this.

[31] The ordinary meaning of the word “particular” is *distinct* or *specific*. This is consistent with the *Oxford English Dictionary* (online) which defines “particular” as meaning “one among a number . . . single; distinct, individual, specific” (emphasis added). This definition supports the view that the databases — even once anonymized — fall within s. 2(5)(b)’s scope as comprising the “health care records and documents of”, and the “documents relating to the provision of health care benefits for”, each *distinct* and *specific* individual in British Columbia.

échantillon statistiquement significatif de tels dossiers ou documents. Compte tenu du fait que ces dispositions ne s’appliquent que lorsque la province intente une action pour recouvrer les coûts de soins de santé prodigués « globalement, à une population d’assurés » (al. 2(4)(b)), ces dispositions seraient dénuées de sens. Et pourtant, « [s]uivant un principe d’interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28.

[30] De plus, l’interprétation proposée par Philip Morris est assujettie au « principe de base en matière d’interprétation des lois » suivant lequel on doit « [d]onner aux mêmes mots le même sens dans l’ensemble d’une loi » : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387. Assimiler l’expression « en particulier » à l’al. 2(5)(b) au mot « identifiables » ferait en sorte que le sous-al. 2(5)(a)(i) de la Loi, qui parle aussi d’« assurés en particulier » serait absurde. Plus précisément, le sous-al. 2(5)(a)(i) prévoit que, lorsque la province intente une action en recouvrement global, elle n’a pas à identifier [TRADUCTION] « les assurés en particulier ». En appliquant l’interprétation de l’expression « en particulier » à l’al. 2(5)(b) que Philip Morris propose au même passage du sous-al. 2(5)(a)(i), cette dernière disposition serait ainsi libellée : « il n’est pas nécessaire [. . .] d’identifier les assurés *identifiables* ». Il semble peu probable que telle ait été l’intention du législateur.

[31] Le sens courant du mot anglais « *particular* » (« en particulier ») est « *distinct* » ou « *specific* » (« distinct » et « spécifique », respectivement). Ce sens va de pair avec la définition de l’*Oxford English Dictionary* (en ligne), selon laquelle le mot « *particular* » s’entend de [TRADUCTION] « un parmi plusieurs [. . .] seul; distinct, individuel, spécifique » (je souligne). Cette définition permet d’affirmer que les bases de données — même anonymisées — sont visées par l’al. 2(5)(b), puisqu’elles font partie des « dossiers et documents médicaux » et des « documents relatifs aux soins de santé prodigués » relativement à chaque assuré *distinct* et *spécifique* de la Colombie-Britannique.

B. *Trial Fairness*

[32] As I have recounted, the Court of Appeal ordered production of the databases to ensure “trial fairness”. Before us, Philip Morris similarly argued that if the defendants “do not get discovery of this data the trial will be unfair”: transcript, at p. 44. In my view, such concerns were addressed in 2005 by this Court in *Imperial Tobacco* (that is, in deciding the Act’s constitutionality) and, in any event, are premature. In the constitutional litigation, the defendant tobacco manufacturers argued that the rules contained within ss. 2(5)(a), 2(5)(b) and 2(5)(c) “subvert the court’s ability to discover relevant facts” and “impinge on the court’s fact-finding function, and virtually guarantee the government’s success in an action”: para. 48.

[33] This Court rejected these submissions. It found that the Act’s processes and procedures were “not as unfair or illogical” as the defendants submitted and that they “reflect legitimate policy concerns of the British Columbia legislature regarding the systemic advantages tobacco manufacturers enjoy when claims for tobacco-related harm are litigated through individualistic common law tort actions”: *Imperial Tobacco*, at para. 49. Legislatures are entitled to enact “unconventional rules of civil procedure and evidence” that shift “certain onuses of proof or limi[t] the compellability of information that [a party] assert[s] is relevant”: para. 55. While this Court did not, in the constitutional litigation, elaborate upon the precise operation of s. 2(5)(b), it indicated that s. 2(5)(b) did not upend the trial process so vigorously as to encroach upon the independence of the judiciary: para. 55. In my view, Philip Morris’s submission — that trial fairness requires an interpretation of s. 2(5)(b) which is inconsistent with the language of the provision itself — effectively seeks to relitigate this Court’s earlier conclusion in relation to the Act that it is not a court’s role to “apply only the law of which it approves”, or to “decide cases with a view simply to what the judiciary (rather than the law) deems fair or pertinent”, or to “second-guess the law reform undertaken by legislators, whether

B. *Équité du procès*

[32] Comme je l’ai expliqué, la Cour d’appel a ordonné la production des bases de données pour assurer [TRADUCTION] « l’équité du procès ». Devant nous, Philip Morris a également prétendu que, si les défendeurs [TRADUCTION] « n’obtiennent pas la communication préalable de ces données, le procès ne pourra pas être équitable » : transcription, p. 44. À mon avis, la Cour a répondu à ces préoccupations en 2005 dans l’arrêt *Imperial Tobacco* (c’est-à-dire lorsqu’elle a confirmé la constitutionnalité de la Loi) et, en tout état de cause, ces questions sont prématurées. Dans le litige constitutionnel, les fabricants de produits du tabac ont prétendu que les règles énoncées aux al. 2(5)(a), (b) et (c) « empêchent le tribunal de découvrir certains faits pertinents », « empiètent sur la fonction d’appréciation des faits par le tribunal et [. . .] garantissent pratiquement que le gouvernement aura gain de cause dans une action » : par. 48.

[33] La Cour a rejeté ces arguments. Elle a jugé que les règles et les mécanismes prévus par la Loi n’étaient « pas aussi injustes ou illogiques » que les défendeurs le prétendaient et qu’elles faisaient écho « à des préoccupations d’intérêt général légitimes de la législature de la Colombie-Britannique à l’égard des avantages systémiques dont bénéficient les fabricants de produits du tabac lorsque des réclamations relatives aux méfaits du tabac sont soumises aux tribunaux par voie d’action de common law individuelle en responsabilité civile » : *Imperial Tobacco*, par. 49. Le législateur a le droit de mettre en place des « règles de procédure civile et de preuve novatrices » qui déplacent « certains fardeaux de la preuve, ou [qui] limite[nt] la contraignabilité à l’égard de renseignements [qu’une partie] estim[e] pertinents » : par. 55. Bien que, dans le litige constitutionnel, la Cour n’ait pas précisé davantage comment s’appliquait l’al. 2(5)(b), elle a affirmé que celui-ci ne faisait pas obstacle à la fonction juridictionnelle du tribunal au point de porter atteinte à l’indépendance judiciaire : par. 55. À mon avis, l’argument de Philip Morris suivant lequel l’équité procédurale exige que l’al. 2(5)(b) soit interprété d’une manière qui est incompatible avec le libellé même de cette disposition n’est qu’une tentative pour remettre en cause la conclusion que la Cour a déjà tirée au sujet de

that reform consists of a new cause of action or procedural rules to govern it”: para. 52.

[34] In any event, the concern of “trial fairness” is, at best, premature. Within the Act, the Legislature has provided a number of mechanisms through which trial fairness may be preserved. Specifically, s. 2(5)(b) itself requires that any document relied upon by an expert witness be produced. As already noted, this litigation has not yet reached the point at which production would be required as a consequence of reliance by the Province’s expert.

[35] Additionally, and as I have also explained, s. 2(5)(d) permits a court, on application, to order discovery of a “statistically meaningful sample” of any of the records and documents that are otherwise protected by s. 2(5)(b). No defendant has yet made such an application and thus no court has yet had reason to consider what would constitute a “statistically meaningful sample” of the protected documents.

VI. Conclusion

[36] It follows from the foregoing that I agree with the Province that the databases constitute “health care records and documents of particular individual insured persons or . . . documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons”. As such, by operation of s. 2(5)(b) the databases are not compellable. To be clear, the databases will be compellable once “relied on by an expert witness”: s. 2(5)(b). A “statistically meaningful sample” of the databases, once anonymized, may also be compelled on a successful application under ss. 2(5)(d) and 2(5)(e).

la Loi, à savoir que le rôle des tribunaux n’est pas « d’appliquer seulement le droit qu’ils approuvent » ou « de rendre des décisions simplement à la lumière de ce qu’ils (plutôt que le droit) estiment juste ou pertinent » ni de « remettre en question la réforme du droit entreprise par le législateur, bien qu’elle introduise une nouvelle cause d’action ou des règles de procédure la régissant » : par. 52.

[34] Quoi qu’il en soit, la crainte exprimée quant à l’« équité du procès » est, au mieux, prématurée. Dans la Loi, le législateur a prévu plusieurs mécanismes permettant de préserver l’équité des procès. Plus précisément, l’al. 2(5)(b) lui-même exige la production des documents invoqués par un témoin expert. Comme je l’ai déjà expliqué, le présent litige n’est pas encore parvenu à un point où la production de documents serait nécessaire en raison du fait qu’un expert de la province les aurait invoqués.

[35] De plus, et comme je l’ai aussi expliqué, l’al. 2(5)(d) permet au tribunal d’ordonner sur demande la communication préalable d’un « échantillon statistiquement significatif » de dossiers et de documents par ailleurs protégés par l’al. 2(5)(b). Or, aucun défendeur n’a encore formulé pareille demande et aucun tribunal n’a encore eu l’occasion de se pencher sur la question de savoir ce qui constituerait un « échantillon statistiquement significatif » des documents protégés.

VI. Dispositif

[36] Compte tenu de ce qui précède, je conviens avec la province que les bases de données constituent des « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou [des] documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés ». Par conséquent, par l’effet de l’al. 2(5)(b), nul ne peut être contraint de les produire. Je tiens à préciser qu’il sera possible d’exiger la production des bases de données lorsqu’elles auront été « invoqué[e]s par un témoin expert » : al. 2(5)(b). Il sera également possible d’exiger la production d’un « échantillon statistiquement significatif » des bases de données, une fois ces dernières anonymisées, si une demande présentée conformément aux al. 2(5)(d) et (e) était accueillie.

[37] I would therefore allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below, set aside the order of the application judge, and dismiss the application of Philip Morris for an order requiring production of the health care databases.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Bennett Jones, Toronto; Siskinds, London; Duvall Law, Vancouver; Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner for British Columbia: Lovett Westmacott, Victoria.

[37] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures, d'annuler l'ordonnance du juge de première instance et de rejeter la demande de Philip Morris pour une ordonnance exigeant la production des bases de données relatives aux soins de santé.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : Bennett Jones, Toronto; Siskinds, London; Duvall Law, Vancouver; procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée : McCarthy Tétrault, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner for British Columbia : Lovett Westmacott, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Person A *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Superintendent Gary Shinkaruk *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

- and -

Person A *Appellant*

v.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston and Danny Michaud** *Respondents*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Personne A *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Surintendant Gary Shinkaruk *Appelant*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

- et -

Personne A *Appelante*

c.

**Derek Brassington, David Attew, Paul
Johnston et Danny Michaud** *Intimés*

and

Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association, Federation of Law Societies of Canada and Independent Criminal Defence Advocacy Society
Intervenors

INDEXED AS: R. v. BRASSINGTON**2018 SCC 37**

File No.: 37476.

2018: March 14; 2018: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defence — Disclosure — Informer privilege — Solicitor-client communication — Police officers charged with crimes relating to alleged misconduct during police investigation — Officers seeking permission to disclose to their defence lawyers information obtained during investigation that might reveal identity of confidential informers — Whether officers entitled to disclose information — Whether limitations placed on information that officers can disclose to their lawyers interfere with solicitor-client relationship.

Criminal law — Informer-privileged information — Objection to disclosure — Police officers charged with crimes relating to their conduct during police investigation — Case management judge declaring that officers can discuss information obtained during that investigation with their defence counsel that might reveal identity of confidential informers — Crown objection to disclosure of information dismissed — Whether declaratory order criminal or civil in nature — Whether order authorized form of disclosure to which Crown was entitled to object on public interest grounds under Canada Evidence Act — Whether appeal from dismissal of objection available — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1.

et

Procureure générale de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et Independent Criminal Defence Advocacy Society
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. BRASSINGTON**2018 CSC 37**

N° du greffe : 37476.

2018 : 14 mars; 2018 : 20 juillet.

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

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

Droit criminel — Défense — Divulgence — Privilège de l'indicateur de police — Communication avocat-client — Policiers accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu'ils auraient eue au cours d'une enquête policière — Demandes des policiers sollicitant la permission de divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance dans le cadre de l'enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Les policiers ont-ils le droit de divulguer les renseignements? — Les restrictions imposées à l'égard des renseignements que les policiers peuvent divulguer à leurs avocats entravent-elles la relation avocat-client?

Droit criminel — Renseignements protégés par le privilège de l'indicateur — Opposition à la divulgation — Policiers accusés de crimes liés à leur conduite au cours d'une enquête policière — Déclaration par la juge chargée de la gestion de l'instance que les policiers peuvent discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Rejet de l'opposition de la Couronne à la divulgation des renseignements — L'ordonnance déclaratoire est-elle de nature criminelle ou civile? — L'ordonnance autorisait-elle une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public en vertu de la Loi sur la preuve au Canada? — Le rejet de l'opposition peut-il être porté en appel? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37, 37.1.

Four police officers were charged with crimes relating to alleged misconduct during a police investigation. Prior to their trial, they applied for a declaration that they could discuss information they learned during the investigation with their defence counsel that might reveal the identity of confidential informers. The assigned case management judge granted the application, declaring that the officers could discuss any information in their possession with counsel. The Crown and the RCMP then brought proceedings to determine whether the communications authorized under the declaratory order constituted “disclosures” within the meaning of s. 37 of the *Canada Evidence Act*. Pursuant to s. 37(1) of the Act, the Crown may object to disclosures on public interest grounds. Section 37.1 of the Act provides a special right of appeal from a determination of an objection. Sections 37 and 37.1 apply to criminal proceedings and other matters over which Parliament has jurisdiction. The case management judge found that she had jurisdiction to hear the Crown’s objection but dismissed it. The Court of Appeal dismissed an appeal from the rejection of the s. 37 objection. It characterized the order allowing disclosure as civil rather than criminal in nature, held that an appeal under s. 37.1 was unavailable and held that the Crown could not object to the declaratory order under s. 37. The case management judge’s declaratory order and the Court of Appeal’s decision were appealed to the Court.

Held: The appeals should be allowed. The declaratory order should be set aside. An order should be granted pursuant to s. 37(6) of the *Canada Evidence Act* prohibiting the officers from disclosing informer-privileged information to their counsel, subject to a successful innocence at stake application.

The case management judge had jurisdiction to hear the Crown’s objection to the declaratory order under s. 37 of the *Canada Evidence Act* and an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was therefore proper. The declaratory order was criminal in nature and therefore within Parliament’s constitutional authority. In determining whether an order is civil or criminal in nature, what is relevant is not the formal title or styling of the order, but its substance and purpose. Here, the order related to the accused’s claim that declaratory relief was necessary to help them make full answer and defence in ongoing

Quatre policiers ont été accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu’ils auraient eue au cours d’une enquête policière. Avant leur procès, ils ont présenté une demande en vue d’obtenir une déclaration portant qu’ils pouvaient discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant l’enquête et qui sont susceptibles de révéler l’identité d’indicateurs anonymes. La juge chargée de la gestion de l’instance a accueilli la demande et a déclaré que les policiers pouvaient discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats. La Couronne et la GRC ont ensuite demandé à la juge de décider si les divulgations autorisées aux termes de l’ordonnance déclaratoire constituaient des « divulgations » visées par l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. En vertu du par. 37(1) de la Loi, la Couronne peut s’opposer aux divulgations pour des motifs d’intérêt public. L’article 37.1 de la Loi établit un droit d’appel interlocutoire spécial contre les décisions relatives aux oppositions. Les articles 37 et 37.1 s’appliquent aux procédures pénales et aux autres matières de compétence fédérale. La juge chargée de la gestion de l’instance a conclu qu’elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition présentée par la Couronne mais l’a rejetée. La Cour d’appel a rejeté l’appel du rejet de l’opposition fondée sur l’art. 37. Elle a qualifié l’ordonnance permettant la divulgation de civile plutôt que criminelle, a conclu que la Couronne ne pouvait pas interjeter appel en vertu de l’art. 37.1 et a conclu que celle-ci ne pouvait pas contester l’ordonnance déclaratoire sur le fondement de l’art. 37. L’ordonnance déclaratoire prononcée par la juge chargée de la gestion de l’instance et la décision de la Cour d’appel ont été portées en appel devant la Cour.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis. L’ordonnance déclaratoire est annulée. Il y a lieu d’accorder une ordonnance conformément au par. 37(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdisant aux policiers de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, à moins qu’ils ne présentent avec succès une demande fondée sur l’exception relative à l’innocence en jeu.

La juge chargée de la gestion de l’instance avait compétence pour se prononcer sur l’opposition de la Couronne à l’ordonnance déclaratoire fondée sur l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et un appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1 était donc une procédure appropriée. L’ordonnance déclaratoire était de nature criminelle et relève donc de la compétence du législateur fédéral aux termes de la Constitution. Pour établir si une ordonnance est de nature civile ou criminelle, ce n’est pas son titre officiel ni sa formulation qui importe, mais son contenu et son objet. En l’espèce, l’ordonnance sollicitée se rapportait à

criminal proceedings, and it was issued by a criminal case management judge in connection with the rights of the parties in a pending criminal proceeding, regarding what might be done by the accused in conducting their defence. The fact that it was declaratory does not change its essential character.

Furthermore, s. 37 was the proper route for challenging the order, as it authorized a form of disclosure to which the Crown was entitled to object on public interest grounds. The interconnected purposes of ss. 37 and 37.1 are to give the Crown the ability to object to disclosures on public interest grounds, and to grant an interlocutory right of appeal where it is unsuccessful. They provide a valuable tool for the Crown to protect against disclosure of confidential and privileged information, and reflect the fact that the Crown's ability to object to disclosures on public interest grounds was not meant to be restricted to those circumstances where the disclosure is compulsory and will occur in open court. Disclosures may be equally harmful to the public interest whether they are made in or outside of court, and whether they are made under compulsion or voluntarily.

The officers are not entitled to disclose the informer-privileged information to their lawyers. Jurisprudence prevents piercing informer privilege unless the accused can show that his or her innocence is at stake. There is no basis for departing from that rule when the accused is a police officer. Informer privilege arises in circumstances where police receive information under a promise of confidentiality. Informers are entitled to rely on that promise. The informer privilege rule is a common law rule of long standing and it is fundamentally important to the criminal justice system. Subject to the innocence at stake exception, the privilege acts as a complete bar on the disclosure of the informer's identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it. The standard for piercing informer privilege — the innocence at stake test — is, accordingly, onerous. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction. The officers in this case did not argue that any privileged information in their possession meets the innocence at stake test. Nor did they suggest any information

l'argument des accusés selon lequel un jugement déclaratoire était nécessaire pour les aider à présenter une défense pleine et entière dans des instances criminelles en cours, et elle a été prononcée par une juge chargée de la gestion d'une instance criminelle, en rapport avec les droits des parties à une instance criminelle en cours, et relativement à des actes que peuvent poser les accusés dans le cadre de leur défense. Le fait que l'ordonnance était déclaratoire ne change rien à son caractère essentiel.

De plus, l'art. 37 constituait le moyen approprié pour contester l'ordonnance, puisqu'elle autorisait une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public. Les objets interreliés des art. 37 et 37.1 visent à conférer à la Couronne la capacité de s'opposer pour des raisons d'intérêt public à la divulgation de renseignements, ainsi qu'un droit d'appel interlocutoire en cas d'opposition infructueuse. Ces dispositions constituent un outil fort utile à la Couronne pour protéger des renseignements confidentiels et privilégiés contre la communication, et témoignent du fait que la capacité de la Couronne de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public n'est pas censée se limiter aux situations où la divulgation est obligatoire et se déroulera en salle d'audience. Qu'elle ait lieu devant le tribunal ou à l'extérieur de celui-ci, et qu'elle soit faite sous contrainte ou volontairement, la divulgation de renseignements peut être tout aussi préjudiciable à l'intérêt public dans un cas comme dans l'autre.

Les policiers n'ont pas le droit de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur. La jurisprudence ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police, sauf si l'accusé est en mesure de démontrer que son innocence est en jeu. Rien ne justifie de déroger à cette règle dans les cas où l'accusé est un policier. Le privilège de l'indicateur s'applique dans les cas où les policiers obtiennent des renseignements en échange d'une promesse de confidentialité. Les indicateurs sont en droit de se fier à de telles promesses. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance capitale dans notre système de justice pénale. Sous réserve de l'exception relative à l'innocence en jeu, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l'identité de l'indicateur, et tant la police que la Couronne et les tribunaux sont tenus de le respecter. Le critère permettant de lever le privilège de l'indicateur — soit celui de l'innocence en jeu — est en conséquence exigeant. Le privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque

relating to confidential informers was genuinely relevant to their defence.

Furthermore, as previously confirmed by the Court, defence counsel are outside the circle of informer privilege, that is, the group of people who are entitled to access information covered by informer privilege. In all cases where informer privilege applies, disclosure outside the circle requires a showing of innocence at stake. Limitations placed on what the police officers can say to their lawyers do not create conflicting legal and professional duties; rather, they align with the officers' professional duties and allow their lawyers to proceed without fear of inadvertently revealing the privileged information their clients possess. The law may require officers to exercise some degree of caution with respect to what they disclose, but that expectation does not meaningfully interfere with their relationship with counsel. The primary purpose of the right to free solicitor-client communication in a criminal proceeding is to permit the accused and counsel to discuss issues that go to full answer and defence — "solicitor-client communication" does not have some independent, intrinsic value over and above its relationship to full answer and defence. Like any other criminal defendant, if it becomes clear that the police officers are at genuine risk of conviction, and that this information needs to be disclosed, they can bring a *McClure* application.

Police officers are, when accused of crimes, entitled to expect that they will be treated no less fairly than others who are accused and given the full protection of the law. What they are not entitled to expect is that they will be treated better. There is no reason to advantage police officers who, by virtue of their positions of trust, have information that has been confided to them for safe-keeping. It is not their information to exploit for personal juridical gain.

Cases Cited

Considered: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp.*

véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. Les policiers dans la présente affaire n'ont pas fait valoir que des renseignements confidentiels en leur possession satisfaisaient au critère de l'innocence en jeu. Ils n'ont pas non plus soutenu que des renseignements concernant les indicateurs anonymes étaient véritablement pertinents pour les besoins de leur défense.

En outre, comme l'a déjà confirmé la Cour, les avocats de la défense ne font pas partie du cercle du privilège relatif aux indicateurs de police, c'est-à-dire le groupe de personnes ayant le droit d'avoir accès aux renseignements visés par le privilège de l'indicateur. Dans tous les cas où le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique, la divulgation des renseignements en dehors du cercle requiert la démonstration par l'accusé que son innocence est en jeu. Les restrictions imposées à l'égard de ce que les policiers peuvent dire à leurs avocats ne créent pas d'obligations légales et professionnelles contradictoires; elles sont plutôt en adéquation avec les obligations professionnelles des policiers et elles permettent aux avocats de ces derniers d'assurer leur défense sans crainte de révéler par inadvertance des renseignements protégés que possèdent leurs clients. Il est possible que les restrictions obligent les policiers à faire preuve d'une certaine prudence quant à ce qu'ils révèlent, mais cette attente n'entrave pas de façon appréciable la relation avec leurs avocats. L'objet premier du droit des avocats et de leurs clients de communiquer librement dans le cadre d'une instance criminelle est de permettre à l'accusé et à l'avocat de discuter des aspects qui se rapportent à une défense pleine et entière; les « communications avocat-client » n'ont pas de valeur intrinsèque indépendante au-delà de leur rapport avec une défense pleine et entière. Comme c'est le cas pour toute autre personne qui se défend contre des accusations criminelles, s'il devient clair que les policiers risquent véritablement d'être reconnus coupables, et qu'il est nécessaire que les renseignements en question soient divulgués, les policiers peuvent présenter une demande de type *McClure*.

Lorsque des policiers sont accusés de crimes, ils sont en droit de s'attendre à être traités non moins équitablement que les autres accusés et à bénéficier de l'entière protection de la loi. Ce à quoi ils ne peuvent s'attendre, toutefois, c'est à être traités plus favorablement que les autres accusés. Aucune raison ne justifie d'avantager des policiers qui, du fait de leur position de confiance, disposent de renseignements qui leur ont été confiés à titre confidentiel. Ce ne sont pas des renseignements qu'ils peuvent exploiter pour obtenir un avantage personnel sur le plan juridique.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Canadian Broadcasting Corp. c.*

v. Ontario, 2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; **referred to**: *R. v. Cheung*, 2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192; *R. v. Trang*, 2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160; *R. v. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543; *R. v. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123; *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard*, 2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Named Person B*, 2013 SCC 9, [2013] 1 S.C.R. 405; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 SCC 45, [2017] 2 S.C.R. 157; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 2, 37, 37.1.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 648(1).

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated March 2018, release 56).
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated March 2018, release 44).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Frankel and Savage J.J.A.), 2017 BCCA 84, varying an order of Wedge J., 2016 BCSC 163. Appeals allowed.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Supreme Court (Wedge J.), 2015 BCSC 2001, granting a declaration that the respondents are permitted to provide information about confidential informers to their legal counsel. Appeals allowed.

Ontario, 2011 ONCA 624, 107 O.R. (3d) 161; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; **arrêts mentionnés** : *R. c. Cheung*, 2000 ABQB 905, 150 C.C.C. (3d) 192; *R. c. Trang*, 2001 ABQB 437, 201 D.L.R. (4th) 160; *R. c. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543; *R. c. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 284 C.C.C. (3d) 123; *Canadian Broadcasting Corp. c. Millard*, 2015 ONSC 6583, 338 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Stanley*, 2018 SKQB 27; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Personne désignée B*, 2013 CSC 9, [2013] 1 R.C.S. 405; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 648(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 2, 37, 37.1.

Doctrine et autres documents cités

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated March 2018, release 56).
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated March 2018, release 44).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Frankel et Savage), 2017 BCCA 84, qui a modifié une ordonnance de la juge Wedge, 2016 BCSC 163. Pourvois accueillis.

POURVOIS contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Wedge), 2015 BCSC 2001, qui avait accordé une ordonnance déclaratoire portant que les intimés avaient le droit de révéler à leurs avocats des renseignements sur les indicateurs anonymes. Pourvois accueillis.

Christopher M. Considine, Q.C., and Christopher A. Massey, for the appellant Her Majesty The Queen.

Patrick McGowan, for the appellant Person A.

François Lacasse and Ginette Gobeil, for the appellants Superintendent Gary Shinkaruk and the Attorney General of Canada.

Ian Donaldson, Q.C., Michael Sobkin and Miriam Isman, for the respondent Derek Brassington.

Michael Klein, Q.C., for the respondent David Attew.

Michael Bolton, Q.C., for the respondent Paul Johnston.

Greg DelBigio, Q.C., and Alison Latimer, for the respondent Danny Michaud.

Robert W. Hubbard and Rebecca Schwartz, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Scott Hutchison and Lisa Jørgensen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Breese Davies and Owen Goddard, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Written submissions only by *Brock Martland*, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — These appeals involve primarily one substantive question: when police officers are charged with crimes relating to their conduct during an investigation, can they, at their own discretion, disclose to their defence lawyers information they learned during that investigation that might reveal the identity of a confidential informer?

[2] Our jurisprudence prevents piercing informer privilege unless the accused can show that his or her

Christopher M. Considine, c.r., et Christopher A. Massey, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Patrick McGowan, pour l'appelante Personne A.

François Lacasse et Ginette Gobeil, pour les appelants Surintendant Gary Shinkaruk et le procureur général du Canada.

Ian Donaldson, c.r., Michael Sobkin et Miriam Isman, pour l'intimé Derek Brassington.

Michael Klein, c.r., pour l'intimé David Attew.

Michael Bolton, c.r., pour l'intimé Paul Johnston.

Greg DelBigio, c.r., et Alison Latimer, pour l'intimé Danny Michaud.

Robert W. Hubbard et Rebecca Schwartz, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Scott Hutchison et Lisa Jørgensen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Breese Davies et Owen Goddard, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Brock Martland*, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois portent principalement sur une question de fond : Lorsque des policiers sont accusés de crimes liés à leur conduite au cours d'une enquête, ceux-ci peuvent-ils, à leur gré, divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'un indicateur anonyme?

[2] La jurisprudence de notre Cour ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police,

innocence is at stake. I see no basis for departing from that rule when the accused is a police officer. No evidence of “innocence at stake” was presented. The police officers are therefore not entitled to disclose the information to their lawyers.

I. Background

[3] These proceedings arose from the “Surrey Six” investigation, a complex RCMP investigation into a gang-related homicide. According to the Crown, about 80 confidential informers were involved in the investigation.

[4] The four accused — Derek Brassington, David Attew, Paul Johnston and Danny Michaud — are former police officers who were involved in that investigation. They have been charged with breach of trust, fraud, and obstruction of justice in connection with their conduct with a witness who, while not a confidential informer, was under their protection in connection with the investigation. The allegations — the details of which are not relevant to the disposition of these appeals — have not yet been proven.¹

[5] When the officers were charged, the RCMP and the Crown told them that they were prohibited from discussing “the circumstances of their investigations in a manner that might reveal the identity of confidential informers to anyone, including their legal counsel”.

[6] The officers brought a pre-trial application before Wedge J., the assigned case management judge,

¹ On the consent of counsel, the courts below have treated this proceeding as subject to the publication ban set out in s. 648(1) of the *Criminal Code*. The application of s. 648(1) to pre-trial proceedings such as these, where no jury has yet been struck, is the subject of conflicting decisions in trial courts (see, for example, *R. v. Cheung* (2000), 150 C.C.C. (3d) 192 (Alta. Q.B.); *R. v. Trang* (2001), 201 D.L.R. (4th) 160 (Alta. Q.B.); *R. v. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543 (Ont. S.C.J.); *R. v. Stobbe* (2011), 284 C.C.C. (3d) 123 (Man. Q.B.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard* (2015), 338 C.C.C. (3d) 227 (Ont. S.C.J.); *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27). Without purporting to resolve the issue, I am satisfied that the reasons as written can be published and disseminated in accordance with the Court’s usual practice.

sauf si l’accusé est en mesure de démontrer que son innocence est en jeu. Je ne vois aucune raison de déroger à cette règle dans les cas où l’accusé est un policier. Aucune preuve d’« innocence en jeu » n’a été présentée en l’espèce. Les policiers n’ont en conséquence pas le droit de divulguer les renseignements en question à leurs avocats.

I. Contexte

[3] La présente instance découle de l’affaire des « Surrey Six », une enquête complexe menée par la GRC sur des homicides liés à des gangs. Selon la Couronne, environ 80 indicateurs anonymes ont été mêlés à cette enquête.

[4] Les quatre accusés — Derek Brassington, David Attew, Paul Johnston et Danny Michaud — sont d’anciens policiers qui ont participé à l’enquête. Ils ont été accusés d’abus de confiance, de fraude et d’entrave à la justice en lien avec leur conduite relative à un témoin qui, même s’il n’était pas un indicateur anonyme, avait été placé sous leur protection dans le cadre de l’enquête. Les allégations — dont les détails ne sont pas pertinents pour trancher les présents pourvois — n’ont pas encore été prouvées¹.

[5] Lorsque les accusations ont été portées, la GRC et la Couronne ont indiqué aux policiers qu’il leur était interdit de parler des [TRADUCTION] « circonstances des enquêtes d’une manière susceptible de révéler l’identité des indicateurs anonymes à quiconque, y compris à leurs avocats ».

[6] Préalablement au procès, les policiers ont présenté à la juge chargée de la gestion de l’instance,

¹ Avec le consentement des avocats, les juridictions inférieures ont traité la présente instance comme étant assujettie à l’ordonnance de non-publication prévue au par. 648(1) du *Code criminel*. L’application du par. 648(1) à des procédures préalables au procès comme celles en l’espèce, où le jury n’a pas encore été constitué, fait l’objet de décisions contradictoires devant les tribunaux de première instance (voir, par exemple, *R. c. Cheung* (2000), 150 C.C.C. (3d) 192 (B.R. Alb.); *R. c. Trang* (2001), 201 D.L.R. (4th) 160 (B.R. Alb.); *R. c. Sandham* (2008), 248 C.C.C. (3d) 543 (C. sup. Ont.); *R. c. Stobbe* (2011), 284 C.C.C. (3d) 123 (B.R. Man.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Millard* (2015), 338 C.C.C. (3d) 227 (C. sup. Ont.); *R. c. Stanley*, 2018 SKQB 27). Sans prétendre régler la question, j’estime que les motifs tels qu’ils sont rédigés peuvent être publiés et diffusés conformément à la pratique habituelle de la Cour.

for a declaration that they could discuss information with their defence counsel that might reveal the identity of confidential informers. The Crown resisted the application, arguing that such discussions would breach informer privilege and that the officers could only do so if they met the “innocence at stake” test. Although the officers stopped short of arguing that they could, at that stage, satisfy the “innocence at stake” test, they deposed that they wished to discuss the information in their possession because they believed it “may be relevant to their defence” and in order to determine “whether there is evidentiary value in the privileged information”. One deposed that he believed “he could not fully and properly instruct counsel [and receive advice] without directly or indirectly disclosing the identity of one or more confidential informers”.

[7] The Crown pointed out that there was no evidence that any confidential informers were even involved in any of the transactions that formed part of the Crown’s case against the police officers. Their evidence, therefore, had no apparent relevance.

[8] “Person A”, a confidential informer, was granted standing to make submissions as to why the disclosure should be prohibited. The Federal Crown and RCMP Superintendent Gary Shinkaruk were also parties.

[9] Wedge J. granted the officers’ application and declared that they could discuss any information in their possession with counsel. She acknowledged the “near-absolute” nature of informer privilege, but also considered the importance of “unfettered communication” between the accused and counsel in a solicitor-client relationship. She concluded that the requirement of proving “innocence at stake” did not

la juge Wedge, une demande en vue d’obtenir une ordonnance déclaratoire portant qu’ils pouvaient discuter avec leurs avocats de renseignements susceptibles de révéler l’identité d’indicateurs anonymes. La Couronne s’est opposée à cette requête, plaidant que de telles discussions porteraient atteinte au privilège de l’indicateur et ne pourraient être autorisées que si les policiers satisfaisaient au critère de « l’innocence en jeu », aussi appelé critère relatif à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Bien que les policiers ne soient pas allés jusqu’à affirmer qu’ils pouvaient, à ce stade, satisfaire au critère de « l’innocence en jeu », ils ont déposé qu’ils souhaitaient discuter des renseignements en leur possession parce qu’ils estimaient que ceux-ci [TRADUCTION] « pourraient être pertinents pour les besoins de leur défense » et parce qu’ils voulaient déterminer si « les renseignements protégés avaient une valeur probante ». L’un des policiers a dit croire qu’« il ne pouvait donner à son avocat des directives complètes et appropriées [ainsi qu’obtenir les conseils de ce dernier] sans divulguer directement ou indirectement l’identité d’un ou plusieurs indicateurs anonymes ».

[7] La Couronne a souligné qu’il n’existait aucune preuve que l’un ou l’autre des indicateurs anonymes avait même participé à quelque opération faisant partie de sa théorie de la cause contre les policiers. Par conséquent, le témoignage des indicateurs n’avait aucune pertinence apparente.

[8] La « Personne A », un indicateur anonyme, s’est vu reconnaître qualité pour présenter des observations quant à la raison pour laquelle la divulgation des renseignements devrait être interdite. La Couronne fédérale et le surintendant de la GRC, Gary Shinkaruk, étaient également parties à l’instance.

[9] La juge Wedge a accueilli la demande des policiers et déclaré que ceux-ci pouvaient discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats. Elle a reconnu la nature [TRADUCTION] « quasi absolue » du privilège de l’indicateur, mais elle a également tenu compte de l’importance des « communications illimitées » entre l’accusé et son avocat dans le cadre de la relation avocat-client. La juge a

apply because, in her view, that narrow exception fit poorly in circumstances where the accused *already knows* the privileged information and merely seeks to discuss it with counsel. She found that both informer privilege and solicitor-client communication could harmoniously co-exist:

Whatever the client tells his or her lawyer is cloaked with privilege. If the client speaks to his or her lawyer about matters that may tend to identify an informer, the information is privileged . . . [T]he lawyer stands in the shoes of the client. The lawyer will be duty-bound by both solicitor-client privilege and informer privilege . . . [The information] will remain imbued with that privilege unless and until [the officers] receive advice from their counsel that seeking disclosure of information pertaining to informers is necessary to raise a reasonable doubt as to their guilt and a *McClure* application is made at trial.

(2015 BCSC 2001, reproduced in A.R., vol. I, at pp. 16-55, at para. 134.)

[10] The Crown and the RCMP then brought proceedings before Wedge J. under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to determine whether the communications authorized under the initial declaratory order constituted “disclosures” within the meaning of s. 37 such that the Crown could object to them under that section. If they were, the Crown would have an immediate right of appeal to the Court of Appeal against Wedge J.’s denial of its objection, pursuant to s. 37.1 of the *Canada Evidence Act*.²

² 37.1 (1) An appeal lies from a determination under any of subsections 37(4.1) to (6)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of the province.

estimé que l’obligation exigeant que l’accusé prouve que son « innocence est en jeu » ne s’appliquait pas, parce que, selon elle, cette étroite exception se justifie difficilement dans les cas où l’accusé *connaît déjà* les renseignements protégés et demande simplement à en discuter avec son avocat. La juge a conclu que le privilège de l’indicateur et les communications entre l’avocat et son client peuvent coexister harmonieusement :

[TRADUCTION] Tout ce que dit le client à son avocat est protégé par le secret professionnel. Si le client communique à son avocat des renseignements susceptibles de révéler l’identité d’un indicateur, ces renseignements sont protégés [. . .] [L]’avocat se trouve alors dans la même situation que son client. Il est ainsi tenu de respecter la confidentialité des renseignements, à la fois par le secret professionnel de l’avocat et par le privilège de l’indicateur [. . .] [Les renseignements] demeureront sous la protection de ce privilège tant que [les policiers] n’auront pas été avisés par leurs avocats que la communication des renseignements au sujet des indicateurs est nécessaire pour soulever un doute raisonnable quant à leur culpabilité et qu’une demande de type *McClure* n’aura pas été présentée au procès.

(2015 BCSC 2001, reproduit dans le d.a., vol. I, p. 16-55, par. 134.)

[10] La Couronne et la GRC ont ensuite demandé à la juge Wedge, en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, de décider si les divulgations autorisées aux termes de l’ordonnance déclaratoire initiale constituaient des « divulgations » visées par l’art. 37, de telle sorte que la Couronne pouvait s’y opposer sur le fondement de cette même disposition. Dans l’affirmative, la Couronne disposait du droit d’interjeter appel immédiatement devant la Cour d’appel du rejet par la juge Wedge de son opposition, conformément à l’art. 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*.²

² 37.1 (1) L’appel d’une décision rendue en vertu des paragraphes 37(4.1) à (6) se fait :

a) devant la Cour d’appel fédérale, s’agissant d’une décision de la Cour fédérale;

b) devant la cour d’appel d’une province, s’agissant d’une décision de la division ou du tribunal de première instance d’une cour supérieure d’une province.

[11] Section 37(1) states, in part:

... a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

[12] Wedge J. found that she had jurisdiction to hear the s. 37 objection because her declaration authorized a form of “disclosure” to which the Crown objected on public interest grounds, thereby triggering s. 37. But she dismissed the objection based on the reasoning in her initial ruling on the officers’ application.

[13] The Crown, the RCMP and Person A then appealed the rejection of the s. 37 objection, and the police officers sought to set aside Wedge J.’s finding that she had jurisdiction to hear the objection. At the Court of Appeal, Frankel J.A. characterized the order being appealed as “civil” rather than “criminal” in nature, since a declaration is a civil remedy. As a result, he concluded that an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was unavailable and the provincial civil appeal rules applied. He also held that the Crown could not object to the declaratory order under s. 37 because it was not a “disclosure” within the meaning of that section, since it did not “require” anyone to disclose anything.

[14] The Crown, the RCMP and Person A obtained leave to appeal the initial declaratory order as well as the Court of Appeal’s decision.

[11] Le paragraphe 37(1) prévoit notamment ce qui suit :

... tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s’opposer à la divulgation de renseignements auprès d’un tribunal, d’un organisme ou d’une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d’intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

[12] La juge Wedge a conclu qu’elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition présentée en application de l’art. 37, parce que son ordonnance déclaratoire autorisait une forme de « divulgation » à laquelle la Couronne s’est opposée pour des raisons d’intérêt public, entraînant ainsi l’application de l’art. 37. Toutefois, la juge a rejeté l’opposition sur la base du raisonnement qu’elle avait exposé dans sa décision initiale sur la demande des policiers.

[13] La Couronne, la GRC et la Personne A ont ensuite fait appel du rejet de l’opposition présentée en vertu de l’art. 37, et les policiers ont sollicité l’annulation de la conclusion de la juge Wedge selon laquelle elle avait compétence pour se prononcer sur l’opposition. En Cour d’appel, le juge Frankel a qualifié de « civile » plutôt que « criminelle » l’ordonnance visée par l’appel, pour le motif qu’un jugement déclaratoire est une réparation civile. Par conséquent, il a conclu que la Couronne ne pouvait interjeter appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1, et que les règles d’appel provinciales en matière civile s’appliquaient. Le juge Frankel a également conclu que la Couronne ne pouvait pas contester l’ordonnance déclaratoire sur le fondement de l’art. 37, étant donné qu’elle ne constituait pas une « divulgation » visée par cette disposition, puisqu’elle n’« obligeait » personne à divulguer quoi que ce soit.

[14] La Couronne, la GRC et la Personne A ont obtenu l’autorisation d’interjeter appel de l’ordonnance déclaratoire initiale ainsi que de la décision de la Cour d’appel.

II. Analysis

[15] It may be helpful to begin by observing that this case comes before the Court via an unusual procedural route. Ordinarily, informer privilege litigation centres on one or both of two issues: scope and piercing. Disputes about the scope of privilege are relatively common, arising, for example, where the Crown seeks to redact portions of documents that are otherwise producible under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, but contain informer-privileged information, such as an Information to Obtain a Search Warrant. In pre-trial proceedings, a judge may vet the redactions to determine whether the redacted information is properly covered by informer privilege. At this stage, if the information is covered by the privilege, the accused cannot get access to it. Where an accused seeks to pierce privileged information, on the other hand, he or she brings an application, typically at the end of the Crown's case at trial, pursuant to this Court's decision in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445. Access to the information will be given only where an accused demonstrates "innocence at stake", as explained later in these reasons.

[16] The application in this case was not brought under the ordinary *McClure* process, nor was it adjudicated under *McClure* principles. Instead, the accused sought a pre-trial remedy of declaratory relief, relating not to the *scope* of privilege, but rather to who is entitled to *access* information that everyone agrees is within the scope. These anomalies, in turn, led the Crown to bring proceedings under s. 37 of the *Canada Evidence Act* to object to the declaratory order after it had been made. This gave rise to the jurisdictional dispute litigated up to the Court of Appeal.

II. Analyse

[15] Il pourrait être utile, en commençant, de souligner que notre Cour est saisie de la présente affaire par suite d'un cheminement procédural inhabituel. Généralement, les litiges relatifs au privilège de l'indicateur portent sur l'un ou l'autre des aspects suivants — la portée du privilège et la levée de celui-ci — ou les deux. Les différends concernant la portée du privilège sont relativement fréquents. Ils surviennent, par exemple, lorsque la Couronne veut caviarder certaines parties de documents qui peuvent par ailleurs être produits suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, mais qui renferment des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur, par exemple une dénonciation visant l'obtention d'un mandat de perquisition. Lors de mesures préparatoires au procès, le juge peut examiner les renseignements caviardés pour établir s'ils sont effectivement assujettis au privilège de l'indicateur. À ce stade, si les renseignements sont protégés par le privilège, l'accusé ne peut y avoir accès. Par contre, lorsque l'accusé cherche à obtenir la levée du privilège qui s'applique aux renseignements confidentiels, il présente une demande à cet égard, habituellement après que la Couronne a présenté sa preuve au procès, conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445. L'accusé ne se verra accorder l'accès aux renseignements que s'il démontre que son « innocence est en jeu », comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs.

[16] En l'espèce, la demande n'a pas été présentée dans le cadre du processus ordinaire établi dans l'arrêt *McClure*, ni tranchée selon les principes énoncés dans cet arrêt. Les accusés ont plutôt cherché à obtenir, avant le procès, une réparation sous forme de jugement déclaratoire concernant non pas la *portée* du privilège, mais plutôt l'identité des personnes qui ont le droit d'avoir *accès* à des renseignements qui, tous s'accordent pour le dire, sont visés par le privilège. Ces anomalies ont quant à elles amené la Couronne à s'opposer, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à l'ordonnance déclaratoire après son prononcé, ce qui a donné lieu au litige en matière de compétence qui a été débattu jusqu'en Cour d'appel.

[17] Although I do not see any determinative procedural or jurisdictional defect in the Crown’s approach to litigating this case, and although I acknowledge how unusual the facts in this case are, neither would I endorse what happened in this case as a procedural template for informer privilege litigation.

[18] The root of the jurisdictional issue before us is whether Wedge J.’s order was “civil” or “criminal” in nature. The *Canada Evidence Act* is federal legislation, and Part I of that statute applies only to criminal proceedings or to other matters over which Parliament has jurisdiction (s. 2). For this reason, the characterization of Wedge J.’s declaratory order determines whether s. 37 of the *Canada Evidence Act* has any application in the circumstances of this case.

[19] In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 879, Lamer C.J. held that in determining whether an order is civil or criminal in nature, what is relevant is not the formal title or styling of the order, but its substance and purpose. The accused in *Dagenais* brought proceedings seeking an “injunction” against the broadcast of a television program they claimed would prejudice their right to a fair trial. Lamer C.J. held that despite the fact that an injunction is traditionally a civil remedy, the order sought related to the accused’s fair trial rights in the context of an ongoing criminal proceeding. It could not, therefore, be characterized as “civil”.

[20] In *Canadian Broadcasting Corp. v. Ontario*, 107 O.R. (3d) 161, Doherty J.A. built on *Dagenais*’ foundation to explain how to apply the distinction between “civil” and “criminal” orders:

Usually, it will not be difficult to distinguish a criminal proceeding from a civil proceeding. An application for an order made in the course of a criminal proceeding, an application for an order directly impacting on an ongoing

[17] Bien que je ne constate aucun vice de procédure ou de compétence déterminant dans la façon dont la Couronne a plaidé la présente affaire, et bien que je reconnaisse le caractère inédit des faits de l’espèce, je ne saurais qualifier l’historique de l’instance de modèle procédural applicable aux litiges concernant le privilège de l’indicateur.

[18] À l’origine du litige en matière de compétence dont nous sommes saisis se trouve la question de savoir si l’ordonnance prononcée par la juge Wedge était de nature « civile » ou « criminelle ». La *Loi sur la preuve au Canada* est une loi fédérale et la partie I de cette loi s’applique seulement aux procédures pénales ou aux autres matières de compétence fédérale (art. 2). Par conséquent, la qualification de l’ordonnance déclaratoire prononcée par la juge Wedge détermine si l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* s’applique eu égard aux circonstances de l’espèce.

[19] Dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 879, le juge en chef Lamer a conclu que, pour établir si une ordonnance est de nature civile ou criminelle, ce n’est pas son titre officiel ni sa formulation qui importe, mais son contenu et son objet. Dans cette affaire, les accusés ont sollicité une « injonction » interdisant la diffusion d’une émission de télévision qui, selon eux, était susceptible de porter atteinte à leur droit à un procès équitable. De l’avis du juge en chef Lamer, même si l’injonction est habituellement une réparation civile, l’ordonnance sollicitée portait sur le droit des accusés à un procès équitable dans le cadre d’une instance criminelle en cours. L’ordonnance ne pouvait donc être qualifiée de « civile ».

[20] Dans *Canadian Broadcasting Corp. c. Ontario*, 107 O.R. (3d) 161, le juge Doherty s’est fondé sur le raisonnement formulé dans l’arrêt *Dagenais* pour expliquer comment faire la distinction entre les ordonnances de nature « civile » et celles de nature « criminelle » :

[TRADUCTION] En règle générale, il ne sera pas difficile de faire la distinction entre une instance criminelle et une instance civile. Une demande d’ordonnance présentée dans le cadre d’une instance criminelle, une demande

or pending criminal proceeding, or an application for an order rescinding or varying an order made in a criminal proceeding will all be criminal proceedings . . . [para. 17]

[21] In that case, the Canadian Broadcasting Corporation sought access to a video in the custody of the Ontario Court of Justice that had been an exhibit at a concluded bail hearing. Doherty J.A. held that the order was not criminal in nature because, unlike the publication ban/injunction at issue in *Dagenais*, the request

was not made in the course of a criminal proceeding and has no effect on any ongoing criminal proceeding. Indeed, there is no ongoing criminal proceeding. Nor does the order obtained by the CBC rescind or vary any order made in a criminal proceeding. [para. 18]

[22] In this case, the order sought related to the accused's claim that declaratory relief was necessary to help them make full answer and defence in ongoing criminal proceedings. It was issued by a criminal case management judge, in connection with the rights of the parties in a pending criminal proceeding, regarding what might be done by the accused in conducting their defence. The fact that the order was declaratory does not change its essential character as "criminal", not "civil".

[23] Having concluded that what we are dealing with is an order that is "criminal" in nature and therefore within Parliament's constitutional authority, the next issue is whether s. 37 of the *Canada Evidence Act* was the proper route for challenging the order.

d'ordonnance ayant une incidence directe sur une instance criminelle en cours ou encore une demande d'ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance rendue dans le cadre d'une instance criminelle sont toutes des procédures de nature criminelle . . . [par. 17]

[21] Dans cette affaire, la Société Radio-Canada sollicitait l'accès à un enregistrement vidéo qui se trouvait sous la garde de la Cour de justice de l'Ontario et qui avait constitué une pièce déposée à l'occasion d'une enquête sur remise en liberté provisoire, enquête qui était terminée au moment de la demande. Le juge Doherty a conclu que l'ordonnance n'était pas de nature criminelle, car contrairement à l'interdiction de publication ou l'injonction en cause dans l'arrêt *Dagenais*, la demande

[TRADUCTION] n'a pas été présentée dans le cadre d'une procédure criminelle et n'a aucune incidence sur une instance criminelle en cours. D'ailleurs, il n'y a aucune instance criminelle en cours et l'ordonnance obtenue par la SRC n'a pas non plus pour effet d'annuler ou de modifier une ordonnance rendue dans le cadre d'une instance criminelle. [par. 18]

[22] Dans l'affaire qui nous occupe, l'ordonnance sollicitée se rapportait à l'argument des accusés selon lequel un jugement déclaratoire était nécessaire pour les aider à présenter une défense pleine et entière dans des instances criminelles en cours. L'ordonnance a été prononcée par une juge chargée de la gestion d'une instance criminelle, en rapport avec les droits des parties à une instance criminelle en cours, et relativement à des actes que peuvent poser les accusés dans le cadre de leur défense. Le fait que l'ordonnance était déclaratoire ne change rien à son caractère essentiellement « criminel » plutôt que « civil ».

[23] Ayant conclu que nous sommes en présence d'une ordonnance de nature « criminelle », qui relève donc de la compétence du législateur fédéral aux termes de la Constitution, la question qui se pose ensuite est celle de savoir si la présentation d'une demande fondée sur l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* constituait le moyen approprié pour contester l'ordonnance.

[24] Section 37(1) gives the Crown the right to object to certain types of disclosures of information on public interest grounds. As previously noted, it states, in part:

... a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed *on the grounds of a specified public interest*.

[25] A court to which such an objection is made assesses the public interest claim and, in light of that assessment, can order disclosure (s. 37(4.1)), order disclosure subject to conditions and editing (s. 37(5)), or prohibit disclosure (s. 37(6)).

[26] Section 37.1 sets out a special interlocutory right of appeal to the provincial or federal courts of appeal, as the case may be, for determinations made under s. 37.

[27] Wedge J. concluded that s. 37 was properly invoked to object to her declaration, but rejected the objection on the basis that the declaration did no harm to informer privilege, and, therefore, to the public interest. The Court of Appeal, on the other hand, concluded that s. 37 did not apply at all.

[28] This Court confirmed in *R. v. Basi*, [2009] 3 S.C.R. 389, that the Crown is entitled to commence an “incidental” proceeding under s. 37 because maintaining informer privilege is the sort of “specified public interest” contemplated by s. 37 as a valid basis for the Crown to resist disclosure. In *Basi*, the accused applied for disclosure of documents over which the Crown claimed informer privilege and the Crown sought an *ex parte* hearing to establish its privilege claim. Counsel for the accused sought access to the hearing subject to an undertaking that they would not disclose any of the privileged information to the accused. The trial judge granted access

[24] Le paragraphe 37(1) confère à la Couronne le droit de s’opposer, dans certains cas, à la divulgation de renseignements pour des raisons d’intérêt public. Comme il a déjà été mentionné, cette disposition prévoit notamment ce qui suit :

... tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s’opposer à la divulgation de renseignements auprès d’un tribunal, d’un organisme ou d’une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, *pour des raisons d’intérêt public déterminées*, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

[25] Le tribunal qui est saisi d’une telle opposition évalue les raisons d’intérêt public invoquées et, à la lumière de cette évaluation, il peut soit ordonner la divulgation des renseignements (par. 37(4.1)), soit en ordonner la divulgation moyennant certaines conditions et révisions (par. 37(5)), soit en interdire la divulgation (par. 37(6)).

[26] L’article 37.1 établit un droit d’appel interlocutoire spécial devant la Cour d’appel fédérale ou les cours d’appel provinciales, selon le cas, à l’égard des décisions rendues en vertu de l’art. 37.

[27] La juge Wedge a conclu que l’art. 37 avait été invoqué à bon droit pour contester son ordonnance déclaratoire, mais elle a rejeté l’opposition au motif que cette ordonnance ne portait pas atteinte au privilège de l’indicateur et, par conséquent, à l’intérêt public. Pour sa part, la Cour d’appel a jugé que l’art. 37 ne s’appliquait pas du tout.

[28] Dans *R. c. Basi*, [2009] 3 R.C.S. 389, notre Cour a confirmé que la Couronne a le droit d’introduire une instance « incidente » en vertu de l’art. 37, parce que le maintien du privilège de l’indicateur constitue le type de « raisons d’intérêt public déterminées » visées à l’art. 37 qui représente un fondement valable lui permettant de s’opposer à la divulgation de renseignements. Dans *Basi*, les accusés ont demandé la communication de documents à l’égard desquels le privilège de l’indicateur avait été revendiqué par la Couronne. Cette dernière a sollicité la tenue d’une audience *ex parte* en vue d’établir sa revendication du privilège de l’indicateur. Les

on those terms, and the Crown then commenced proceedings under s. 37, objecting to the ruling granting access to the hearing. Fish J., for this Court, held that s. 37 was properly invoked by the Crown to object in such circumstances, as the ruling constituted a form of disclosure of information.

[29] The Court of Appeal, however, sought to distinguish this case because *Basi* involved a *compulsory* disclosure order. The Court of Appeal reasoned that where, as here, the order merely declares that a party is *permitted* to disclose, rather than *required* to disclose, there is no “disclosure” order to which an objection can be made, and s. 37 is therefore unavailable. The Court of Appeal also sought to distinguish this case because *Basi* involved a disclosure that was to be made in court. Section 37, Frankel J.A. held, “was not intended to prevent a person who possesses information from voluntarily disclosing that information outside of [court] proceedings”.

[30] The police officers said in their affidavits that they sought the declaration because they wanted to disclose informer-privileged information to their lawyers. If left undisturbed, the declaratory order would have led inexorably to disclosure. To argue, then, that there was no “disclosure” order because the order did not strictly require the officers to do what they said they intended to do, or because the disclosure would occur outside court, replaces a plain meaning interpretation with a purely technical one, leaving the purpose of the provision as a casualty in its wake.

avocats des accusés ont demandé la permission d’assister à l’audience, moyennant un engagement de leur part de ne divulguer aucun renseignement protégé à leurs clients. La juge du procès a autorisé les avocats à assister à l’audience conformément à ces conditions, et la Couronne a ensuite intenté la procédure prévue à l’art. 37 pour s’opposer à cette décision. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Fish a conclu que la Couronne avait à bon droit invoqué l’art. 37 dans les circonstances, puisque la décision constituait une forme de divulgation.

[29] Cependant, la Cour d’appel a voulu établir une distinction entre la présente espèce et l’affaire *Basi*, pour le motif que cette dernière concernait une ordonnance de divulgation *obligatoire*. La Cour d’appel a expliqué que dans les cas où, comme dans le présent pourvoi, l’ordonnance déclare simplement qu’une partie est *autorisée* à communiquer des renseignements plutôt qu’*obligée* de le faire, il n’y a pas d’ordonnance de « divulgation » susceptible de faire l’objet d’une opposition et l’art. 37 ne peut donc être invoqué. La Cour d’appel a en outre cherché à distinguer l’affaire qui nous occupe de l’affaire *Basi*, en ce que cette dernière portait sur une divulgation qui devait se dérouler devant le tribunal. L’article 37, a conclu le juge Frankel, [TRADUCTION] « ne vise pas à empêcher les personnes qui disposent de renseignements de les communiquer volontairement en dehors d’une instance [judiciaire] ».

[30] Dans leurs affidavits, les policiers ont déclaré qu’ils sollicitaient l’ordonnance déclaratoire parce qu’ils voulaient divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur. Si l’ordonnance déclaratoire avait été maintenue, elle aurait inexorablement entraîné la divulgation des renseignements. Alors, le fait de prétendre qu’il n’y avait pas d’ordonnance de « divulgation » parce que l’ordonnance n’obligeait pas de façon stricte les policiers à faire ce qu’ils avaient dit avoir l’intention de faire, ou parce que la divulgation des renseignements aurait lieu ailleurs qu’au tribunal, a pour effet de remplacer une interprétation basée sur le sens ordinaire des mots par une interprétation purement technique, qui laisserait une victime dans son sillage : l’objet de la disposition.

[31] The purposes animating ss. 37 and 37.1 fully support their availability in the circumstances of this case. The interconnected purposes of ss. 37 and 37.1 are to give the Crown the ability to object to disclosures on public interest grounds, and to grant an interlocutory right of appeal where it is unsuccessful. They provide a “valuable tool in the Crown’s arsenal for protection against disclosure of confidential and privileged information” (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti and Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), at p. 9-27). Their purposes reflect the fact that the Crown’s ability to object to disclosures on public interest grounds was not meant to be restricted to those circumstances where the disclosure is compulsory and will occur in open court. Disclosures may be equally harmful to the public interest whether they are made in or outside of court, and whether they are made under compulsion or voluntarily. Disclosure of sensitive information, and especially informer-privileged information, can have very serious and immediate consequences for third parties and the administration of justice. That is why Parliament carved out a special process for challenging those disclosures. That process also includes an exception to the ordinary rule against interlocutory appeals in criminal matters, one of the “prime advantages” of invoking s. 37 as a “fail-safe mechanism” (Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-44.4 and 3-45).

[32] Because, in my respectful view, Wedge J.’s declaratory order was criminal in nature and authorized a form of disclosure to which the Crown was entitled to object on public interest grounds under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, an appeal to the Court of Appeal under s. 37.1 was therefore proper.

[31] Les objets qui animent les art. 37 et 37.1 appuient pleinement l’applicabilité de ces dispositions dans les circonstances de l’espèce. Les objets interreliés des art. 37 et 37.1 visent à conférer à la Couronne la capacité de s’opposer pour des raisons d’intérêt public à la divulgation de renseignements, ainsi qu’un droit d’appel interlocutoire en cas d’opposition infructueuse. Ces dispositions constituent [TRADUCTION] « un outil fort utile parmi la panoplie des mesures dont dispose la Couronne pour protéger des renseignements confidentiels et privilégiés contre la communication » (Robert W. Hubbard, Peter M. Brauti et Scott K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), p. 9-27). Les objets visés par ces dispositions témoignent du fait que la capacité de la Couronne de s’opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d’intérêt public n’est pas censée se limiter aux situations où la divulgation est obligatoire et se déroulera en salle d’audience. Qu’elle ait lieu devant le tribunal ou à l’extérieur de celui-ci, et qu’elle soit faite sous contrainte ou volontairement, la divulgation de renseignements peut être tout aussi préjudiciable à l’intérêt public dans un cas comme dans l’autre. La divulgation de renseignements sensibles, et particulièrement de renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, peut entraîner des conséquences très graves et immédiates pour des tiers et pour l’administration de la justice. C’est pourquoi le législateur a élaboré un processus spécial de contestation de ces divulgations. Ce processus comporte également une exception à la règle ordinaire interdisant les appels interlocutoires dans les affaires criminelles, un des [TRADUCTION] « principaux avantages » du recours à l’art. 37 en tant que « mécanisme de sécurité » (Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-44.4 et 3-45).

[32] Étant donné que, à mon humble avis, l’ordonnance déclaratoire rendue par la juge Wedge était de nature criminelle et autorisait une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s’opposer pour des raisons d’intérêt public en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un appel devant la Cour d’appel en vertu de l’art. 37.1 était donc une procédure appropriée.

[33] This brings us to the substantive issue raised by the appeal of Wedge J.'s order, namely, whether the officers were entitled to disclose informer-privileged information to their lawyers in the absence of a judicial determination that “innocence at stake” had been established.

[34] Informer privilege arises in circumstances where police receive information under a promise of confidentiality. Such a promise can be explicit, or can arise implicitly from police conduct that would “have led a person in the shoes of the potential informer to believe, on reasonable grounds, that his or her identity would be protected” (*R. v. Named Person B*, [2013] 1 S.C.R. 405, at para. 18). Informers are entitled to rely on the promises that police officers make to them because they are otherwise at serious risk of potential personal danger if their cooperation becomes known (*Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 16). And “[w]hen it is known in the community that an individual’s identity is privileged if he or she provides confidential information to the police, others may come forward” (Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-2).

[35] This Court recently summarized the rule in *R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, [2017] 2 S.C.R. 157, where Moldaver J. said:

The informer privilege rule is a common law rule of long standing — and it is fundamentally important to the criminal justice system. Informers play a critical role in law enforcement by providing police with information that is otherwise difficult or impossible to obtain. By protecting the identity of individuals who supply information to the police — and encouraging others to do the same — informer privilege greatly assists the police in the investigation of crime and the protection of the public. Subject to the innocence at stake exception, the privilege acts as a complete bar on the disclosure of the informer’s identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it. [para. 1]

[33] Cela nous amène à la question de fond que soulève l’appel formé contre l’ordonnance de la juge Wedge, soit la question de savoir si les policiers pouvaient divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur en l’absence d’une décision judiciaire ayant conclu que l’application de l’exception de « l’innocence en jeu » avait été établie.

[34] Le privilège de l’indicateur s’applique dans les cas où les policiers obtiennent des renseignements en échange d’une promesse de confidentialité. Une telle promesse peut soit être explicite, soit découler implicitement d’une conduite policière qui aurait pu « donner à quelqu’un dans la situation de l’indicateur potentiel des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée » (*R. c. Personne désignée B*, [2013] 1 R.C.S. 405, par. 18). Les indicateurs sont en droit de se fier aux promesses que leur font les policiers, car leur sécurité personnelle pourrait être sérieusement menacée si le fait qu’ils collaborent avec ceux-ci venait à être connu (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 16). Et [TRADUCTION] « [q]uand les gens du milieu savent que l’identité d’un indicateur est protégée lorsque celui-ci communique aux policiers des renseignements confidentiels, il est possible que d’autres indicateurs se manifestent » (Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-2).

[35] La Cour a récemment résumé la règle dans l’arrêt *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, [2017] 2 R.C.S. 157, où le juge Moldaver s’est exprimé ainsi :

Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance capitale dans notre système de justice pénale. Les indicateurs de police jouent un rôle essentiel en matière de lutte contre les infractions, parce qu’ils fournissent à la police des informations qu’il serait autrement pour elle difficile, voire impossible, à obtenir. En protégeant l’identité des personnes qui communiquent des informations à la police — et en encourageant d’autres à en faire autant —, le privilège relatif aux indicateurs de police s’avère d’une grande utilité pour les policiers dans le cadre de leurs enquêtes criminelles et de leur mission de protection du public. Sous réserve de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l’identité de l’indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter. [par. 1]

[36] The standard for piercing informer privilege — the “innocence at stake” test — is, accordingly, onerous. The test was set out by this Court in *McClure*. The “privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction” (*McClure*, at para. 47). The *McClure* application is typically made at the close of the Crown’s case so courts only consider piercing informer privilege when strictly necessary (*R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, at para. 52). There are no other exceptions to informer privilege (*Vancouver Sun*, at para. 28; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281). It is “not something that allows for weighing on a case-by-case basis the maintenance or scope of the privilege depending on what risks the informer might face” (*Vancouver Sun*, at paras. 19 and 22).

[37] On a *McClure* application, the accused seeks to gain access to informer-privileged information through, ordinarily, a two-stage process. The first stage typically takes place in open court, with the accused and all counsel present. At this stage, as a threshold matter, the accused must establish that the privileged information is not available from any other source and that, in light of the Crown’s case, there is no other way for him or her to raise a reasonable doubt. At this stage he or she must also establish an “evidentiary basis to conclude that a communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt” (*Brown*, at para. 4).

[38] If such a basis exists, the second stage of the process occurs. At this stage, the trial judge should proceed to “examine the communication to determine whether, in fact, it is likely to raise a reasonable doubt” (*Brown*, at para. 4). Depending on the circumstances of the case, the trial judge may review the information alone, or with the assistance of Crown counsel, or with the assistance of *amicus*

[36] Le critère permettant de lever le privilège de l’indicateur — soit celui de la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ou de « l’innocence en jeu » — est en conséquence exigeant. Notre Cour a énoncé ce critère dans l’arrêt *McClure*. Le « privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l’innocence de l’accusé sont en cause ou s’il y a un risque véridable qu’une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (*McClure*, par. 47). Les demandes de type *McClure* sont habituellement présentées une fois la preuve de la Couronne close, de sorte que les tribunaux ne considèrent la possibilité d’écarter le privilège de l’indicateur que dans les cas où cela est strictement nécessaire (*R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 52). Le privilège de l’indicateur n’est pas assorti d’autres exceptions (*Vancouver Sun*, par. 28; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281). Il « ne permet[. . .] pas que l’on évalue au cas par cas le maintien ou la portée du privilège en fonction des risques auxquels pourrait s’exposer l’indicateur » (*Vancouver Sun*, par. 19 et 22).

[37] Dans le cadre d’une demande de type *McClure*, l’accusé sollicite l’accès aux renseignements protégés par le privilège de l’indicateur, habituellement à l’issue d’un processus en deux étapes. En règle générale, la première étape se déroule en salle d’audience, en présence de l’accusé et de tous les avocats. À cette étape, à titre préliminaire, l’accusé doit établir que les renseignements protégés ne peuvent pas être obtenus ailleurs et que, compte tenu de la preuve de la Couronne, il n’y a aucune autre façon pour lui de soulever un doute raisonnable. À cette étape, l’accusé doit en outre présenter « des éléments de preuve permettant de conclure à l’existence d’une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (*Brown*, par. 4).

[38] Si un tel fondement existe, le tribunal procède alors à la deuxième étape du processus. À ce stade, le juge du procès doit « examiner la communication afin de déterminer si elle suscitera probablement un doute raisonnable » (*Brown*, par. 4). Selon les circonstances de l’affaire, le juge du procès peut examiner les renseignements lui-même ou avec l’aide du procureur de la Couronne ou d’un *amicus*, au besoin,

where necessary, *in camera* (see, generally, *Brown*; *Vancouver Sun*, at paras. 45-49).

[39] At no time have the police officers in this case argued that any privileged information in their possession meets the “innocence at stake” test. Nor have they argued that any of the information relating to confidential informers in the “Surrey Six” investigation is *genuinely* relevant to their defence. They say only that they believe information they possess “may” be relevant, and therefore that they wish to explore its relevance. The female witness at the centre of the police officers’ alleged criminal conduct was not a confidential informer, and the Crown states that to its knowledge no confidential informers were involved in the events that led to these charges.

[40] What they argue instead is that this is not a case where “innocence at stake” applies. In their view, the Crown’s position would impose restrictions on the right to “unfettered communication” between the accused and their lawyers, lawyers, moreover, who are bound by both solicitor-client privilege *and* informer privilege.

[41] Resolving this issue therefore requires consideration of who falls within the “circle” of informer privilege — the group of people who are entitled to access information covered by informer privilege and who are bound by it. Traditionally, this circle is tightly defined and has only included the confidential informer himself or herself, the police, the Crown and the court (*R. v. Barros*, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 37). If defence counsel can be brought into the circle, then the “innocence at stake” paradigm does not apply. If they cannot, it does.

[42] I agree with the Crown that the “innocence at stake” paradigm applies because defence counsel are outside the “circle of privilege”. In *Basi*, Fish J., for the Court, confirmed that defence counsel are not

lors d’une audience à huis clos (voir, de manière générale, *Brown*; *Vancouver Sun*, par. 45-49).

[39] À aucun moment dans la présente affaire les policiers n’ont fait valoir que des renseignements confidentiels en leur possession satisfaisaient au critère de « l’innocence en jeu ». Ils n’ont pas non plus soutenu que des renseignements concernant les indicateurs anonymes dans le cadre de l’enquête sur les « Surrey Six » étaient *véritablement* pertinents pour les besoins de leur défense. Ils disent simplement croire que des renseignements se trouvant en leur possession « pourraient » être pertinents et que, par conséquent, ils souhaitent évaluer leur pertinence. Le témoin de sexe féminin qui se trouve au cœur de la conduite criminelle reprochée aux policiers n’était pas un indicateur anonyme, et la Couronne affirme que, à sa connaissance, aucun indicateur anonyme n’a été impliqué dans les événements à l’origine des accusations en cause.

[40] Ce que les policiers soutiennent plutôt, c’est qu’il ne s’agit pas d’un cas où l’exception relative à « l’innocence en jeu » s’applique. Selon eux, la thèse de la Couronne aurait pour effet de restreindre le droit à des « communications illimitées » entre les accusés et leurs avocats, ces derniers étant de surcroît liés à la fois par le secret professionnel de l’avocat *et* le privilège relatif aux indicateurs de police.

[41] Pour résoudre cette question, il faut donc se demander qui se trouve dans le « cercle » du privilège relatif aux indicateurs de police — le groupe de personnes ayant le droit d’avoir accès aux renseignements visés par le privilège de l’indicateur et qui sont liées par celui-ci. Traditionnellement, ce cercle a été défini étroitement et ne comprend que l’indicateur anonyme lui-même, la police, la Couronne et les tribunaux (*R. c. Barros*, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 37). Si les avocats de la défense peuvent être intégrés dans ce cercle, le paradigme de « l’innocence en jeu » ne s’applique pas. S’ils ne peuvent l’être, le paradigme s’applique.

[42] Je conviens avec la Couronne que le paradigme de « l’innocence en jeu » s’applique, car les avocats de la défense ne font pas partie du « cercle du privilège ». Dans *Basi*, le juge Fish, qui s’exprimait

bound by informer privilege and are “outside the circle”. He held that permitting defence counsel to have access to informer-privileged information subject to an undertaking that they would not disclose the information to their clients would be improper, since “[n]o one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies” (para. 44). He went on to observe the problems inherent in bringing defence counsel into the “circle”:

To hold otherwise is to place defence counsel in an awkward and professionally undesirable position. The concern is not that defence counsel would intentionally violate their undertakings or the court order; rather, it is that respecting the undertakings and court order would, at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients.

Defence counsel would have to remain constantly on guard never to say or do anything, even inadvertently, that might tend to reveal the informant’s identity. This exceedingly onerous constraint would by its very nature “preven[t] frankness and fette[r] the free flow of information between lawyer and client”, and otherwise impair the solicitor-client relationship In certain cases, defence counsel might feel bound to withdraw their representation, caught in a conflict between their duty to represent the best interests of their client and their duty to the court not to disclose or to act on the information heard *in camera* [Emphasis deleted; paras. 45-46.]

[43] The police officers attempted to distinguish *Basi* on the basis that, in this case, disclosure would not place a strain on the solicitor-client relationship, because the accused already have this information. In fact, they submit, the strain is created by *non-disclosure*, because the accused possess the information while counsel do not.

au nom de la Cour, a confirmé que les avocats de la défense ne sont pas liés par le privilège relatif aux indicateurs de police et qu’ils sont « en dehors du cercle ». Il a conclu qu’il serait inapproprié de permettre aux avocats de la défense d’avoir accès aux renseignements visés par ce privilège moyennant un engagement de leur part de ne pas les divulguer à leurs clients, étant donné que « [n]ul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception s’applique » (par. 44). Le juge Fish a poursuivi en soulignant les problèmes inhérents au fait d’intégrer les avocats de la défense dans le « cercle » :

Conclure autrement placerait les avocats de la défense dans une position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel. Le problème ne vient pas de ce que les avocats de la défense violeraient délibérément leurs engagements ou l’ordonnance du tribunal, mais plutôt de ce que le respect de ces engagements et de l’ordonnance du tribunal mettrait à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s’établir entre eux et leurs clients accusés.

Les avocats de la défense devraient constamment se garder de ne jamais dire ou faire quoi que ce soit, même par inadvertance, qui pourrait tendre à révéler l’identité de l’indicateur. Cette contrainte extrêmement onéreuse, de par sa nature même, [TRADUCTION] « empêcherait la franchise et gênerait la libre circulation de l’information entre l’avocat et son client », et entraverait par ailleurs la relation avocat-client [. . .] Dans certains cas, les avocats de la défense pourraient se sentir obligés de se retirer du dossier, pris dans le conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et leur devoir envers la cour de ne pas divulguer les renseignements entendus à huis clos ou de s’abstenir d’agir sur la base de ceux-ci [Italique omis; par. 45-46.]

[43] Les policiers ont tenté de distinguer l’arrêt *Basi* de la présente affaire sur la base que, en l’espèce, la divulgation ne mettrait pas à rude épreuve la relation avocat-client, étant donné que les accusés disposent déjà des renseignements en cause. De fait, prétendent les policiers, la tension résulte plutôt de la *non-divulgation*, parce que les accusés possèdent des renseignements que leurs avocats n’ont pas.

[44] In my view, this attempt to distinguish *Basi* is unpersuasive. If the officers discuss this informer-privileged information with their lawyers, and their lawyers cannot use it until they bring a successful “innocence at stake” application at the close of the Crown’s case, the lawyers will be caught in a conflict of duties similar to, if not more serious than, the “awkward and professionally undesirable position” described in *Basi*. On the one hand, their duty to the client will tell them to use the information. On the other, informer privilege will instruct them to remain silent. The rationale in *Basi* therefore applies. I do not accept the police officers’ argument that limitations placed on what *they* can say to their lawyers creates the type of “strain” contemplated in *Basi*. Those limitations, unlike the limitations placed on the lawyer in *Basi*, do not create conflicting legal and professional duties: they align with the officers’ professional duties and allow their lawyers to proceed without fear of inadvertently revealing the privileged information their clients possess. They may require officers to exercise some degree of caution with respect to what they disclose, but that expectation does not meaningfully interfere with their relationship with counsel.

[45] More recently, in *Barros*, the Court again considered and rejected the argument that the defence — and in particular its agent, the investigator — was bound by informer privilege:

The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts, but we have been referred to no prior case where the duty has been extended to the accused and his or her representative . . . apart from the exceptional case of inadvertent disclosure to defence counsel . . . [para. 37]

[46] Since defence counsel are outside the circle of privilege, it is no answer for the police officers to say

[44] À mon avis, cette tentative de différenciation de l’arrêt *Basi* n’est pas convaincante. Si les policiers discutent des renseignements protégés par le privilège de l’indicateur avec leurs avocats, et que ces derniers ne peuvent les utiliser avant d’avoir présenté avec succès, une fois la preuve de la Couronne close, une demande fondée sur l’exception relative à « l’innocence en jeu », les avocats se retrouvent dans un conflit d’obligations analogue à la « position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel » décrite dans *Basi*, voire dans une position plus difficile encore. D’une part, leur obligation envers le client leur dictera d’utiliser les renseignements. D’autre part, le privilège relatif aux indicateurs de police leur dictera de garder le silence. Le raisonnement exposé dans l’arrêt *Basi* s’applique donc. Je ne saurais retenir l’argument des policiers selon lequel les restrictions imposées à l’égard de ce qu’ils peuvent dire à leurs avocats mettraient la relation « à rude épreuve » de la manière envisagée dans *Basi*. Ces restrictions, contrairement à celles imposées à l’avocat dans *Basi*, ne créent pas d’obligations légales et professionnelles contradictoires : elles sont en adéquation avec les obligations professionnelles des policiers et elles permettent aux avocats de ces derniers d’assurer leur défense sans crainte de révéler par inadvertance des renseignements protégés que possèdent leurs clients. Il est possible que les restrictions obligent les policiers à faire preuve d’une certaine prudence quant à ce qu’ils révèlent, mais cette attente n’entrave pas de façon appréciable la relation avec leurs avocats.

[45] Plus récemment, dans *Barros*, la Cour a de nouveau examiné et rejeté l’argument selon lequel la défense — et plus particulièrement son mandataire, l’enquêteur — était liée par le privilège relatif aux indicateurs de police :

C’est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu’il incombe de protéger et d’appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police, mais aucune jurisprudence n’a été portée à notre attention où ce devoir aurait été étendu à l’accusé et à ses représentants [. . .] sauf dans le cas exceptionnel de la divulgation par inadvertance au procureur de la défense . . . [par. 37]

[46] Comme les avocats de la défense sont en dehors du cercle du privilège, les policiers ne sauraient

that the risk to the informer posed by disclosure to defence counsel is low. That may well be, as the legal system rightly places great trust in defence counsel. But it represents precisely the sort of “case-by-case” balancing of risks and benefits this Court said was impermissible in *Vancouver Sun*. In all cases where informer privilege applies, disclosure outside the circle requires a showing of “innocence at stake”.

[47] There is no reason that this conclusion should yield to the argument of the police officers that applying the “innocence at stake” paradigm would interfere with what they characterize as their right to “unfettered” communication with counsel. Here, the officers are barred from discussing issues that have not yet been judged to meet the “innocence at stake” standard, the standard that the Court has consistently concluded is the one that strikes an appropriate balance between the right to make full answer and defence and the need to protect confidential informers (*Vancouver Sun*, at para. 28; *Leipert*, at para. 28). In my view, adding to the analysis a consideration of the burden on what the accused can say to his or her lawyer does not change the balance in a meaningful way. The primary purpose of the right to free solicitor-client communication in a criminal proceeding is to permit the accused and counsel to discuss issues that *go to* full answer and defence. In these circumstances, “solicitor-client communication” does not have some independent, intrinsic value over and above its relationship to full answer and defence. Like any other criminal defendant, if it becomes clear that the police officers are at genuine risk of conviction, and that this information needs to be disclosed, they can bring a *McClure* application.

[48] In effect, the police officers are inviting this Court to establish a new exception to informer privilege sourced in the right to solicitor-client privilege.

prétendre que la divulgation des renseignements aux avocats de la défense ne fait courir qu’un faible risque à l’indicateur de police. Cela pourrait certainement être le cas, car le système de justice accorde, et ce, à juste titre, une très grande confiance aux avocats de la défense. Mais il s’agirait précisément du type de mise en balance « au cas par cas » des risques et avantages d’une telle mesure que notre Cour a jugée inadmissible dans *Vancouver Sun*. Dans tous les cas où le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique, la divulgation des renseignements en dehors du cercle requiert la démonstration par l’accusé que son « innocence est en jeu ».

[47] Il n’y a aucune raison pour que cette conclusion cède devant l’argument des policiers selon lequel l’application du paradigme de « l’innocence en jeu » entraverait ce qu’ils appellent leur droit à des communications « illimitées » avec leurs avocats. En l’espèce, les policiers ne peuvent discuter d’aspects qui n’ont pas encore été jugés comme satisfaisant au critère de « l’innocence de l’accusé », critère qui, comme l’a affirmé de façon constante notre Cour, permet d’établir le juste équilibre entre le droit de présenter une défense pleine et entière et la nécessité de protéger les indicateurs anonymes (*Vancouver Sun*, par. 28; *Leipert*, par. 28). À mon avis, ajouter à l’analyse la prise en compte des limites concernant ce que l’accusé peut dire à son avocat ne modifie pas l’équilibre de façon appréciable. L’objet premier du droit des avocats et de leurs clients de communiquer librement dans le cadre d’une instance criminelle est de permettre à l’accusé et à l’avocat de discuter des aspects qui *se rapportent* à une défense pleine et entière. Dans ces circonstances, les « communications avocat-client » n’ont pas de valeur intrinsèque indépendante au-delà de leur rapport avec une défense pleine et entière. Comme c’est le cas pour toute autre personne qui se défend contre des accusations criminelles, s’il devient clair que les policiers risquent véritablement d’être reconnus coupables, et qu’il est nécessaire que les renseignements en question soient divulgués, les policiers peuvent présenter une demande de type *McClure*.

[48] De fait, les policiers invitent la Cour à créer une nouvelle exception au privilège relatif aux indicateurs de police, exception qui tirerait ses origines

I would, with respect, reject that invitation, not only because this Court has made clear that it will not create new *ad hoc* exceptions to informer privilege, but also because the police officers' argument is predicated on a misconception of the right to solicitor-client privilege, and of how it interacts with other legal obligations (in this case, informer privilege). Solicitor-client privilege protects from disclosure and compulsion the accused's communications with counsel, subject to very narrow, limited exceptions (*Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, [2015] 1 S.C.R. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860). It does not, however, provide a licence to the client to communicate information that is otherwise protected from disclosure if it tends to identify a confidential informer. In other words, although solicitor-client privilege provides a near-impenetrable shield for communications with counsel, it is not a sword that can be wielded to pierce informer privilege.

[49] The officers submit that they need to be able to discuss the information in their possession with their lawyers in order to determine whether they should bring a *McClure* application in the first place. But this Court has refused to permit disclosure of privileged information solely for exploratory purposes, absent a showing that disclosure is "absolutely necessary" (see, for example, *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 21). The law does not permit the piercing of informer privilege solely based on the speculative possibility that relevant exculpatory information might be revealed. Nor does it permit disclosure simply because disclosure *might* be helpful to the defence. The standard remains "innocence at stake".

du secret professionnel de l'avocat. Soit dit en tout respect, j'estime qu'il faut décliner cette invitation, non seulement parce que la Cour a clairement indiqué qu'elle ne créerait pas de nouvelles exceptions particulières au privilège de l'indicateur, mais aussi parce que l'argument des policiers repose sur une compréhension erronée du droit au secret professionnel de l'avocat et de la manière dont celui-ci interagit avec d'autres obligations juridiques (en l'espèce le privilège de l'indicateur). Le secret professionnel de l'avocat protège les communications de l'accusé avec son avocat contre la divulgation et l'obligation de production, sous réserve d'exceptions limitées et très étroites (*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 R.C.S. 401; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). Toutefois, cela n'autorise pas le client à communiquer des renseignements par ailleurs protégés contre la divulgation s'ils sont susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur anonyme. Autrement dit, bien que le secret professionnel de l'avocat constitue un bouclier presque impénétrable protégeant les communications avec les avocats, il ne saurait être utilisé comme une épée pour percer une brèche dans le privilège de l'indicateur.

[49] Les policiers font valoir qu'ils doivent être en mesure de discuter des renseignements en leur possession avec leurs avocats afin de déterminer s'ils devraient d'abord présenter une demande de type *McClure*. Mais notre Cour a refusé de permettre la divulgation de renseignements protégés uniquement à des fins exploratoires, en l'absence de démonstration de la « nécessité absolue » de la divulgation (voir, à titre d'exemple, *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 21). Le droit ne permet pas de lever le privilège relatif aux indicateurs de police seulement sur la base d'une possibilité conjecturale que des renseignements susceptibles de disculper l'accusé puissent être révélés. Il ne permet pas non plus la divulgation de renseignements simplement parce qu'ils *pourraient* être utiles à la défense. Le critère demeure celui de « l'innocence en jeu ».

[50] Nor am I persuaded that it would be necessary for the officers to disclose privileged information in order to have the discussions necessary to determine whether to bring a *McClure* application. If an accused officer believes that evidence pertaining to a confidential informer would prove that officer's innocence, he or she could simply advise counsel of this without disclosing any details tending to identify the informer. Then, at the end of the Crown's case, a *McClure* application could proceed, with the trial judge determining the particulars of how each step of that application should unfold.

[51] Requiring the police officers to exercise caution with respect to what information they disclose to their lawyers does not amount to a *per se* interference with their constitutional rights. Police officers bear particular responsibilities by virtue of the positions of power and trust they occupy, including obligations to keep informer-privileged information in the strictest confidence. Neither the right to solicitor-client privilege nor the right to make full answer and defence relieves police officers of those obligations. And, conversely, holding police officers to those obligations does not, in these circumstances, meaningfully interfere with either right. Police officers are expected to know what their obligations and responsibilities are and to act in accordance with them. The law may require them to exercise caution with respect to what information they disclose to their defence lawyers, but it is not an onerous burden on police officers to prohibit them from committing an illegal breach of their obligations to maintain privilege. And it is not, as discussed earlier in these reasons, an impediment to discussing anything genuinely necessary to making full answer and defence.

[52] Moreover, where the officers' obligations bar them from discussing matters with counsel, it is only because they possess information that any other accused person could only obtain after establishing "innocence at stake". Police officers are, when accused of crimes, entitled to expect that they will be

[50] Je ne suis pas non plus convaincue qu'il serait nécessaire que les policiers divulguent des renseignements protégés pour discuter de l'opportunité de présenter une demande de type *McClure*. Si un policier accusé estime que des éléments de preuve se rapportant à un indicateur anonyme établiraient son innocence, il pourrait simplement en informer son avocat sans révéler quelque renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur. Dans ce cas, une fois la preuve de la Couronne close, une demande de type *McClure* pourrait être instruite et le juge du procès déterminerait de quelle façon chaque étape de cette demande devrait se dérouler.

[51] Obliger les policiers à faire montre de prudence à l'égard des renseignements qu'ils divulguent à leurs avocats ne porte pas en soi atteinte aux droits que leur garantit la Constitution. Les policiers ont des responsabilités particulières en raison de la position de pouvoir et de confiance dans laquelle ils se trouvent, y compris l'obligation de protéger de façon stricte la confidentialité des renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs de police. Ni le droit au secret professionnel de l'avocat ni le droit à une défense pleine et entière ne libèrent les policiers de ces obligations. Et, inversement, assujettir les policiers à ces obligations n'a pas pour effet, dans les circonstances, de porter atteinte de façon appréciable à l'un ou l'autre de ces droits. On attend des policiers qu'ils connaissent leurs obligations et responsabilités, et qu'ils agissent en conséquence. Il est possible que le droit les oblige à faire montre de prudence à l'égard des renseignements qu'ils divulguent aux avocats qui les défendent, mais le fait d'empêcher les policiers de commettre une violation illégale de leur obligation d'assurer le maintien du privilège ne leur impose pas un lourd fardeau. Et, comme je l'ai expliqué plus tôt, le respect de cette obligation ne constitue pas un obstacle les empêchant de discuter de tout aspect véritablement nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière.

[52] Qui plus est, lorsque les obligations des policiers les empêchent de discuter de certaines questions avec leurs avocats, c'est uniquement parce qu'ils sont en possession de renseignements que tout autre accusé ne pourrait obtenir qu'après avoir établi que son « innocence est en jeu ». Lorsque des policiers

treated no less fairly than others who are accused and given the full protection of the law. What they are not entitled to expect is that they will be treated better. There is no reason to advantage police officers who, by virtue of their positions of trust, have information that has been confided to them for safekeeping. They hold that information strictly for law enforcement purposes, and may use it only in furtherance of those purposes. It is not their information to exploit for personal juridical gain.

[53] I would therefore allow the appeals and set aside Wedge J.'s declaratory order permitting disclosure of informer-privileged information. The Crown's request for an order pursuant to s. 37(6) of the *Canada Evidence Act* prohibiting the police officers from disclosing informer-privileged information to their counsel, subject to a successful "innocence at stake" application, is granted.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Her Majesty The Queen: Considine & Company, Victoria; Marshall & Massey, Victoria.

Solicitors for the appellant Person A: Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Solicitor for the appellants Superintendent Gary Shinkaruk and the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent Derek Brassington: Donaldson's, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondent David Attew: Michael Klein Law Corporation, Vancouver.

sont accusés de crimes, ils sont en droit de s'attendre à être traités non moins équitablement que les autres accusés et à bénéficier de l'entière protection de la loi. Ce à quoi ils ne peuvent s'attendre, toutefois, c'est à être traités plus favorablement que les autres accusés. Aucune raison ne justifie d'avantager des policiers qui, du fait de leur position de confiance, disposent de renseignements qui leur ont été confiés à titre confidentiel. Ils détiennent ces renseignements strictement afin de faire respecter la loi, et ils ne peuvent les utiliser qu'à cette fin. Ce ne sont pas des renseignements qu'ils peuvent exploiter pour obtenir un avantage personnel sur le plan juridique.

[53] J'accueillerais donc les pourvois et j'annulerais l'ordonnance déclaratoire de la juge Wedge permettant la divulgation des renseignements protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police. La demande qu'a présentée la Couronne, en vertu du par. 37(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant aux policiers de divulguer à leurs avocats des renseignements protégés par le privilège de l'indicateur, à moins qu'ils ne présentent avec succès une demande fondée sur l'exception relative à « l'innocence en jeu », est accueillie.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelante Sa Majesté la Reine : Considine & Company, Victoria; Marshall & Massey, Victoria.

Procureurs de l'appelante Personne A : Ritchie Sandford McGowan, Vancouver.

Procureur des appelants Surintendant Gary Shinkaruk et le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimé Derek Brassington : Donaldson's, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa; Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs de l'intimé David Attew : Michael Klein Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Paul Johnston: Bolton Law, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Paul Johnston : Bolton Law, Vancouver.

Solicitors for the respondent Danny Michaud: Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Danny Michaud : Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Henein Hutchison, Toronto; Cooper Jørgensen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Henein Hutchison, Toronto; Cooper Jørgensen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Martland & Saulnier, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Martland & Saulnier, Vancouver.

Rogers Communications Inc. *Appellant*

v.

Voltage Pictures, LLC, Cobbler Nevada, LLC, PTG Nevada, LLC, Clear Skies Nevada, LLC, Glacier Entertainment S.A.R.L. of Luxemburg, Glacier Films 1, LLC and Fathers & Daughters Nevada, LLC
Respondents

and

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc. *Interveners*

INDEXED AS: ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. VOLTAGE PICTURES, LLC

2018 SCC 38

File No.: 37679.

2018: April 26; 2018: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Norwich order — Costs of compliance — Copyright owners obtaining Norwich order compelling Internet service provider to disclose identity of person suspected of infringing owners' copyright — Owners seeking not to pay costs of disclosure based on provision in statutory notice and notice copyright regime prohibiting Internet service provider from seeking costs for complying with obligations under regime — Whether steps taken by Internet service provider to comply with Norwich order overlap with its

Rogers Communications Inc. *Appelante*

c.

Voltage Pictures, LLC, Cobbler Nevada, LLC, PTG Nevada, LLC, Clear Skies Nevada, LLC, Glacier Entertainment S.A.R.L. of Luxemburg, Glacier Films 1, LLC et Fathers & Daughters Nevada, LLC *Intimées*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Bell Canada Inc., Consortium des Opérateurs de Réseaux Canadiens Inc., Cogeco Inc., Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. et Xplornet Communications Inc.
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. VOLTAGE PICTURES, LLC

2018 CSC 38

N° du greffe : 37679.

2018 : 26 avril; 2018 : 14 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Ordonnance de type Norwich — Coûts occasionnés en vue de la conformité — Obtention par des titulaires de droits d'auteur d'une ordonnance de type Norwich obligeant un fournisseur de services Internet à communiquer l'identité d'une personne qui aurait violé leur droit — Titulaires de droits d'auteur demandant de ne pas payer les coûts relatifs à la communication sur le fondement d'une disposition du régime législatif d'avis et avis interdisant aux fournisseurs de services Internet de demander

statutory obligations — Whether overlap, if any, impacts Internet service provider’s ability to recover reasonable costs of compliance with Norwich order — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 41.25, 41.26.

The respondents are film production companies that allege that their copyrights have been infringed online by unidentified Internet subscribers who have shared their films using peer to peer file sharing networks. They sued one such unknown person and brought a motion for a *Norwich* order to compel his Internet service provider (“ISP”), Rogers, to disclose his contact and personal information. The respondents sought that the disclosure order be made without fees or disbursements payable to Rogers, relying on ss. 41.25 and 41.26 of the *Copyright Act*. These provisions, referred to as the “notice and notice” regime, require that an ISP, upon receiving notice from a copyright owner that a person at a certain IP address has infringed the owner’s copyright, forward that notice of claimed infringement to the person to whom the IP address was assigned. They also prohibit ISPs from charging a fee for complying with their obligations under the regime.

The motion judge granted the *Norwich* order and allowed Rogers to recover the costs of all steps that were necessary to comply with it. He found that while the statutory notice and notice regime regulates the process by which notice of claimed copyright infringement is provided to an ISP and an Internet subscriber, as well as the retention of records relating to that notice, it does not regulate an ISP’s disclosure of a subscriber’s identity to a copyright owner. The Federal Court of Appeal agreed with the motion judge that the statutory notice and notice regime does not regulate the disclosure of a person’s identity from an ISP’s records, but it confined Rogers’ recovery to the costs of complying with the *Norwich* order that did not overlap with the steps that formed part of Rogers’ implicit obligations under the statutory regime. Rogers appealed.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the motion judge to determine the quantum of

des droits pour les coûts occasionnés par la conformité aux obligations dans le cadre de ce régime — Les mesures prises par le fournisseur de services Internet pour se conformer à l’ordonnance de type Norwich chevauchent-elles ses obligations légales? — Un tel chevauchement, s’il en est, a-t-il une incidence sur la capacité du fournisseur de services Internet de recouvrer les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l’ordonnance de type Norwich? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 41.25, 41.26.

Les intimées sont des sociétés de production cinématographique qui allèguent que leurs droits d’auteur ont été violés en ligne par des abonnés à Internet non identifiés qui ont partagé leurs films à l’aide de réseaux de partage de fichiers poste à poste. Elles ont poursuivi l’un de ces inconnus et ont présenté une requête en vue d’obtenir une ordonnance de type *Norwich* pour obliger son fournisseur de services Internet (« FSI »), Rogers, à leur communiquer les coordonnées et les renseignements personnels de cet inconnu. Les intimées ont demandé que l’ordonnance de communication soit rendue sans aucun droit à payer à Rogers sur le fondement des art. 41.25 et 41.26 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Ces dispositions, appelées régime d’« avis et avis », prévoient que le FSI doit, à la réception d’un avis envoyé par le titulaire du droit d’auteur dans lequel il affirme qu’une personne à une certaine adresse IP a violé son droit d’auteur, transmettre cet avis de prétendue violation à la personne à qui appartient l’adresse IP. Elles interdisent également aux FSI d’exiger des droits pour se conformer aux obligations que leur impose le régime.

Le juge des requêtes a accordé l’ordonnance de type *Norwich* et a autorisé Rogers à recouvrer les coûts de toutes les mesures qui étaient nécessaires pour se conformer à celle-ci. Il a conclu que bien que le régime législatif d’avis et avis réglemente le processus par lequel un avis de prétendue violation du droit d’auteur est donné tant à un FSI qu’à un abonné à Internet, ainsi que la conservation d’un registre concernant cet avis, il ne réglemente pas la communication par le FSI de l’identité d’un abonné au titulaire du droit d’auteur. La Cour d’appel fédérale a convenu avec le juge des requêtes que le régime législatif d’avis et avis ne régit pas la communication de l’identité d’une personne à partir du registre d’un FSI, mais elle a limité le recouvrement de Rogers aux coûts occasionnés pour se conformer à l’ordonnance de type *Norwich* qui ne chevauchent pas les mesures faisant partie des obligations implicites de Rogers dans le cadre du régime législatif. Rogers a porté cette décision en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’affaire est renvoyée au juge des requêtes afin qu’il établisse le montant auquel

Rogers' entitlement to its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: An ISP can recover its costs of compliance with a *Norwich* order, but it is not entitled to be compensated for every cost that it incurs in complying with such an order. Recoverable costs must be reasonable and must arise from compliance with the *Norwich* order. Where costs should have been borne by an ISP in performing its statutory obligations under the notice and notice regime, these costs cannot be characterized as either reasonable or as arising from compliance with a *Norwich* order, and cannot be recovered.

The notice and notice regime was enacted to serve two complementary purposes: to deter online copyright infringement and to balance the rights of interested parties including copyright owners, Internet users and Internet intermediaries such as ISPs. It was not intended to embody a comprehensive framework by which instances of online infringement could be eliminated altogether, and it does not go so far as requiring an ISP to disclose the identity of a person who has received notice to a copyright owner. Therefore, an owner who wishes to sue a person alleged to have infringed copyright online must proceed outside the notice and notice regime and obtain a *Norwich* order to compel the ISP to disclose that person's identity. The statutory notice and notice regime has not displaced this requirement, but operates in tandem with it.

Similarly, the notice and notice regime has not displaced the copyright owner's burden, at common law, of bearing the ISP's reasonable costs of compliance with the *Norwich* order. However, the statutory regime prohibits an ISP from charging a fee for performing any of its obligations arising under the regime. Accordingly, an ISP should not be permitted to recover the cost of carrying out any of the obligations, express or implicit, that will have arisen under the regime, even if it carries out the obligations only after having been served with a *Norwich* order. Otherwise, the distribution of financial burden which Parliament decided upon would be undermined by imposing upon copyright owners an obligation which was specifically allocated to ISPs in the notice and notice regime.

a droit Rogers quant aux coûts raisonnables qu'elle a occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Un FSI peut recouvrer les coûts occasionnés pour se conformer à une ordonnance de type *Norwich*, mais il ne peut être indemnisé pour chacun des coûts qu'il supporte en vue de se conformer à une telle ordonnance. Les coûts recouvrables doivent être raisonnables et découler de la conformité à l'ordonnance de type *Norwich*. Lorsque les coûts auraient dû être supportés par le FSI dans l'exécution de ses obligations légales dans le cadre du régime d'avis et avis, ces coûts ne peuvent être considérés comme raisonnables ou comme découlant de la conformité à une ordonnance de type *Norwich*, et ne peuvent être recouverts.

Le régime d'avis et avis a été adopté afin de réaliser deux objectifs complémentaires : dissuader la violation en ligne du droit d'auteur, et établir un équilibre entre les droits des parties intéressées, y compris les titulaires de droits d'auteur, les internautes et les intermédiaires de l'Internet comme les FSI. Il n'avait pas pour but d'établir un cadre exhaustif au moyen duquel les cas de violation en ligne du droit d'auteur pourraient être totalement éliminés, et il ne va pas jusqu'à exiger que le FSI révèle au titulaire du droit d'auteur l'identité d'une personne qui a reçu un avis. En conséquence, le titulaire qui souhaite poursuivre une personne qui aurait violé son droit d'auteur en ligne doit prendre des mesures à l'extérieur du régime d'avis et avis et obtenir une ordonnance de type *Norwich* pour obliger le FSI à lui communiquer l'identité de cette personne. Le régime législatif d'avis et avis n'a pas écarté cette exigence; il fonctionne de concert avec elle.

De même, le régime d'avis et avis n'a pas écarté le fardeau du titulaire du droit d'auteur, en common law, de supporter les coûts raisonnables occasionnés par le FSI pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*. Cependant, le régime législatif interdit au FSI d'exiger des droits pour l'exécution de l'une ou l'autre de ses obligations découlant du régime. En conséquence, un FSI ne devrait pas être autorisé à recouvrer le coût des mesures prises pour l'exécution de l'une ou l'autre des obligations, expresses ou implicites, qui ont déjà pris naissance sous le régime, même lorsqu'il s'acquitte de ses obligations seulement après avoir reçu signification d'une ordonnance de type *Norwich*. Autrement, la répartition du fardeau financier qu'a établie le Parlement serait minée puisque cela aurait pour effet d'imposer aux titulaires de droits d'auteur une obligation qui a été spécifiquement attribuée aux FSI dans le cadre du régime d'avis et avis.

The three express obligations contained in ss. 41.26(1)(a) and 41.26(1)(b) of the *Copyright Act* carry with them several implicit obligations that an ISP must satisfy under the notice and notice regime. Since these implicit obligations are steps which are necessary to see that those express statutory obligations are discharged, an ISP will not be permitted to recover costs at the stage of complying with a *Norwich* order. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires an ISP to determine, for the purpose of forwarding notice electronically, the person to whom the IP address belonged. It also requires an ISP to take whatever steps that are necessary to verify that it has done so accurately. Similarly, the records that an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be accurate. Any steps which are necessary to verify the accuracy of those records therefore form part of an ISP's obligations.

However, there is a distinction between an ISP's obligation under the notice and notice regime to ensure the accuracy of its records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined, and an ISP's obligation under a *Norwich* order to actually identify a person from its records. While the records an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be kept in a form and manner that allows an ISP to identify the name and address of the person to whom notice is forwarded under s. 41.26(1)(a), s. 41.26(1)(b) does not require that they be kept in a form and manner which would permit a copyright owner or a court to do so. The copyright owner would, however, be entitled to receive that information from an ISP under the terms of a *Norwich* order — which process falls outside the ISP's obligations under the notice and notice regime. As such, an ISP is entitled to the reasonable costs of steps that are necessary to discern a person's identity from the accurate records retained under s. 41.26(1)(b).

Given the statutory prohibition on the recovery of costs arising from the notice and notice regime, motion judges should carefully review an ISP's evidence when assessing costs of compliance with a *Norwich* order, to determine whether an ISP's proposed fee is reasonable, in light of its obligations under the notice and notice regime. In the instant case, Rogers is entitled to its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order. However, the motion judge failed to interpret the full scope of an ISP's obligations under s. 41.26(1) and failed to consider whether any of the eight steps in Rogers' manual process to disclose the identity of one of its subscribers overlap with Rogers' statutory obligations for which it was not entitled to reimbursement. Since it is impossible on the record to

Les trois obligations expresses énoncées aux al. 41.26(1)a et b) de la *Loi sur le droit d'auteur* comportent plusieurs obligations implicites dont le FSI doit s'acquitter dans le cadre du régime d'avis et avis. Puisque ces obligations implicites sont des mesures nécessaires pour que ces obligations légales expresses soient remplies, le FSI ne sera pas autorisé à recouvrer les coûts à l'étape de la conformité à l'ordonnance de type *Norwich*. Plus précisément, l'al. 41.26(1)a exige que le FSI établisse, aux fins de la transmission d'un avis par voie électronique, l'identité de la personne à qui appartenait l'adresse IP. Il exige également que le FSI prenne toutes les mesures nécessaires pour vérifier qu'il l'a fait correctement. De même, le registre que le FSI doit conserver aux termes de l'al. 41.26(1)b doit être exact. Toute mesure nécessaire pour la vérification de l'exactitude de ce registre fait donc partie des obligations du FSI.

Toutefois, il existe une distinction entre l'obligation du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis d'assurer l'exactitude de son registre permettant d'identifier le propriétaire d'une adresse IP, et son obligation, aux termes d'une ordonnance de type *Norwich*, d'identifier effectivement une personne à partir de son registre. Bien que le registre que le FSI doit conserver aux termes de l'al. 41.26(1)b doive l'être sous une forme et d'une manière permettant à un FSI d'établir le nom et l'adresse de la personne à qui l'avis est transmis aux termes de l'al. 41.26(1)a, l'al. 41.26(1)b n'exige pas qu'il soit conservé sous une forme et d'une manière qui permettrait à un titulaire de droit d'auteur ou à un tribunal de le faire. Le titulaire du droit d'auteur serait toutefois autorisé à recevoir ces renseignements du FSI aux termes d'une ordonnance de type *Norwich*, dont le processus ne relève pas des obligations du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis. Un FSI a donc droit aux coûts raisonnables des mesures nécessaires pour discerner l'identité d'une personne à partir du registre exact conservé au titre de l'al. 41.26(1)b.

Étant donné l'interdiction légale relative au recouvrement des coûts découlant du régime d'avis et avis, les juges des requêtes devraient examiner attentivement la preuve du FSI lorsqu'ils évaluent les coûts occasionnés par le FSI pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*, afin de décider si les droits qu'il propose sont raisonnables, à la lumière des obligations qui lui incombent dans le cadre du régime d'avis et avis. Dans le cas présent, Rogers a droit aux coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*. Cependant, le juge des requêtes a omis de déterminer la pleine portée des obligations du FSI aux termes du par. 41.26(1), et a omis de se demander si l'une ou l'autre des huit étapes du processus manuel qu'entreprend Rogers lorsqu'elle

determine Rogers' reasonable costs of compliance, the matter should be returned to the motion judge.

Per Côté J.: There is agreement with the majority that the appeal should be allowed. However, there is disagreement with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the *Copyright Act* categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a *Norwich* order is received and then seeking compensation for that work.

Taken together, s. 41.26(1)(a) and (b) make clear that an ISP need not actually determine the identity of an alleged infringer. Thus, any work required to determine an alleged infringer's identity and to disclose that identity pursuant to a *Norwich* order is not subsumed within the notice and notice regime and can therefore be subject to compensation in accordance with the common law. The common law *Norwich* regime permits an ISP to be compensated for reasonable costs of compliance.

None of the eight steps that Rogers undertakes in response to a *Norwich* order is supplanted by the notice and notice regime, since they do not involve verifying the accuracy of records which it was required by s. 41.26(1) to retain. Rather, Rogers follows this process in order to determine and verify the identity of an alleged copyright infringer (which it does not already know) based on those records. Assuming that this eight-step process is otherwise reasonable, Rogers is thus entitled to full compensation for the steps it takes to identify an account holder and to disclose that information to a copyright claimant.

There is also disagreement with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the *Copyright Act* categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a *Norwich* order is received and then seeking compensation for that work, for two reasons. First, customer information can change over time, and a *Norwich* order may be received well after the notice of infringement is first sent to the account holder. The accuracy of that information must still be verified at the time the account holder's identity is requested by the copyright holder, since it is the account holder's current identifying information that a claimant must obtain in order to

doit communiquer l'identité de l'un de ses abonnés che-vauche les obligations légales de Rogers pour lesquelles elle n'avait pas droit à un remboursement. Puisqu'il est impossible, au vu du présent dossier, de déterminer les coûts raisonnables occasionnés par Rogers pour se conformer à l'ordonnance, l'affaire devrait être renvoyée au juge des requêtes.

La juge Côté : Il y a accord avec les juges majoritaires pour accueillir le pourvoi. Cependant, il y a désaccord avec la proposition voulant que toute obligation implicite découlant du par. 41.26(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* empêche catégoriquement un FSI de vérifier certains éléments de son registre au moment où il reçoit l'ordonnance de type *Norwich* et de demander une indemnisation pour ces travaux.

Ensemble, les al. 41.26(1)a) et b) indiquent clairement que le FSI n'est pas tenu d'établir l'identité de la personne qui aurait violé le droit d'auteur. En conséquence, le travail nécessaire pour établir l'identité de la personne qui aurait violé le droit d'auteur et pour communiquer cette identité conformément à une ordonnance de type *Norwich* n'est pas inclus dans le régime d'avis et avis, et peut donc faire l'objet d'une indemnisation en application de la common law. Le régime de common law établi dans *Norwich* permet aux FSI d'être indemnisés pour les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance.

Aucune des huit étapes que suit Rogers en réponse à une ordonnance de type *Norwich* n'est supplantée par le régime d'avis et avis, puisqu'elles ne comportent pas la vérification de l'exactitude du registre que Rogers est tenue de conserver aux termes du par. 41.26(1). Rogers suit plutôt ce processus afin d'établir et de vérifier l'identité de la personne qui aurait violé le droit d'auteur (qu'elle ne connaît pas déjà) en fonction de ce registre. Si l'on suppose que ce processus en huit étapes est par ailleurs raisonnable, Rogers a droit à la pleine indemnisation pour les étapes qu'elle suit afin d'identifier un titulaire de compte et de communiquer son identité au titulaire du droit d'auteur.

Il y a aussi désaccord avec la proposition voulant que toute obligation implicite découlant du par. 41.26(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* empêche catégoriquement un FSI de vérifier certains éléments de son registre au moment où il reçoit l'ordonnance de type *Norwich* et de demander une indemnisation pour ces travaux pour deux raisons. Tout d'abord, les renseignements relatifs aux clients peuvent changer au fil du temps, et une ordonnance de type *Norwich* peut être reçue bien après l'envoi initial de l'avis de violation au titulaire de compte. Il demeure nécessaire de vérifier l'exactitude de ces renseignements au moment où le titulaire du droit d'auteur demande

initiate a legal proceeding for copyright infringement, not the identifying information as it may have existed when the notice was first sent. Second, it is possible that not all infringement notices are sent to the correct account holder in accordance with s. 41.26(1)(a). Therefore, and even if some steps in Rogers' *Norwich* process could be characterized as verifying pre-existing information or records, there is no irresistible clearness in the *Copyright Act* to justify displacing a sensible approach as to what is reasonable on the basis of a purported implied obligation in s. 41.26(1). In these circumstances, there may be good justifications for Rogers to conduct more vigorous verifications. That said, judges are empowered to deny the costs of verifications by an ISP that are unnecessarily extensive or duplicative.

In the case at bar, the motion judge did not make an independent finding as to the reasonableness of Rogers' eight-step process. Accordingly, this matter should be remitted for such a determination.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439; *Alberta (Treasury Branches) v. Leahy*, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, aff'd 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63; *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81; *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2004 FC 488, [2004] 3 F.C.R. 241; *Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2015 FC 1364; *Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2014 FC 161, [2015] 2 F.C.R. 540; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259.

l'identité du titulaire de compte, puisque ce sont les renseignements actuels permettant l'identification du titulaire de compte dont le demandeur a besoin afin d'intenter une action pour violation du droit d'auteur, et non les renseignements d'identification qui existaient quand l'avis automatisé de violation a été envoyé. Ensuite, il est possible que les avis de violation ne soient pas tous envoyés au bon titulaire de compte conformément à l'al. 41.26(1)a). En conséquence, et même si certaines étapes du processus de Rogers relatif aux ordonnances de type *Norwich* pouvaient être qualifiées de vérifications des renseignements ou registres préexistants, rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne justifie de façon incontestablement claire qu'une démarche sensée pour établir ce qui est raisonnable soit écartée sur le fondement d'une obligation implicite qui découlerait du par. 41.26(1). Dans ces circonstances, il pourrait être justifié que Rogers effectue des vérifications plus rigoureuses. Cela dit, les juges ont le pouvoir de refuser le remboursement des coûts de ces vérifications si le FSI procède inutilement à des vérifications approfondies ou redondantes.

Dans la présente affaire, le juge des requêtes n'a pas tiré une conclusion indépendante quant au caractère raisonnable du processus en huit étapes de Rogers. En conséquence, la présente affaire devrait être renvoyée au juge des requêtes pour qu'il prenne une telle décision.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Glaxo Wellcome PLC c. M.R.N.*, [1998] 4 C.F. 439; *Alberta (Treasury Branches) c. Leahy*, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, conf. par 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63; *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, [2005] 4 R.C.F. 81; *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2004 CF 488, [2004] 3 R.C.F. 241; *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2015 CF 1364; *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2014 CF 161, [2015] 2 R.C.F. 540; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2011 CF 1024; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Cartier International AG c. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259.

By Côté J.

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Norwich Pharmaceutical Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 27(2.3), 31.1, Part IV, 41.25, 41.26.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary, preamble.
Digital Millennium Copyright Act (1998), 17 U.S.C. § 512.
 Order Fixing the Day that is Six Months after the Day on which this Order is published as the Day on which Certain Provisions of the Copyright Act Come into Force, SI/2014-58, and Explanatory Note, *Canada Gazette*, Part II, vol. 148, No. 14, July 2, 2014, pp. 2121-23.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 31, 1st Sess., 41st Parl., October 18, 2011, pp. 2107, 2109.
 Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-32. *Evidence*, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., March 22, 2011, pp. 1, 10.
 Canada. Office of Consumer Affairs. *Notice and Notice Regime* (online: <https://ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/eng/ca02920.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_1_eng.pdf).
 Electronic Frontier Foundation. *Comments of Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study*, submitted by Corynne McSherry and Kit Walsh, April 1, 2016 (online: <https://www.eff.org/document/eff-512-study-comments>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_2_eng.pdf).
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “retain”.
 Seltzer, Wendy. “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment” (2010), 24 *Harv. J.L. & Tech.* 171.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Urban, Jennifer M., Joe Karaganis and Brianna L. Schofield. *Notice and Takedown in Everyday Practice*, March 2017 (online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628; archived version:

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Norwich Pharmaceutical Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Glaxo Wellcome PLC c. M.N.R.*, [1998] 4 C.F. 439; *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157.

Lois et règlements cités

Décret fixant à la date qui tombe six mois après la date de publication du présent décret la date d’entrée en vigueur de certaines dispositions de la Loi sur le droit d’auteur, TR/2014-58, et note explicative, *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 148, n° 14, 2 juillet 2014, p. 2121-2123.
Digital Millennium Copyright Act (1998), 17 U.S.C. § 512.
Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire, préambule.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 27(2.3), 31.1, partie IV, 41.25, 41.26.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Bureau de la consommation. *Le régime d’avis et avis* (en ligne : <https://ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/ca02920.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_1_fra.pdf).
 Canada. Chambre des communes. Comité législatif chargé du projet de loi C-32. *Témoignages*, n° 19, 3^e sess., 40^e lég., 22 mars 2011, p. 1, 10.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 31, 1^{re} sess., 41^e lég., 18 octobre 2011, p. 2107, 2109.
 Electronic Frontier Foundation. *Comments of Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study*, submitted by Corynne McSherry and Kit Walsh, April 1, 2016 (en ligne : <https://www.eff.org/document/eff-512-study-comments>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_2_eng.pdf).
Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « retain ».
 Seltzer, Wendy. « Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment » (2010), 24 *Harv. J.L. & Tech.* 171.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Urban, Jennifer M., Joe Karaganis and Brianna L. Schofield. *Notice and Takedown in Everyday Practice*, March 2017 (en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628; version archivée :

https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_3_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Stratas, Gleason and Woods J.J.A.), 2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339, 410 D.L.R. (4th) 602, [2017] F.C.J. No. 477 (QL), 2017 CarswellNat 2130 (WL Can.), setting aside the order of Boswell J., 2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136, [2016] F.C.J. No. 901 (QL), 2016 CarswellNat 3745 (WL Can.). Appeal allowed.

Andrew Bernstein, James Gotowiec and Nic Wall, for the appellant.

Kenneth Clark, Patrick Copeland and Paul McCallen, for the respondents.

Jeremy de Beer and Bram Abramson, for the interveners the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Gerald Kerr-Wilson, Ariel Thomas and Christopher Ferguson, for the interveners Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin J.J. was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] Online infringement of copyright has become commonplace. Using peer to peer file sharing networks, Internet subscribers can download copyrighted content such as films and music, while simultaneously uploading that content for download by others who are thereby able to do the same. Through this concurrent downloading and uploading, peer to peer networks facilitate the rapid sharing of copyrighted content with multiple Internet

https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_3_eng.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Stratas, Gleason et Woods), 2017 CAF 97, 146 C.P.R. (4th) 339, 410 D.L.R. (4th) 602, [2017] A.C.F. n° 477 (QL), 2017 CarswellNat 8731 (WL Can.), qui a annulé l'ordonnance du juge Boswell, 2016 CF 881, 141 C.P.R. (4th) 136, [2016] A.C.F. n° 901 (QL), 2016 CarswellNat 8156 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Andrew Bernstein, James Gotowiec et Nic Wall, pour l'appelante.

Kenneth Clark, Patrick Copeland et Paul McCallen, pour les intimées.

Jeremy de Beer et Bram Abramson, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Gerald Kerr-Wilson, Ariel Thomas et Christopher Ferguson, pour les intervenantes Bell Canada Inc., Consortium des Opérateurs de Réseaux Canadiens Inc., Cogeco Inc., Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. et Xplornet Communications Inc.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] La violation en ligne du droit d'auteur est devenue monnaie courante. À l'aide de réseaux de partage de fichiers poste à poste, les abonnés à Internet peuvent télécharger du contenu protégé par le droit d'auteur, comme des films et de la musique, tout en téléversant simultanément ce contenu en vue du téléchargement par d'autres personnes, qui peuvent ainsi faire de même. Grâce à ces téléchargements et téléversements simultanés, les réseaux poste à poste

subscribers simultaneously. And, due to the anonymity of the Internet, the identity of Internet subscribers who participate in this illegal sharing of copyrighted content is concealed from copyright owners.

[2] In 2009, the Government of Canada launched a consultation on copyright modernization to address the issue of online copyright infringement. It heard both from copyright owners who demanded a way to discourage online copyright infringement, and consumers who requested a method to determine if they, or someone using their Internet Protocol (“IP”) address, could be infringing copyright.

[3] Parliament responded to both sets of concerns by enacting the “notice and notice” regime contained within ss. 41.25 and 41.26 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 — which regime was brought into force on January 2, 2015. Now, when a copyright owner gives notice to an Internet service provider (“ISP”) claiming that a person at a certain IP address has infringed the owner’s copyright, the ISP must forward that notice of claimed infringement to the person to whom the IP address (being “the electronic location identified by the location data specified in the notice” (s. 41.26(1)(a)) was assigned. While this regime is intended to deter the continued infringement of copyright online, it only goes so far. In particular, it does not require an ISP to disclose the identity of a person who has received notice to a copyright owner. For a copyright owner to obtain that person’s identity, the owner must proceed outside the regime — specifically, by obtaining a *Norwich* order compelling the ISP to disclose it (see *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.)).

[4] This appeal requires this Court to consider who bears the ISP’s “reasonable costs of compliance” with such a *Norwich* order. At common law, that burden rests with the copyright owner. In enacting the

facilitent le partage rapide du contenu protégé par le droit d’auteur avec de multiples abonnés à Internet en même temps. En outre, en raison de l’anonymat d’Internet, les titulaires de droits d’auteur n’ont pas accès à l’identité des abonnés qui participent à ce partage illégal de contenu protégé.

[2] En 2009, le gouvernement du Canada a lancé une consultation sur la modernisation du droit d’auteur dans le but de prendre des mesures contre la violation en ligne de ce droit. Il a entendu à la fois les titulaires de droits d’auteur qui exigeaient qu’un moyen de décourager la violation en ligne de leurs droits soit mis en place, et les consommateurs qui demandaient de pouvoir disposer d’une mesure pour savoir si eux-mêmes, ou quelqu’un utilisant leur adresse de protocole Internet (« IP »), violent le droit d’auteur.

[3] Le Parlement a répondu à ces deux préoccupations en adoptant le régime d’« avis et avis » qui se retrouve aux art. 41.25 et 41.26 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, qui est entré en vigueur le 2 janvier 2015. Maintenant, lorsque le titulaire du droit d’auteur donne un avis à un fournisseur de services Internet (« FSI ») dans lequel il affirme qu’une personne à une certaine adresse IP a violé son droit d’auteur, le FSI doit transmettre cet avis de prétendue violation à la personne à qui appartient l’adresse IP (soit « l’emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l’avis » (al. 41.26(1)a)). Même si ce régime vise à décourager la violation continue en ligne du droit d’auteur, il ne va pas plus loin. En particulier, il n’exige pas que le FSI révèle au titulaire du droit d’auteur l’identité d’une personne qui a reçu un avis. Pour que le titulaire du droit d’auteur puisse obtenir l’identité de cette personne, il doit prendre des mesures à l’extérieur du régime — plus précisément, obtenir une ordonnance de type *Norwich* obligeant le FSI à la révéler (voir *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.)).

[4] Le présent pourvoi oblige la Cour à se demander qui supporte les « coûts raisonnables occasionnés en vue de la conformité » du FSI à une telle ordonnance de type *Norwich*. En common law, ce fardeau

notice and notice regime, however, Parliament prohibited ISPs from charging a fee for complying with their obligations under the regime (except, as I shall explain, where the Minister has fixed a maximum fee by regulation, which has not occurred to date). This leaves open the question of whether, if any of the steps taken by an ISP to comply with a *Norwich* order overlap with an ISP's obligations under the notice and notice regime, the ISP can recover the costs of such duplicative steps as part of its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

[5] The respondents to this appeal (collectively “Voltage”) are film production companies that allege that their copyrights have been infringed online. Specifically, Voltage says that thousands of Internet subscribers whom it cannot identify have, in contravention of the Act, shared its films over the Internet using peer to peer file sharing networks. Voltage sued one such unknown person, “John Doe”, alleging breach of copyright in relation to the concurrent downloading and uploading of a number of films on various dates. Ultimately, Voltage says, it intends to have its action against John Doe certified as a so-called “reverse” class action against approximately 55,000 persons whose identities are currently unknown but who Voltage says have similarly infringed its copyright. To this end, Voltage brought a motion for a *Norwich* order compelling John Doe's ISP, Rogers Communications Inc., to disclose “any and all [of John Doe's] contact and personal information” (A.R., at p. 48). Voltage also sought that the disclosure order be made with “no fees or disbursements payable” to Rogers “pursuant to [ss. 41.25 and 41.26 of the Act]” (A.R., at pp. 48-49).

incombe au titulaire du droit d'auteur. En adoptant le régime d'avis et avis, le Parlement a toutefois interdit aux FSI d'exiger des droits pour se conformer aux obligations que leur impose le régime (sauf, comme je l'expliquerai, lorsque le ministre fixe, par règlement, le montant maximal des droits, ce qui ne s'est pas produit à ce jour). Cela laisse sans réponse la question de savoir si, dans le cas où certaines des mesures prises par un FSI pour se conformer à une ordonnance de type *Norwich* chevaucheraient ses obligations dans le cadre du régime d'avis et d'avis, ce FSI pourrait recouvrer les coûts de ces mesures qui font double emploi à même ses coûts raisonnables de conformité à l'ordonnance de type *Norwich*.

II. Aperçu des faits et de l'instance

A. *Contexte*

[5] Les intimées dans le présent pourvoi (collectivement « Voltage ») sont des sociétés de production cinématographique qui allèguent que leurs droits d'auteur ont été violés en ligne. Plus précisément, Voltage affirme que des milliers d'abonnés à Internet qu'elle ne peut identifier ont, en contravention de la Loi, partagé ses films sur Internet à l'aide de réseaux de partage de fichiers poste à poste. Voltage a poursuivi l'un de ces inconnus, « M. Untel », pour une prétendue violation du droit d'auteur relativement au téléchargement et au téléversement simultanés de plusieurs films à diverses dates. Voltage affirme qu'elle a ultimement l'intention de faire certifier son action contre M. Untel en tant que recours collectif « inversé » contre environ 55 000 personnes dont l'identité est actuellement inconnue, mais qui, selon Voltage, ont violé de façon similaire son droit d'auteur. À cette fin, Voltage a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance de type *Norwich* obligeant le FSI de M. Untel, Rogers Communications Inc., à lui communiquer [TRADUCTION] « toutes les coordonnées et tous les renseignements personnels [de M. Untel] » (d.a., p. 48). Voltage a également demandé que l'ordonnance de communication soit rendue sans « aucun droit à payer » à Rogers « conformément aux [art. 41.25 et 41.26 de la Loi] » (d.a., p. 48-49).

[6] Sections 41.25 and 41.26 of the Act describe the provision of notice of a claimed copyright infringement as occurring in two steps. First, a copyright owner must send a notice of a claimed infringement to an ISP such as Rogers. This step is prescribed by s. 41.25:

Notice of claimed infringement

41.25 (1) An owner of the copyright in a work or other subject-matter may send a notice of claimed infringement to a person who provides

- (a) the means, in the course of providing services related to the operation of the Internet or another digital network, of telecommunication through which the electronic location that is the subject of the claim of infringement is connected to the Internet or another digital network;
- (b) for the purpose set out in subsection 31.1(4), the digital memory that is used for the electronic location to which the claim of infringement relates; or
- (c) an information location tool as defined in subsection 41.27(5).

Form and content of notice

(2) A notice of claimed infringement shall be in writing in the form, if any, prescribed by regulation and shall

- (a) state the claimant's name and address and any other particulars prescribed by regulation that enable communication with the claimant;
- (b) identify the work or other subject-matter to which the claimed infringement relates;
- (c) state the claimant's interest or right with respect to the copyright in the work or other subject-matter;
- (d) specify the location data for the electronic location to which the claimed infringement relates;
- (e) specify the infringement that is claimed;
- (f) specify the date and time of the commission of the claimed infringement; and

[6] Selon la description que donnent les art. 41.25 et 41.26 de la Loi, l'envoi d'un avis de prétendue violation du droit d'auteur comporte deux étapes. Premièrement, le titulaire du droit d'auteur doit envoyer un avis de prétendue violation à un FSI, comme Rogers. Cette étape est prescrite par l'art. 41.25 :

Avis de prétendue violation

41.25 (1) Le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur peut envoyer un avis de prétendue violation à la personne qui fournit, selon le cas :

- a) dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, les moyens de télécommunication par lesquels l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation est connecté à Internet ou à tout autre réseau numérique;
- b) en vue du stockage visé au paragraphe 31.1(4), la mémoire numérique qui est utilisée pour l'emplacement électronique en cause;
- c) un outil de repérage au sens du paragraphe 41.27(5).

Forme de l'avis

(2) L'avis de prétendue violation est établi par écrit, en la forme éventuellement prévue par règlement, et, en outre :

- a) précise les nom et adresse du demandeur et contient tout autre renseignement prévu par règlement qui permet la communication avec lui;
- b) identifie l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur auquel la prétendue violation se rapporte;
- c) déclare les intérêts ou droits du demandeur à l'égard de l'œuvre ou de l'autre objet visé;
- d) précise les données de localisation de l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation;
- e) précise la prétendue violation;
- f) précise la date et l'heure de la commission de la prétendue violation;

(g) contain any other information that may be prescribed by regulation.

Secondly, the ISP must, upon receiving the copyright owner's notice of claimed infringement, "forward the notice electronically to the person to whom the electronic location [in this case, an IP address] identified" in the notice belongs. This second step is prescribed by s. 41.26(1), which imposes upon the ISP certain obligations, the scope of which are central to deciding this appeal:

Obligations related to notice

41.26 (1) A person described in paragraph 41.25(1)(a) or (b) who receives a notice of claimed infringement that complies with subsection 41.25(2) shall, on being paid any fee that the person has lawfully charged for doing so,

(a) as soon as feasible forward the notice electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data specified in the notice belongs and inform the claimant of its forwarding or, if applicable, of the reason why it was not possible to forward it; and

(b) retain records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined, and do so for six months beginning on the day on which the notice of claimed infringement is received or, if the claimant commences proceedings relating to the claimed infringement and so notifies the person before the end of those six months, for one year after the day on which the person receives the notice of claimed infringement.

[7] Section 41.26(2) of the Act addresses whether an ISP may charge a fee for complying with these obligations:

Fees related to notices

(2) The Minister may, by regulation, fix the maximum fee that a person may charge for performing his or her obligations under subsection (1). If no maximum is fixed by regulation, the person may not charge any amount under that subsection.

g) contient, le cas échéant, tout autre renseignement prévu par règlement.

Deuxièmement, le FSI doit, à la réception de l'avis de prétendue violation envoyé par le titulaire du droit d'auteur, « transmettre [. . .] par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique [en l'espèce, une adresse IP] identifié » dans l'avis. Cette deuxième étape est prescrite par le par. 41.26(1), qui impose au FSI certaines obligations, dont la portée est essentielle pour trancher le présent pourvoi :

Obligations

41.26 (1) La personne visée aux alinéas 41.25(1)a) ou b) qui reçoit un avis conforme au paragraphe 41.25(2) a l'obligation d'accomplir les actes ci-après, moyennant paiement des droits qu'elle peut exiger :

a) transmettre dès que possible par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l'avis et informer dès que possible le demandeur de cette transmission ou, le cas échéant, des raisons pour lesquelles elle n'a pas pu l'effectuer;

b) conserver, pour une période de six mois à compter de la date de réception de l'avis de prétendue violation, un registre permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique et, dans le cas où, avant la fin de cette période, une procédure est engagée par le titulaire du droit d'auteur à l'égard de la prétendue violation et qu'elle en a reçu avis, conserver le registre pour une période d'un an suivant la date de la réception de l'avis de prétendue violation.

[7] Le paragraphe 41.26(2) de la Loi indique si un FSI peut exiger des droits pour se conformer à ces obligations :

Droits

(2) Le ministre peut, par règlement, fixer le montant maximal des droits qui peuvent être exigés pour les actes prévus au paragraphe (1). À défaut de règlement à cet effet, le montant de ces droits est nul.

To date, the Minister has not fixed a maximum fee. By operation of s. 41.26(2), therefore, no fee may be charged by an ISP for complying with its obligations under s. 41.26(1).

[8] Hence the issue to be decided: Could the scope of Rogers' obligations as an ISP under s. 41.26(1)

- (1) *overlap entirely* with the steps which Rogers may be required to take under Voltage's *Norwich* order (and, if so, may Rogers still charge a fee for its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order)?
- (2) *not overlap* with those steps (in which case Rogers would be entitled to its reasonable costs of compliance with the order)? Or,
- (3) *overlap in part* with those steps (and, if so, to what extent may Rogers still charge a fee for the reasonable costs of compliance with such overlapping steps)?

As I explain below, on this point the courts below diverged. While the motion judge's reasons are not entirely clear, he appeared to assume that the second view was correct since ss. 41.25 and 41.26 did not in his view oust "established law and principles with respect to [*Norwich*] orders" (para. 12). He therefore allowed Rogers to recover the costs of all steps it said were necessary to comply with the *Norwich* order. The Federal Court of Appeal's interpretation would, however, have confined Rogers' recovery to the reasonable costs of the actual act of disclosure when complying with a *Norwich* order. The court saw the rest of Rogers' claimed costs as unrecoverable, since they overlapped with the steps that formed part of Rogers' implicit obligations under the statutory regime.

Jusqu'à présent, le ministre n'a pas fixé de montant maximal pour les droits. En application du par. 41.26(2), le FSI ne peut donc pas exiger de droits pour se conformer aux obligations qui lui incombent en application du par. 41.26(1).

[8] En conséquence, la question à trancher est la suivante : la portée des obligations de Rogers en tant que FSI prévues au par. 41.26(1), peut-elle

- (1) *chevaucher entièrement* les mesures que Rogers pourrait être tenue de prendre aux termes de l'ordonnance de type *Norwich* qu'a obtenue Voltage (et, le cas échéant, Rogers peut-elle tout de même exiger des droits pour les coûts raisonnables occasionnés afin de se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*)?
- (2) *ne pas chevaucher* ces mesures (auquel cas Rogers aurait droit aux coûts raisonnables occasionnés afin de se conformer à l'ordonnance)? ou,
- (3) *chevaucher en partie* ces mesures (et, le cas échéant, dans quelle mesure Rogers peut-elle tout de même exiger des droits pour les coûts raisonnables occasionnés afin de se conformer à l'ordonnance, compte tenu du chevauchement de ces mesures)?

Comme je l'expliquerai plus loin, les juridictions inférieures ont divergé sur ce point. Bien que les motifs du juge des requêtes ne soient pas tout à fait clairs, celui-ci semble avoir tenu pour acquis que la deuxième interprétation était correcte, puisque les art. 41.25 et 41.26 n'ont pas, selon lui, abrogé « le droit et les principes établis concernant les [. . .] ordonnances [de type *Norwich*] » (par. 12 (CanLII)). Par conséquent, il a autorisé Rogers à recouvrer les coûts de toutes les mesures qu'elle affirmait être nécessaires pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*. Toutefois, l'interprétation faite par la Cour d'appel fédérale aurait limité le recouvrement de Rogers aux coûts raisonnables liés à la communication en tant que telle lors de l'exécution de l'ordonnance de type *Norwich*. Pour la cour, le reste des coûts réclamés par Rogers étaient irrécouvrables, puisqu'ils chevauchaient les mesures faisant partie des obligations implicites de Rogers dans le cadre du régime législatif.

B. *Judicial History*

- (1) Federal Court, 2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136 — Boswell J.

[9] As already recounted, Voltage sought a *Norwich* order compelling Rogers to disclose the identity of “any and all contact and personal information” of John Doe with “no fees or disbursements payable” to Rogers pursuant to ss. 41.25 and 41.26 of the Act. At the hearing of the motion, Rogers took no position on whether Voltage was entitled to the *Norwich* order. It maintained, however, that if the order were granted, Rogers should be entitled to recover from Voltage its reasonable costs of compliance with that order (which Rogers calculated at a rate of \$100 per hour plus HST).

[10] The motion judge granted the order but, considering the privacy interests that surround the disclosure of an Internet subscriber’s identity, he ordered that Rogers disclose only John Doe’s “name and address as recorded in Rogers’ records” (para. 17). The motion judge then considered, and accepted, Rogers’ argument that it was entitled to compliance costs. He reasoned that, while the statutory notice and notice regime regulates the process by which notice of a claimed copyright infringement is provided to both an ISP and an Internet subscriber, and while it also regulates the retention of records relating to that notice, the regime does *not* regulate an ISP’s disclosure of a subscriber’s identity to a copyright owner. Obtaining such disclosure requires an owner to obtain a *Norwich* order. And, at common law, the ISP is entitled to recover its reasonable costs of compliance.

[11] Turning to what Rogers had actually claimed — the hourly fee of \$100 plus HST — the motion judge found that “[t]he fee is what it is”, and held that Voltage was required to pay it prior to obtaining

B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour fédérale, 2016 CF 881 — le juge Boswell

[9] Comme je l’ai déjà mentionné, Voltage a sollicité une ordonnance de type *Norwich* obligeant Rogers à communiquer [TRADUCTION] « toutes les coordonnées et tous les renseignements personnels » de M. Untel sans « aucun droit à payer » à Rogers conformément aux art. 41.25 et 41.26 de la Loi. Lors de l’instruction de la requête, Rogers n’a pas pris position quant à la question de savoir si Voltage avait le droit d’obtenir une ordonnance de type *Norwich*. Elle a cependant soutenu que, si l’ordonnance était accordée, elle devrait avoir le droit de recouvrer auprès de Voltage les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à cette ordonnance (lesquels étaient, selon les calculs de Rogers, de 100 \$ de l’heure, TVH en sus).

[10] Le juge des requêtes a accordé l’ordonnance, mais compte tenu des droits à la vie privée entourant la communication de l’identité d’un abonné à Internet, il a ordonné que Rogers ne révèle que « le nom et l’adresse de [M. Untel], tels qu’ils figurent dans les dossiers de Rogers » (par. 17). Le juge des requêtes a ensuite examiné, puis accepté, l’argument de Rogers selon lequel elle avait le droit de recouvrer les coûts occasionnés pour se conformer à l’ordonnance. Il a expliqué que, bien que le régime législatif d’avis et avis réglemente le processus par lequel un avis de prétendue violation du droit d’auteur est donné tant à un FSI qu’à un abonné à Internet, et bien qu’il réglemente également la conservation d’un registre concernant cet avis, le régime *ne* réglemente *pas* la communication par le FSI de l’identité d’un abonné au titulaire du droit d’auteur. Pour obtenir une telle communication, le titulaire doit obtenir une ordonnance de type *Norwich*. De plus, en common law, le FSI a le droit de recouvrer les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l’ordonnance.

[11] Alors qu’il examinait ce qu’avait, dans les faits, réclamé Rogers — le tarif horaire de 100 \$, TVH en sus — le juge des requêtes a conclu que « [l]es droits sont ce qu’ils sont », et il a statué que

disclosure of John Doe’s name and address (para. 21). He further found that Rogers’ compliance with the order should take no more than an hour, estimating that Voltage would be required to reimburse Rogers approximately \$113 (inclusive of HST). He also ordered that Rogers was entitled to the costs of the motion, which he fixed at \$500.

- (2) Federal Court of Appeal, 2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339 — Stratas J.A., Gleason and Woods J.J.A. Concurring

[12] The Federal Court of Appeal allowed Voltage’s appeal. The outcome of the appeal turned on the interpretation of the statutory notice and notice regime. The court found that the purpose of the regime was “to reduce the complications and answer many of the questions that can arise when a *Norwich* order is sought” (para. 21), and to “protec[t] and vindicat[e] the rights of copyright owners” (para. 22). The regime must therefore be interpreted so as “to allow copyright owners to protect and vindicate their rights as quickly, easily and efficiently as possible while ensuring fair treatment of all” (para. 27).

[13] The Federal Court of Appeal identified various obligations in s. 41.26(1) — both express and implicit — which an ISP must satisfy under the regime. First, s. 41.26(1)(a) expressly requires an ISP to forward notice of a claimed copyright infringement to the person to whom the electronic location specified in the notice belongs. An implicit corollary to this obligation, and to the overall purposes of the regime, however, is a set of obligations requiring the ISP to “maintai[n] its records in a manner and form that allow it to identify suspected infringers quickly and efficiently”; “searc[h] for and . . . locat[e] the relevant records”; “analyz[e] the records to satisfy itself that it has identified the suspected infringers accurately”; and undertake verification “to the extent the [ISP] must conduct verification activities to ensure accuracy” (C.A. reasons, at paras. 34-35).

Voltage devait les payer avant que lui soient communiqués le nom et l’adresse de M. Untel (par. 21). Il a aussi conclu que Rogers ne devrait pas avoir besoin de plus qu’une heure pour se conformer à l’ordonnance, et il a estimé que Voltage serait tenue de rembourser environ 113 \$ (TVH incluse) à Rogers. Il a également statué que Rogers avait droit aux dépens à l’égard de la requête, qu’il a fixés à 500 \$.

- (2) Cour d’appel fédérale, 2017 CAF 97 — le juge Stratas, avec l’accord des juges Gleason et Woods

[12] La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel de Voltage. L’issue de l’appel portait sur l’interprétation du régime législatif d’avis et avis. La cour a conclu que le régime avait pour objet de « réduire les complications et répondre à un grand nombre des questions qui peuvent survenir lorsqu’on demande une ordonnance de type *Norwich* » (par. 21 (CanLII)), ainsi que de « prot[éger] et fai[re] valoir les droits des titulaires du droit d’auteur » (par. 22). Le régime doit donc être interprété « comme autorisant les titulaires du droit d’auteur à protéger et à faire valoir leurs droits aussi rapidement, facilement et efficacement que possible, tout en assurant un juste traitement de tous » (par. 27).

[13] La Cour d’appel fédérale a dégagé diverses obligations du par. 41.26(1) — tant expresses qu’implicites — dont un FSI doit s’acquitter dans le cadre du régime. Premièrement, l’al. 41.26(1)a exige expressément que le FSI transmette l’avis de prétendue violation du droit d’auteur à la personne à qui appartient l’emplacement électronique précisé dans l’avis. Cette obligation, ainsi que les objets généraux du régime, a toutefois pour corollaire implicite un ensemble d’obligations exigeant que le FSI « conserve les renseignements d’une manière lui permettant d’identifier les présumés contrefacteurs rapidement et efficacement »; « cherch[e] et rep[ère] les renseignements pertinents »; « analys[e] les renseignements pour être convaincu d’avoir correctement identifié les présumés contrefacteurs »; et entreprenne des vérifications, « puisque le [FSI] doit procéder à des vérifications pour [en] assurer l’exactitude » (motifs de la C.A., par. 34-35).

[14] Secondly, s. 41.26(1)(a) expressly requires an ISP to notify the copyright owner that the notice has been forwarded or explain why it could not do so.

[15] An ISP's third express obligation, described in s. 41.26(1)(b), requires it to "retain records" that "will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined". The Federal Court of Appeal found that the "records" are those which an ISP has used to identify a person under s. 41.26(1)(a) for the purposes of forwarding notice. It further found that such records must be maintained in a manner and form that is useable by "those who will use the records" (para. 37), being copyright owners and courts, to identify the person who received notice. To the extent that the records are not in such a form, an ISP is required to "translat[e] or modif[y]" the records into a useable form as part of its s. 41.26(1)(b) obligations (C.A. reasons, at para. 39).

[16] The Federal Court of Appeal agreed with the motion judge that the absence of a regulation prescribing a maximum fee precludes Rogers from charging a fee for discharging its statutory obligations. It also agreed that the statutory notice and notice regime does not regulate the disclosure of a person's identity from an ISP's records. From this, it follows that a copyright owner seeking to have an ISP disclose a person's identity must obtain a *Norwich* order, and an ISP can charge a fee for the "actual, reasonable and necessary costs associated with the act of disclosure" (C.A. reasons, at para. 61). Once, however, an ISP performs its statutory obligations without compensation under the notice and notice regime, the act of disclosure itself is a simple matter: "All that is left is the delivery or electronic transmission of these records by the [ISP] to the copyright owner and the [ISP's] participation in the obtaining of a disclosure order from the Court" (C.A. reasons, at para. 62). The associated costs are, therefore, likely to be negligible.

[17] The Federal Court of Appeal found that Rogers appeared to have satisfied its obligations

[14] Deuxièmement, l'al. 41.26(1)a exige expressément que le FSI avise le titulaire du droit d'auteur qu'il a transmis l'avis ou qu'il explique pourquoi il n'a pas pu le faire.

[15] La troisième obligation expresse d'un FSI, décrite à l'al. 41.26(1)b, consiste à « conserver [. . .] un registre permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique ». La Cour d'appel fédérale a conclu que le « registre » était celui que le FSI utilise pour identifier une personne en application de l'al. 41.26(1)a afin d'envoyer l'avis. En outre, elle a conclu que ce registre devait être conservé d'une manière et sous une forme utilisable « par les personnes qui utiliseront le registre » (par. 37), à savoir les titulaires de droits d'auteur et les tribunaux, pour identifier la personne ayant reçu l'avis. Si le registre ne peut être utilisé, le FSI est tenu de le « tradui[re] ou modifi[er] » pour qu'il soit utilisable dans le cadre de ses obligations découlant de l'al. 41.26(1)b (motifs de la C.A., par. 39).

[16] La Cour d'appel fédérale a convenu avec le juge des requêtes que l'absence de règlement prescrivant le montant maximal des droits empêche Rogers d'exiger des droits pour s'acquitter de ses obligations prévues par la loi. Elle a également convenu que le régime législatif d'avis et avis ne régit pas la communication de l'identité d'une personne à partir du registre d'un FSI. Il s'ensuit que le titulaire du droit d'auteur qui cherche à faire divulguer, par un FSI, l'identité d'une personne doit obtenir une ordonnance de type *Norwich* et qu'un FSI peut exiger des droits pour les « coûts réels, raisonnables et nécessaires associés à l'acte de divulgation » (motifs de la C.A., par. 61). Cependant, une fois qu'un FSI s'acquitte de ses obligations légales sans indemnisation dans le cadre du régime d'avis et avis, la communication en tant que telle est une démarche simple : « [t]out ce qu'il reste, c'est la remise ou la transmission électronique de ces renseignements par le [FSI] au titulaire du droit d'auteur et la participation du [FSI] dans l'obtention d'une ordonnance de divulgation de la Cour » (motifs de la C.A., par. 62). En conséquence, les coûts associés seront probablement négligeables.

[17] La Cour d'appel fédérale a conclu que Rogers semblait s'être acquittée de ses obligations dans le

under the notice and notice regime but, in response to Voltage's request for disclosure, had "re-d[one] some of its work . . . in order to verify its earlier work and ensure accuracy" (para. 67). Rogers' fee of \$100 per hour was "based mainly on the cost of this additional work" (para. 67). The motion judge had therefore erred by allowing Rogers to charge for work that it was already required to perform under the notice and notice regime. He also erred by failing to assess the reasonableness of Rogers' fee, instead simply concluding that "[t]he fee is what it is". The court set aside the motion judge's order that Rogers reimburse Voltage at a rate of \$100 per hour plus HST and, finding insufficient evidence on the record to determine Rogers' actual, reasonable and necessary costs of compliance, concluded that Rogers was not entitled to any reimbursement. On the basis that costs must follow the event, the Federal Court of Appeal set aside the motion judge's award of legal costs, and instead ordered Rogers itself to pay Voltage's costs on appeal and in the Federal Court.

III. Analysis

A. Introduction

[18] Originally cast as an equitable bill of discovery (*Norwich; Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439 (C.A.)), a *Norwich* order is a type of pre-trial discovery which, *inter alia*, allows a rights holder to identify wrongdoers (*Alberta (Treasury Branches) v. Leahy*, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, at para. 59, aff'd 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63). The elements of the test for obtaining a *Norwich* order (although sometimes described as "factors" to be considered (*Leahy* (Q.B.), at para. 106)), are not in dispute before us. A copyright owner must show:

(a) [a *bona fide* claim] against the unknown alleged wrongdoer;

cadre du régime d'avis et avis mais, en réponse à la demande de communication de Voltage, qu'elle avait « refait une partie de son travail [. . .] afin de vérifier le travail fait antérieurement et d'en assurer l'exactitude » (par. 67). Les droits de 100 \$ l'heure exigés par Rogers « se fond[aient] principalement sur le coût de ce travail additionnel » (par. 67). Le juge des requêtes a donc commis une erreur en permettant à Rogers de facturer des travaux qu'elle était déjà tenue d'exécuter sous le régime d'avis et avis. Il a également commis une erreur en omettant d'apprécier le caractère raisonnable des droits exigés par Rogers et en concluant plutôt simplement que « [l]es droits sont ce qu'ils sont ». La cour a annulé l'ordonnance du juge des requêtes selon laquelle Rogers devait rembourser à Voltage les droits de 100 \$ l'heure, TVH en sus, et, jugeant que la preuve au dossier était insuffisante pour établir les coûts réels, raisonnables et nécessaires occasionnés par la conformité à l'ordonnance et supportés par Rogers, elle a conclu que cette dernière n'avait droit à aucun remboursement. Pour le motif que les dépens doivent suivre l'issue de la cause, la Cour d'appel fédérale a annulé l'adjudication des dépens ordonnée par le juge des requêtes, et a plutôt ordonné à Rogers de payer les dépens en appel de Voltage ainsi que ses dépens en Cour fédérale.

III. Analyse

A. Introduction

[18] Formulée initialement comme une ordonnance de communication en equity (*Norwich; Glaxo Wellcome PLC c. M.N.R.*, [1998] 4 C.F. 439 (C.A.)), l'ordonnance de type *Norwich* est un type de communication préalable qui, notamment, permet au titulaire du droit d'identifier les auteurs de la faute (*Alberta (Treasury Branches) c. Leahy*, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, par. 59, conf. par 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63). Les éléments du test à respecter pour obtenir une ordonnance de type *Norwich* (qui sont parfois décrits comme des [TRADUCTION] « facteurs » à examiner (*Leahy* (B.R.), par. 106)), ne sont pas contestés devant nous. Le titulaire du droit d'auteur doit démontrer ce qui suit :

a) [il existe à première vue] quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice;

(b) the person from whom discovery is sought must be in some way involved in the matter under dispute, he must be more than an innocent bystander;

(c) the person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the applicants;

(d) the person from whom discovery is sought must be reasonably compensated for his expenses arising out of compliance with the discovery order in addition to his legal costs;

(e) the public interests in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns. [Emphasis added.]

(See *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81, at paras. 15 and 32, quoting *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2004 FC 488, [2004] 3 F.C.R. 241, at para. 13; *Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2015 FC 1364, at para. 37 (CanLII); see also *Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2014 FC 161, [2015] 2 F.C.R. 540, at para. 45.)

[19] Both Rogers and Voltage agree that the statutory notice and notice regime has not displaced the necessity of a copyright owner obtaining a *Norwich* order in order to compel an ISP to disclose the identity of a person who is alleged to have committed an infringement of copyright. Again, this appeal concerns the relationship between the steps necessary to comply with that statutory regime and the steps necessary to comply with a *Norwich* order, and the implications of that relationship for an ISP's ability to recover the costs of complying with a *Norwich* order.

B. Interpretation of the Notice and Notice Regime

[20] Statutory interpretation entails discerning Parliament's intent by examining, in this case, the words of ss. 41.25 and 41.26 in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Act's scheme and objects (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27).

b) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige — elle ne peut être un simple spectateur;

c) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs;

d) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice;

e) l'intérêt public à la divulgation l'emporte sur l'attente légitime de respect de la vie privée. [Je souligne.]

(Voir *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, [2005] 4 R.C.F. 81, par. 15 et 32, citant *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2004 CF 488, [2004] 3 R.C.F. 241, par. 13; *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2015 CF 1364, par. 37 (CanLII); voir aussi *Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2014 CF 161, [2015] 2 R.C.F. 540, par. 45.)

[19] Rogers et Voltage conviennent toutes les deux que le régime législatif d'avis et avis n'a pas écarté la nécessité pour le titulaire du droit d'auteur d'obtenir une ordonnance de type *Norwich* afin d'obliger un FSI à révéler l'identité d'une personne qui aurait commis une violation de droit d'auteur. Encore une fois, le présent pourvoi porte sur le lien entre les mesures que doit prendre le FSI pour se conformer à ce régime législatif et celles qu'il doit prendre pour se conformer à une ordonnance de type *Norwich*, ainsi que les répercussions de ce lien sur la capacité du FSI de recouvrer les coûts occasionnés pour se conformer à une telle ordonnance.

B. Interprétation du régime d'avis et avis

[20] L'interprétation législative consiste à dégager l'intention du Parlement en examinant, dans la présente affaire, les termes des art. 41.25 et 41.26 dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la Loi (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27).

(1) The Scheme of the Act

[21] The Act states the rights of copyright owners, the conduct that infringes those rights, and the civil and criminal remedies that may be sought or enforced where those rights are infringed. Part IV of the Act, entitled “Remedies”, also describes the procedures to be followed where a copyright owner alleges an infringement and seeks to enforce its rights under the Act. One such set of procedures is contained in the notice and notice provisions described in ss. 41.25 and 41.26.

(2) The Act’s Objects

[22] The notice and notice regime was enacted as part of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, to serve two complementary purposes: (1) to deter online copyright infringement; and (2) to balance the rights of interested parties.

[23] That first purpose — deterrence — is evident in the preamble to the *Copyright Modernization Act*, which states that the “Government of Canada is committed to enhancing the protection of copyright works or other subject-matter”. This purpose is echoed in the summary of the *Copyright Modernization Act*, which states that the Act is amended to “update the rights and protections of copyright owners to better address the challenges and opportunities of the Internet”. The consultation letter from the Government of Canada which invited stakeholders to make submissions on the form and content of notice also similarly stated that the notice and notice regime’s “primary goal is to deter infringement” (A.R., at p. 74). More particularly, by requiring notice of a claimed infringement to be forwarded to the person who was associated with the IP address that is alleged to have infringed copyright, the regime is aimed at deterring that person, or others who are using the IP address, from continuing to infringe copyright (see Canada, Office of Consumer Affairs, *Notice and Notice Regime* (online)).

(1) L’économie de la Loi

[21] La Loi énonce les droits des titulaires de droits d’auteur, les comportements qui violent ces droits ainsi que les recours civils et criminels pouvant être sollicités ou exercés en cas de violation de ces droits. La partie IV de la Loi, intitulée « Recours », décrit également les façons de procéder lorsque le titulaire du droit d’auteur allègue une violation et cherche à faire respecter les droits que la Loi lui confère. L’une de ces façons de procéder est exposée dans les dispositions du régime d’avis et avis, aux art. 41.25 et 41.26.

(2) Les objets de la Loi

[22] Le régime d’avis et avis a été adopté dans le cadre de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, c. 20, et vise deux objectifs complémentaires : (1) dissuader la violation en ligne du droit d’auteur; (2) établir un équilibre entre les droits des parties intéressées.

[23] Ce premier objectif — la dissuasion — ressort clairement du préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, qui énonce que le « gouvernement du Canada s’engage à améliorer la protection des œuvres ou autres objets du droit d’auteur ». L’objectif est repris dans le sommaire de cette loi, qui précise que la Loi est modifiée pour « mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d’auteur [. . .] afin de mieux tenir compte des défis et des possibilités créés par Internet ». De même, la lettre de consultation envoyée par le gouvernement du Canada à des intervenants pour les inviter à présenter des observations sur la forme et le contenu de l’avis énonçait aussi que le régime d’avis et avis avait comme « objectif principal [. . .] de dissuader la violation du droit d’auteur » (d.a., p. 74). Plus particulièrement, en exigeant qu’un avis de prétendue violation soit envoyé à la personne associée à l’adresse IP à partir de laquelle le droit d’auteur aurait été violé, le régime vise à dissuader cette personne, ou d’autres utilisant l’adresse IP, de continuer à violer le droit d’auteur (voir Canada, Bureau de la consommation, *Le régime d’avis et avis* (en ligne)).

[24] The notice and notice regime was not, however, intended to embody a comprehensive framework by which instances of online copyright infringement could be eliminated altogether. As a representative of Rogers explained before the House of Commons committee considering what would become of the *Copyright Modernization Act*, “notice and notice is not a silver bullet; it’s just the first step in a process by which rights holders can go after those they allege are infringing. . . . Then the rights holder can use that when they decide to take that alleged infringer to court” (House of Commons, Legislative Committee on Bill C-32, *Evidence*, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., March 22, 2011, at p. 10). This is why, as I have explained, a copyright owner who wishes to sue a person alleged to have infringed copyright online must obtain a *Norwich* order to compel the ISP to disclose that person’s identity. The statutory notice and notice regime has not displaced this requirement, but operates in tandem with it. This is affirmed by s. 41.26(1)(b), which contemplates that a copyright owner may sue a person who receives notice under the regime, and fixes the ISP’s obligation to retain records which allow that person’s identity to be determined for a period of time after such notice is received.

[25] The second purpose of ss. 41.25 and 41.26 is “to balance the interests of all stakeholders in the copyright regime” (*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 31, 1st Sess., 41st Parl., October 18, 2011, at p. 2107 (emphasis added)). This involves not only balancing the rights of copyright owners and Internet users who may infringe those rights, but also the interests of Internet intermediaries such as ISPs (see Explanatory Note relating to the *Copyright Modernization Act*, *Canada Gazette*, Part II, vol. 148, No. 14, July 2, 2014, at pp. 2121-23; Legislative Committee on Bill C-32, *Evidence*, at p. 1). For this reason, this balance manifests itself within the notice and notice regime in several ways.

[24] Toutefois, le régime d’avis et avis n’avait pas pour but d’établir un cadre exhaustif au moyen duquel les cas de violation en ligne du droit d’auteur pourraient être totalement éliminés. Comme l’a expliqué une représentante de Rogers devant le comité de la Chambre des communes qui examinait ce qui allait devenir la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, « le processus d’avis et avis n’est pas une solution miracle; ce n’est que la première étape d’un processus permettant aux titulaires de droit de poursuivre ceux qui violeraient ces droits. [. . .] [Le titulaire du droit] peut ensuite s’en servir quand il décide de poursuivre le contrevenant allégué » (Chambre des communes, Comité législatif chargé du projet de loi C-32, *Témoignages*, n° 19, 3^e sess., 40^e lég., 22 mars 2011, p. 10). C’est pourquoi, comme je l’ai expliqué, le titulaire du droit d’auteur qui souhaite poursuivre une personne qui aurait violé son droit en ligne doit obtenir une ordonnance de type *Norwich* pour obliger le FSI à lui communiquer l’identité de cette personne. Le régime législatif d’avis et avis n’a pas écarté cette exigence; il fonctionne de concert avec elle. Cela est confirmé par l’al. 41.26(1)(b), qui prévoit que le titulaire du droit d’auteur peut poursuivre une personne qui reçoit un avis dans le cadre du régime, et établit l’obligation du FSI de conserver le registre permettant d’identifier cette personne pendant une certaine période suivant la réception de cet avis.

[25] Le deuxième objectif des art. 41.25 et 41.26 est « d’établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées par le régime de droits d’auteur » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 31, 1^{re} sess., 41^e lég., 18 octobre 2011, p. 2107 (je souligne)). Il s’agit non seulement d’établir un équilibre entre les droits des titulaires de droits d’auteur et ceux des internautes qui peuvent porter atteinte à ces droits, mais aussi entre ceux-ci et les intérêts des intermédiaires de l’Internet comme les FSI (voir la note explicative relative à la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 148, n° 14, 2 juillet 2014, p. 2121-2123; Comité législatif chargé du projet de loi C-32, *Témoignages*, p. 1). Pour cette raison, un tel équilibre se présente de plusieurs façons à l’intérieur du régime d’avis et avis.

[26] For example, Parliament sought to strike a balance between the interests of copyright owners and of Internet subscribers, respectively, by preferring a notice and notice regime over a “notice and take down” regime (see *House of Commons Debates*, at p. 2109, per Hon. James Moore). The notice and take down regime prescribed in the United States by the *Digital Millennium Copyright Act* (1998), 17 U.S.C. § 512, requires an online “service provider”, upon receiving notice of a claimed copyright infringement, to respond expeditiously by removing or blocking access to the material that is the subject of the claimed infringement. While obviously a preferable scheme from the standpoint of copyright owners, its “take down” requirement has been criticized as undermining the presumption of innocence and unnecessarily limiting free expression (see, e.g., *Comments of the Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study*, submitted by C. McSherry and K. Walsh, April 1, 2016 (online), at pp. 9-13; J. M. Urban, J. Karaganis and B. L. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice*, March 2017 (online), at pp. 116-18; W. Seltzer, “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment” (2010), 24 *Harv. J.L. & Tech.* 171). In contrast, the notice and notice regime allows for notices of claimed infringement to be forwarded (thereby advancing the rights of copyright holders), while accounting for the interests of Internet subscribers by maintaining the presumption of innocence and allowing them to monitor their own behaviour (and, more specifically, to avoid continued copyright infringement).

[27] Parliament also sought to balance the interests of copyright owners against those of Internet intermediaries such as ISPs. While most of the provisions within the *Copyright Modernization Act* came into force on November 7, 2012, the coming into force of ss. 41.25 and 41.26 was delayed to allow for Parliamentary consultation with stakeholders on the implementation of the notice and notice regime and on the possibility of accompanying regulations. Parliament ultimately chose to enact the notice and

[26] Par exemple, le Parlement a cherché à établir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d’auteur et ceux des abonnés à Internet, respectivement, en choisissant un régime d’avis et avis plutôt qu’un régime « d’avis et de retrait » (voir *Débats de la Chambre des communes*, p. 2109, l’hon. James Moore). Le régime d’avis et de retrait qu’a établi aux États-Unis la *Digital Millennium Copyright Act* (1998), 17 U.S.C. § 512, exige que les [TRADUCTION] « fournisseurs de services » en ligne, à la réception d’un avis de prétendue violation du droit d’auteur, prennent des mesures rapidement en supprimant ou en bloquant l’accès au contenu qui fait l’objet de la prétendue violation. Bien que ce soit évidemment un régime préférable du point de vue des titulaires de droits d’auteur, l’exigence de « retirer » a fait l’objet de critiques puisqu’elle mine la présomption d’innocence et limite inutilement la liberté d’expression (voir, p. ex., *Comments of Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study*, document présenté par C. McSherry et K. Walsh, 1^{er} avril 2016 (en ligne), p. 9-13; J. M. Urban, J. Karaganis et B. L. Schofield, *Notice and Take-down in Everyday Practice*, mars 2017 (en ligne), p. 116-118; W. Seltzer, « Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment » (2010), 24 *Harv. J.L. & Tech.* 171). En revanche, le régime d’avis et avis permet que les avis de prétendue violation soient transmis (assurant ainsi le respect des droits des titulaires de droits d’auteur), tout en tenant compte des intérêts des abonnés à Internet grâce au maintien de la présomption d’innocence et en leur permettant de surveiller leur propre comportement (et, plus précisément, d’éviter la violation continue du droit d’auteur).

[27] Le Parlement a également cherché à établir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d’auteur et ceux des intermédiaires Internet comme les FSI. Bien que la plupart des dispositions de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* soient entrées en vigueur le 7 novembre 2012, l’entrée en vigueur des art. 41.25 et 41.26 a été reportée pour permettre aux parlementaires de consulter des intervenants au sujet de la mise en œuvre du régime d’avis et avis et de la possibilité de prendre des règlements

notice regime without regulations, thereby prohibiting ISPs from charging a fee for complying with their statutory obligations (SI/2014-58 and Explanatory Note, at pp. 2121-23). However, the amendments to the Act were also intended to “clarify Internet service providers’ liability” to copyright owners (*Copyright Modernization Act*, summary; see also Legislative Committee on Bill C-32, *Evidence*, at p. 1, per Craig McTaggart). To that end, Parliament insulated ISPs from liability for the copyright infringement of their Internet subscribers (Act, s. 31.1). Now, to attract liability under the Act, an ISP must fail to satisfy its statutory obligations under the notice and notice regime, or provide a service “primarily for the purpose of enabling acts of copyright infringement” (ss. 27(2.3), 31.1 and 41.26(3)).

(3) The Ordinary Meaning of Section 41.26 in Light of the Scheme and Objects of the Act

[28] Taking the Act’s scheme and objects into account, what is the ordinary and grammatical reading of the text of s. 41.26? Or, as Gonthier J. phrased it in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735, what is “the natural meaning which appears when [s. 41.26] is simply read through”? (See also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 30.)

[29] Recall that s. 41.26(1) imposes three express obligations upon an ISP that receives a copyright owner’s notice of claimed copyright infringement: (1) to “forward the notice electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data specified in the notice belongs” (s. 41.26(1)(a)); (2) to “inform the [copyright owner] of its forwarding or . . . of the reason why it was not possible to forward it” (s. 41.26(1)(a)); and (3) to “retain records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined” (s. 41.26(1)(b)). On this, all parties are agreed. The parties also agree that the text of

d’application. Finalement, le Parlement a choisi d’adopter le régime d’avis et avis sans règlement, interdisant ainsi aux FSI d’exiger des droits pour se conformer à leurs obligations légales (TR/2014-58 et note explicative, p. 2121-2123). Cependant, les modifications à la Loi visaient également à « clarifier la responsabilité des fournisseurs de services Internet » envers les titulaires de droits d’auteur (*Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, sommaire; voir aussi Comité législatif chargé du projet de loi C-32, *Témoignages*, p. 1, Craig McTaggart). À cette fin, le Parlement a exonéré les FSI de toute responsabilité pour la violation du droit d’auteur commise par leurs abonnés à Internet (art. 31.1 de la Loi). Désormais, pour que la responsabilité du FSI soit engagée selon la Loi, il doit manquer à ses obligations légales dans le cadre du régime d’avis et avis, ou fournir un service « principalement en vue de faciliter l’accomplissement d’actes qui constituent une violation du droit d’auteur » (par. 27(2.3) et 41.26(3) et art. 31.1).

(3) Le sens ordinaire de l’art. 41.26 à la lumière de l’économie et des objets de la Loi

[28] Compte tenu de l’économie et des objets de la Loi, quelle est l’interprétation ordinaire et grammaticale qu’il faut donner au libellé de l’art. 41.26? Ou, comme l’a écrit le juge Gonthier dans l’arrêt *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735, quel est « le sens naturel qui se dégage de la simple lecture de [l’art. 41.26] »? (Voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 30.)

[29] Rappelons que le par. 41.26(1) impose trois obligations expresses au FSI qui reçoit un avis de prétendue violation du droit d’auteur de la part du titulaire de ce droit : (1) « transmettre [. . .] par voie électronique une copie de l’avis à la personne à qui appartient l’emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l’avis » (al. 41.26(1)a)); (2) « informer [. . .] le [titulaire du droit d’auteur] de cette transmission ou [. . .] des raisons pour lesquelles elle n’a pas pu l’effectuer » (al. 41.26(1)a)); (3) « conserver [. . .] un registre permettant d’identifier la personne à qui appartient l’emplacement électronique »

s. 41.26(2) provides that, because the Minister has not “by regulation, fix[ed] the maximum fee that a person may charge for performing his or her obligations under subsection (1)”, an ISP “may not charge any amount” for costs incurred in satisfying these three express obligations. Where the parties disagree, and where the courts below disagreed, is on whether those express obligations carry with them certain implicit obligations, the costs of which an ISP cannot recover from a copyright owner.

(a) *Section 41.26(1)(a)*

[30] The first two express obligations of an ISP (forwarding notice to the person to whom the IP address belonged, and confirming to the copyright owner that such notice has been forwarded) are required by s. 41.26(1)(a) to be performed “as soon as feasible”.

[31] When considering the text, context and object of s. 41.26(1)(a), it becomes quickly apparent that there is more to these obligations than merely forwarding notice and confirming that it has been forwarded. As the Federal Court of Appeal observed, the Act’s purposes — and, indeed the requirement that an ISP perform these obligations “as soon as feasible” — will be undermined where the ISP has not taken steps enabling it to do its work “quickly and efficiently”. But at an even more fundamental level, the obligations to forward and confirm connote accompanying implicit duties — that is, steps which are necessary to see that those express statutory obligations are discharged. First, it is obvious that, in order for an ISP to “forward the notice electronically to the person to whom the electronic location . . . belongs”, the ISP must have determined, for the purposes of forwarding notice electronically, to whom, in this case, the IP address belonged. (To be clear, and as I will explain, this does not require an ISP to identify that person *by name*. In this case, for example, Rogers says it determines who was assigned an IP address at the time in question by manually or automatically correlating that IP address with the

(al. 41.26(1)b)). Sur ce point, toutes les parties sont d’accord. Elles conviennent également que, selon le libellé du par. 41.26(2), étant donné que le ministre n’a pas, « par règlement, fix[é] le montant maximal des droits qui peuvent être exigés pour les actes prévus au paragraphe (1) [. . .], le montant [des] droits [qu’un FSI peut exiger] est nul » quant aux coûts engagés pour s’acquitter de ces trois obligations expresses. Le désaccord des parties, et aussi celui des tribunaux des juridictions inférieures, porte sur la question de savoir si ces obligations expresses comportent certaines obligations implicites, pour lesquelles un FSI ne peut pas recouvrer auprès du titulaire du droit d’auteur les coûts qu’il a engagés.

a) *L’alinéa 41.26(1)a)*

[30] Les deux premières obligations expresses d’un FSI (transmettre un avis au propriétaire de l’adresse IP et confirmer au titulaire du droit d’auteur qu’un tel avis a été transmis) sont prévues à l’al. 41.26(1)a) et doivent être exécutées « dès que possible ».

[31] Lorsqu’on examine le texte, le contexte et l’objet de l’al. 41.26(1)a), il devient rapidement et clairement évident que ces obligations ne se limitent pas à la transmission d’un avis et à la confirmation qu’il a été transmis. Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale, les objectifs de la Loi — et, en fait, l’exigence voulant que le FSI s’acquitte de ces obligations « dès que possible » — seront minés s’il n’a pas pris les mesures lui permettant de faire son travail « rapidement et efficacement ». Mais à un niveau encore plus fondamental, les obligations de transmettre et de confirmer suggèrent des obligations implicites connexes, c’est-à-dire des mesures nécessaires pour que ces obligations légales expresses soient remplies. Premièrement, il est évident que, pour qu’un FSI puisse « transmettre [. . .] par voie électronique une copie de l’avis à la personne à qui appartient l’emplacement électronique », il doit avoir déterminé, aux fins de l’envoi de l’avis par voie électronique, à qui, dans ce cas, appartenait l’adresse IP. (Pour être clair, et comme je vais l’expliquer, cela n’exige pas que le FSI identifie cette personne par *son nom*. En l’espèce, par exemple, Rogers affirme avoir établi à qui appartenait l’adresse IP au

e-mail address which belongs to its assignee.) And secondly, an ISP must also take any action that is necessary for it to verify that it has made that determination *accurately*.

[32] That these implicit identification and verification obligations form part of an ISP's burden under s. 41.26(1)(a) is evident from the text of the provision itself. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires not only that an ISP forward notice, but also that it inform the copyright owner "of its forwarding" (or of the reason forwarding failed). As a matter of logic and good sense, the proper operation of this aspect of the notice and notice regime is premised upon an ISP having accurately determined to whom notice must be forwarded. As the Federal Court of Appeal said, "[f]or the . . . regime to work, accuracy must be assured" (para. 35). Were ISPs permitted to forward a notice to the wrong person, then confirm that it had been forwarded correctly, such confirmations would, from the standpoint of copyright owners, be unreliable and therefore meaningless. Neither the ISP nor the copyright owner would ever know if the notice had reached the right person — being, the person to whom the IP address identified in the notice belonged.

[33] The importance of accuracy is further underscored by the scheme of the notice and notice regime. Specifically, under s. 41.26(3), where an ISP fails to correctly forward notice to the person to whom the impugned IP address actually belonged, an ISP may be liable to the copyright owner for statutory damages in an amount of no less than \$5,000 but no more than \$10,000. This statutory liability is a clear affirmation of the ISP's obligation, each time it receives notice from a copyright owner, to ensure that it forwards that notice to the correct person. Moreover, if accuracy were not found to be paramount to an ISP's satisfaction of its obligations under s. 41.26(1)(a), the balance struck by Parliament in enacting the notice and notice regime would be defeated, since copyright owners would be stripped of their advantage thereunder. ISPs would be insulated

moment des faits en mettant manuellement ou automatiquement en corrélation cette adresse IP avec l'adresse courriel qui appartient à son propriétaire.) Deuxièmement, le FSI doit également prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer qu'il a *correctement* établi l'identité de cette personne.

[32] Le fait que ces obligations implicites d'identification et de vérification font partie du fardeau du FSI aux termes de l'al. 41.26(1)a ressort manifestement du libellé même de la disposition. Plus spécifiquement, l'al. 41.26(1)a exige non seulement que le FSI transmette l'avis, mais aussi qu'il informe le titulaire du droit d'auteur « de cette transmission » (ou des raisons pour lesquelles la transmission a échoué). Sur le plan de la logique et du bon sens, le fonctionnement adéquat de cet aspect du régime d'avis et avis est fondé sur le fait que le FSI a établi avec exactitude à qui l'avis devait être transmis. Comme l'a déclaré la Cour d'appel fédérale, « [p]our que le régime [. . .] fonctionne, l'exactitude doit être garantie » (par. 35). Si le FSI était autorisé à confirmer que l'avis a été transmis correctement alors qu'il l'a transmis à la mauvaise personne, une telle confirmation serait, du point de vue du titulaire du droit d'auteur, peu fiable et donc dénuée de sens. Ni le FSI ni le titulaire du droit d'auteur ne sauraient jamais si l'avis est parvenu à la bonne personne, c'est-à-dire celle à qui appartient l'adresse IP identifiée dans l'avis.

[33] L'importance de l'exactitude est en outre mise en évidence par l'économie du régime d'avis et avis. Plus précisément, aux termes du par. 41.26(3), lorsque le FSI omet de transmettre correctement l'avis à la personne à qui appartient l'adresse IP en cause, il peut être tenu responsable envers le titulaire du droit d'auteur de dommages-intérêts préétablis d'un montant d'au moins 5 000 \$, mais d'au plus 10 000 \$. Cette responsabilité légale se veut une affirmation claire de l'obligation du FSI selon laquelle, chaque fois qu'il reçoit un avis d'un titulaire de droit d'auteur, il doit s'assurer qu'il transmet cet avis à la bonne personne. De plus, si l'exactitude n'était pas jugée primordiale pour l'exécution par le FSI de ses obligations au titre de l'al. 41.26(1)a, l'équilibre que le Parlement a établi grâce à l'adoption du régime d'avis et avis serait rompu, puisque les titulaires de

from liability to copyright holders not only where they met their statutory obligations under the notice and notice regime, but also where they effectively fail to do so.

[34] The deterrent purpose of the notice and notice regime also affirms the ISP's duty to correctly determine to whom the impugned IP address belonged at the time of the alleged infringement. Deterring online copyright infringement entails notifying *that* person, because it is only *that* person who is capable of stopping continued online copyright infringement.

[35] I acknowledge that there will likely be instances in which the person who receives notice of a claimed copyright infringement will not in fact have illegally shared copyrighted content online. This might occur, for example, where one IP address, while registered to the person who receives notice of an infringement, is available for the use of a number of individuals at any given time. Even in such instances, however, accuracy is crucial. Where, for example, a parent or an employer receives notice, he or she may know or be able to determine who was using the IP address at the time of the alleged infringement and could take steps to discourage or halt continued copyright infringement. Similarly, while institutions or businesses offering Internet access to the public may not know precisely who used their IP addresses to illegally share copyrighted works online, they may be able, upon receiving notice, to take steps to secure its Internet account with its ISP against online copyright infringement in the future.

[36] What, then, does an ISP's implicit obligation to accurately determine who must receive notice under s. 41.26(1)(a) specifically entail? Before this Court, Voltage submitted that an ISP must identify the name and physical address of the person to whom notice is forwarded in order to satisfy its obligations under s. 41.26(1)(a). This, it reasoned, is because the

droits d'auteur seraient dépouillés de l'avantage que leur confère cet alinéa. Les FSI seraient exonérés de toute responsabilité envers les titulaires de droits d'auteur non seulement lorsqu'ils respectent leurs obligations légales dans le cadre du régime d'avis et avis, mais aussi lorsqu'ils omettent, dans les faits, de le faire.

[34] L'objectif dissuasif du régime d'avis et avis confirme également l'obligation du FSI d'établir correctement à qui appartenait l'adresse IP en cause au moment de la prétendue violation. Pour dissuader la violation en ligne du droit d'auteur, il faut aviser *cette* personne, parce que seule *cette* personne est capable de mettre fin à la violation continue en ligne du droit d'auteur.

[35] Je reconnais qu'il y aura probablement des cas où la personne qui reçoit un avis de prétendue violation du droit d'auteur n'aura pas, en fait, partagé illégalement en ligne du contenu protégé par droit d'auteur. Cela pourrait se produire, par exemple, lorsqu'une adresse IP, bien qu'elle soit enregistrée au nom de la personne qui reçoit un avis de violation, peut être utilisée par plusieurs personnes à un moment donné. Cependant, même dans de tels cas, l'exactitude est cruciale. Lorsque, par exemple, un parent ou un employeur reçoit un avis, il peut savoir ou être en mesure d'établir qui utilisait l'adresse IP au moment de la prétendue violation et pourrait prendre des mesures pour décourager la violation continue du droit d'auteur ou y mettre fin. De même, bien que les institutions ou les entreprises qui offrent un accès Internet au public ne sachent peut-être pas précisément qui a utilisé leurs adresses IP pour partager illégalement en ligne des œuvres protégées par le droit d'auteur, elles peuvent, lorsqu'elles reçoivent un avis, prendre des mesures pour que leur compte Internet auprès du FSI soit protégé contre la violation en ligne du droit d'auteur à l'avenir.

[36] Que comporte donc précisément l'obligation implicite qui incombe au FSI d'établir correctement qui doit recevoir un avis au titre de l'al. 41.26(1)a)? Devant la Cour, Voltage a soutenu que le FSI doit établir le nom et l'adresse physique de la personne à qui l'avis est transmis afin de satisfaire à ses obligations aux termes de l'al. 41.26(1)a). Selon ses explications,

notice and notice regime was intended to operate alongside the *Norwich* order process. And, given that a *Norwich* order, if obtained, will require an ISP to disclose the name and physical address of the person who was sent notice under the regime, Voltage says that it only makes sense that these details first be identified at the time that notice is forwarded.

[37] Respectfully, I cannot agree. Section 41.26(1)(a) requires an ISP to determine to whom the IP address belonged *only* in order to “forward the notice electronically” to them. The requirement of electronic (as opposed to personal) delivery can be discharged in various ways that do not require an ISP to know the relevant person’s name and physical address. In this case, for example, Rogers says that it forwards notice electronically via e-mail. What s. 41.26(1)(a) requires of an ISP, therefore, is (1) determining who was assigned the IP address specified in the notice, so as to allow the notice to be forwarded electronically to that person, and (2) verifying the accuracy of that determination, so as to ensure that the person who receives notice is, in fact, the person to whom the IP address specified in the notice belongs. Again, to be clear, s. 41.26(1)(a) does not require an ISP to identify that person by name or physical address, but merely to determine that person as the person to whom the impugned IP address belonged.

[38] I note that the steps which an ISP must take to verify accuracy — that is, to verify that it has forwarded notice to the correct person — may depend upon the method by which an ISP forwards notice electronically under s. 41.26(1)(a). In this case, for example, Rogers says that one of the systems it uses to forward notice via e-mail is automated to correlate the impugned IP address contained in a copyright owner’s notice to the e-mail address belonging to the person who was assigned that IP address at the time of the alleged infringement. This system then forwards the copyright owner’s notice to that person via e-mail and confirms to the copyright owner that it has done so. Rogers says that there is no indication

cela découle du fait que le régime d’avis et avis est destiné à fonctionner parallèlement au processus des ordonnances de type *Norwich*. En outre, étant donné qu’une ordonnance de ce type, si elle est obtenue, oblige le FSI à communiquer le nom et l’adresse physique de la personne à qui a été envoyé l’avis dans le cadre du régime, Voltage affirme qu’il est simplement logique que ces détails soient d’abord établis au moment de la transmission de l’avis.

[37] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à cette argumentation. L’alinéa 41.26(1)a exige que le FSI établisse à qui appartient l’adresse IP *uniquement* afin de lui « transmettre [. . .] par voie électronique une copie de l’avis ». L’exigence de livraison électronique (par opposition à la livraison en mains propres) peut être satisfaite de diverses façons qui n’obligent pas le FSI à connaître le nom et l’adresse physique de la personne visée. Dans la présente affaire, par exemple, Rogers affirme qu’elle transmet l’avis par voie électronique au moyen d’un courriel. L’alinéa 41.26(1)a exige donc que le FSI (1) établisse à qui appartient l’adresse IP précisée dans l’avis, afin d’en permettre la transmission par voie électronique à cette personne, et (2) vérifie l’exactitude de l’identité de cette personne, afin de faire en sorte que la personne qui reçoit l’avis est, en fait, la personne à qui appartient l’adresse IP précisée dans l’avis. Encore une fois, pour être clair, l’al. 41.26(1)a n’exige pas que le FSI identifie cette personne par son nom ou son adresse physique, mais simplement qu’il établisse que cette personne est propriétaire de l’adresse IP en cause.

[38] Je fais remarquer que les mesures que doit prendre le FSI pour vérifier l’exactitude — c’est-à-dire pour vérifier qu’il a transmis l’avis à la bonne personne — peuvent dépendre de la méthode avec laquelle il transmet l’avis par voie électronique au titre de l’al. 41.26(1)a). Dans la présente affaire, par exemple, Rogers affirme que l’un des systèmes qu’elle utilise pour transmettre un avis par courriel met automatiquement en corrélation l’adresse IP en cause se trouvant dans l’avis du titulaire du droit d’auteur avec l’adresse courriel appartenant à la personne à qui appartenait cette adresse IP au moment de la prétendue violation. Ce système transmet ensuite l’avis du titulaire du droit d’auteur par courriel à cette

that its automated system is inaccurate. Rogers' automated system is not, however, used in all circumstances. In some cases (including, it appears, the case before us), a Rogers employee must, upon receiving a copyright owner's notice, manually look up the e-mail address belonging to the person who was assigned the impugned IP address. Given the differences between these two systems, Rogers may be required to undertake different verification steps where it is required to utilize its manual, as opposed to its automated, process.

[39] Returning to my finding that an ISP is not required to identify the name and address of a person receiving notice under s. 41.26(1)(a), this view of an ISP's obligations is reinforced by the scheme of the notice and notice regime. Reading s. 41.26(1)(a) together with s. 41.26(1)(b), which requires an ISP to "retain records" that "will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined", it becomes clear that s. 41.26(1)(a) contemplates that an ISP will *not* have already determined a person's specific identity, e.g. name and physical address.

[40] Moreover, to read s. 41.26(1)(a) as requiring an ISP to determine the name and physical address of the person to whom it forwards notice would not be consistent with the notice and notice regime's purpose of balancing the interests of all stakeholders. Each month, Rogers receives approximately 200,000 to 300,000 notices of claimed copyright infringement, each of which it must forward in accordance with s. 41.26(1)(a). Only a small portion of these notices ultimately result in *Norwich* orders requiring Rogers to disclose the name and physical address of a person who has received notice. Recognizing an implicit requirement in s. 41.26(1)(a) for Rogers to identify the name and physical address of those hundreds of thousands of persons to whom it forwards notices each month would force Rogers to undertake identification work in all cases even though the vast majority of notices sent will never culminate in a *Norwich* order. In my view, this would undermine the balance struck by Parliament within the notice

personne et confirme au titulaire du droit d'auteur que l'avis a été transmis. Selon Rogers, rien n'indique que son système automatisé est imprécis. Toutefois, le système automatisé de Rogers n'est pas utilisé dans toutes les circonstances. Dans certains cas (y compris, semble-t-il, l'affaire dont nous sommes saisis), un employé de Rogers doit, à la réception de l'avis d'un titulaire de droit d'auteur, vérifier manuellement l'adresse courriel appartenant au propriétaire de l'adresse IP en cause. Compte tenu des différences entre ces deux systèmes, Rogers peut être tenue d'entreprendre diverses étapes de vérification lorsqu'elle doit utiliser son processus manuel, plutôt que son processus automatisé.

[39] Pour en revenir à ma conclusion selon laquelle le FSI n'est pas tenu d'établir le nom et l'adresse de la personne qui reçoit un avis au titre de l'al. 41.26(1)a), cette conception des obligations du FSI est renforcée par l'économie du régime d'avis et avis. En lisant l'al. 41.26(1)a) conjointement avec l'al. 41.26(1)b), qui exige qu'un FSI « conserv[e] [. . .] un registre permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique », il devient clair que l'al. 41.26(1)a) suppose que le FSI n'aura *pas* déjà établi l'identité spécifique d'une personne, p. ex. son nom et son adresse physique.

[40] De plus, le fait de considérer que l'al. 41.26(1)a) oblige le FSI à établir le nom et l'adresse physique de la personne à qui il transmet l'avis ne cadrerait pas avec l'objectif du régime d'avis et avis d'établir un équilibre entre les intérêts de tous les intervenants. Chaque mois, Rogers reçoit environ 200 000 à 300 000 avis de prétendues violations de droit d'auteur, et elle doit transmettre chacun d'eux conformément à l'al. 41.26(1)a). Seule une petite partie de ces avis donne ultimement lieu à des ordonnances de type *Norwich* exigeant que Rogers communique le nom et l'adresse physique d'une personne qui a reçu l'avis. La reconnaissance d'une exigence implicite à l'al. 41.26(1)a) selon laquelle Rogers devrait établir le nom et l'adresse physique des centaines de milliers de personnes à qui elle fait parvenir des avis chaque mois obligerait Rogers à entreprendre des travaux d'identification dans tous les cas, même si la grande majorité des avis envoyés n'aboutira jamais à une ordonnance de type *Norwich*. À mon avis, cela

and notice regime between the respective interests of ISPs and of copyright owners.

[41] It must be borne in mind that being associated with an IP address that is the subject of a notice under s. 41.26(1)(a) is not conclusive of guilt. As I have explained, the person to whom an IP address belonged at the time of an alleged infringement may not be the same person who has shared copyrighted content online. It is also possible that an error on the part of a copyright owner would result in the incorrect identification of an IP address as having been the source of online copyright infringement. Requiring an ISP to identify by name and physical address the person to whom the pertinent IP address belonged would, therefore, not only alter the balance which Parliament struck in legislating the notice and notice regime, but do so to the detriment of the privacy interests of persons, including innocent persons, receiving notice.

(b) *Section 41.26(1)(b)*

[42] An ISP's third express obligation under the notice and notice regime — to retain records that will “allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined” — is contained in s. 41.26(1)(b). The Federal Court of Appeal found this express obligation to carry with it an implicit obligation to maintain those records in a manner and form that will allow identity to be determined “by those who will use the records” being “the copyright owner [who] needs to know the identity of the suspected infringers so it can determine its options” and “a court [that] will need to know the identity of the suspected infringers so it can determine the issues of copyright infringement and remedy” (para. 37). To the extent that the records are in a “form usable by the [ISP] to identify suspected infringers but are not in a manner and form usable by copyright owners and courts” the Federal Court of Appeal held that the ISP must convert the records and “must perform that work as part of its 41.26(1)(b) obligations” (para. 39).

menacerait l'équilibre établi par le Parlement au sein du régime d'avis et avis entre les intérêts respectifs des FSI et des titulaires de droits d'auteur.

[41] Il ne faut pas oublier que le fait qu'une personne soit associée à une adresse IP qui fait l'objet d'un avis au titre de l'al. 41.26(1)a ne permet pas de conclure à sa culpabilité. Comme je l'ai expliqué, il est possible que la personne à qui appartenait une adresse IP au moment de la prétendue violation ne soit pas celle qui a partagé en ligne du contenu protégé par le droit d'auteur. Il est également possible qu'une erreur de la part du titulaire du droit d'auteur entraîne l'identification incorrecte d'une adresse IP comme étant la source de la violation en ligne du droit d'auteur. En conséquence, exiger d'un FSI qu'il identifie par son nom et son adresse physique la personne à qui appartient l'adresse IP pertinente modifierait non seulement l'équilibre qu'a établi le Parlement en adoptant le régime d'avis et avis, mais le ferait au détriment des droits relatifs à la vie privée des personnes, y compris les personnes innocentes, qui reçoivent un avis.

b) *L'alinéa 41.26(1)b*

[42] La troisième obligation expresse du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis — soit de conserver un registre « permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique » — se trouve à l'al. 41.26(1)b). La Cour d'appel fédérale a conclu que cette obligation expresse comportait l'obligation implicite de conserver ce registre d'une manière et sous une forme qui permettra l'identification « par les personnes qui utiliseront le registre », soit « le titulaire du droit d'auteur [qui] doit pouvoir connaître l'identité des présumés contrefacteurs, pour décider ce qu'il doit faire », et le « tribunal [qui] devra également connaître l'identité des présumés contrefacteurs de façon à pouvoir trancher les questions de la violation du droit d'auteur et des redressements » (para. 37). Dans la mesure où le registre se présente « d'une manière que le [FSI] peut utiliser pour identifier les présumés contrefacteurs, mais non d'une manière que les titulaires du droit d'auteur et les tribunaux peuvent utiliser », la Cour d'appel fédérale a statué que le FSI doit convertir le registre et « doit effectuer ce travail au titre de ses obligations aux termes de l'alinéa 41.26(1)b) » (para. 39).

[43] I find myself in respectful disagreement with that conclusion. Section 41.26(1)(b) does not require an ISP to actually disclose the records to which the provision refers. In other words, s. 41.26(1)(b) does not contemplate that anyone other than the ISP will have access to or use of its records. At the very least, it does not follow from the statutory text that records (to which copyright owners and courts have no access) must be kept in a readable format that would permit copyright owners and courts to determine a person’s identity from them. I acknowledge that it might be argued that s. 41.26(1)(b) leaves this question open since, while referring to “records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined”, it does not specify *by whom*. Absent a disclosure mechanism, however, the better interpretation in my view is that s. 41.26(1)(b) is referring to a “determination” *by the ISP*.

[44] This view is supported by s. 41.26(1)(b)’s requirement that an ISP “retain” records which allow identity to be determined. “Retain” suggests something which already exists — that is, “allow[ing] to remain, in place of discarding or removing; to preserve” or “to hold fixed in some place or position” (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at pp. 768-69). Retaining therefore connotes preservation of the records, and not the further act of “translat[ing] the records . . . into a manner and form that allows them . . . to be used by copyright owners and later the courts” (C.A. reasons, at para. 40). While an ISP merely retaining the records without further translation (by converting its records into a new format or compiling records into a new kind of record) might well make it impossible for copyright owners and the courts to use the records to identify a person’s name and physical address, it would not typically prevent the ISP from doing so.

[45] This interpretation is also consistent with the overall scheme within which the deterrent purpose of the notice and notice regime is pursued. As I have recounted, when it enacted the notice and notice regime, Parliament knew that the regime was only a

[43] En toute déférence, je suis en désaccord avec cette conclusion. L’alinéa 41.26(1)b n’exige pas que le FSI communique effectivement le registre auquel fait référence la disposition. Autrement dit, l’al. 41.26(1)b ne prévoit pas qu’une personne autre que le FSI aura accès à son registre ou l’utilisera. À tout le moins, il ne découle pas du texte législatif que le registre (auquel n’ont pas accès les titulaires de droits d’auteur et les tribunaux) doit être conservé dans un format lisible qui permettrait aux titulaires de droits d’auteur et aux tribunaux d’établir l’identité d’une personne à partir de ce registre. Certes, l’on pourrait soutenir que l’al. 41.26(1)b laisse cette question en suspens, car bien qu’il fasse référence à « un registre permettant d’identifier la personne à qui appartient l’emplacement électronique », il ne précise pas *par qui*. Toutefois, en l’absence d’un mécanisme de communication, la meilleure interprétation à mon avis est que l’al. 41.26(1)b fait référence à une « identif[ication] » *par le FSI*.

[44] Ce point de vue est étayé par l’exigence de l’al. 41.26(1)b selon laquelle le FSI doit « conserver » un registre permettant l’identification. Le verbe « conserver » (*retain*) suggère quelque chose qui existe déjà, c’est-à-dire [TRADUCTION] « maintenir, au lieu d’écarter ou d’enlever; préserver » ou « garder fixé dans un lieu ou une position » (*The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), p. 768-769). La conservation suppose donc la préservation du registre, et non l’acte ultérieur de « traduire les renseignements [. . .] d’une manière permettant [. . .] aux titulaires du droit d’auteur et par la suite aux tribunaux [de] les utilise[r] » (motifs de la C.A., par. 40). Même si le FSI, se contentant de conserver le registre sans traduction ultérieure (en convertissant son registre dans un nouveau format ou en compilant les renseignements dans un nouveau type de document), pourrait bien empêcher les titulaires de droits d’auteur et les tribunaux de l’utiliser pour établir le nom et l’adresse physique d’une personne, cela n’empêcherait généralement pas le FSI de le faire.

[45] Cette interprétation s’inscrit également dans l’économie générale du régime d’avis et avis, dans le cadre de laquelle l’objectif dissuasif est visé. Comme je l’ai mentionné, lorsqu’il a adopté le régime d’avis et avis, le Parlement savait que celui-ci n’était qu’une

first step in deterring online copyright infringement, and that a copyright owner who wished to sue an alleged infringer would still be required to obtain a *Norwich* order to identify that person. A *Norwich* order requiring an ISP to identify and disclose the suspected copyright infringer's name and physical address from its records will not be satisfied where an ISP simply discloses records that are in a form which are unusable to the copyright owner or the court; rather, ISPs subject to *Norwich* orders must identify and disclose the name and physical address from their records of persons who are alleged to have infringed copyright (*Voltage Pictures LLC v. John Doe*, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315; *Voltage Pictures* (2014)).

[46] Finally, I stress that s. 41.26(1)(b), like s. 41.26(1)(a), implicitly requires an ISP to maintain records which allow it to *accurately* determine the identity of the person to whom the impugned IP address belonged. I agree with the Federal Court of Appeal that the notice and notice regime should be interpreted so as “to allow copyright owners to protect and vindicate their rights as quickly, easily and efficiently as possible while ensuring fair treatment of all”. Inaccurate identification by an ISP, and the delay that would follow, undermines that prompt vindication of their rights. Indeed, given the rapidity with which copyrighted content is shared via simultaneous downloading and uploading on peer to peer networks, inaccurate identification might hollow out those rights altogether. The purpose of s. 41.26(1)(b) is to allow for identification *when an ISP is required to do so by court order*. It is therefore of utmost importance that an ISP retain its records in an accurate manner and form in order to ensure prompt identification.

(c) *Conclusion on Section 41.26(1)*

[47] In brief, the three express obligations contained in ss. 41.26(1)(a) and 41.26(1)(b) carry with them several implicit obligations that an ISP must satisfy

première étape dans la dissuasion de la violation en ligne du droit d'auteur, et que le titulaire du droit d'auteur qui souhaitait poursuivre une personne qui aurait violé son droit serait toujours tenu d'obtenir une ordonnance de type *Norwich* pour l'identifier. Une ordonnance de type *Norwich* exigeant que le FSI, à partir de son registre, établisse et communique le nom et l'adresse physique de la personne qui aurait violé le droit d'auteur ne sera pas satisfaite si le FSI communique simplement des renseignements qui se présentent sous une forme inutilisable pour le titulaire du droit d'auteur ou le tribunal; les FSI assujettis à des ordonnances de type *Norwich* doivent plutôt établir et communiquer, à partir de leur registre, le nom et l'adresse physique des personnes qui auraient violé un droit d'auteur (*Voltage Pictures LLC c. Untel*, 2011 CF 1024; *Voltage Pictures* (2014)).

[46] Enfin, j'insiste sur le fait que l'al. 41.26(1)(b), comme l'al. 41.26(1)(a), exige implicitement que le FSI conserve un registre qui lui permette d'identifier *correctement* la personne à qui appartenait l'adresse IP en cause. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que le régime d'avis et avis devrait être interprété « comme autorisant les titulaires du droit d'auteur à protéger et à faire valoir leurs droits aussi rapidement, facilement et efficacement que possible, tout en assurant un juste traitement de tous ». L'identification inexacte par le FSI, ainsi que le retard qui s'ensuivrait, compromettrait la revendication en temps utile des droits d'auteur. En effet, compte tenu de la rapidité avec laquelle le contenu protégé par le droit d'auteur est partagé par téléchargement et téléversement simultanés sur des réseaux poste à poste, une identification inexacte pourrait vider complètement ces droits de leur substance. L'alinéa 41.26(1)(b) a pour objectif de permettre l'identification *lorsque le FSI est tenu de le faire aux termes d'une ordonnance judiciaire*. Il est donc de la plus haute importance que le FSI conserve son registre d'une manière et sous une forme qui préserve son exactitude afin d'assurer que l'identification se fasse rapidement.

(c) *Conclusion relative au par. 41.26(1)*

[47] En bref, les trois obligations expresses énoncées aux al. 41.26(1)(a) et (b) comportent plusieurs obligations implicites dont le FSI doit s'acquitter

under the notice and notice regime. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires an ISP to determine, for the purpose of forwarding notice electronically, the person to whom the IP address belonged. It also requires an ISP to take whatever steps that are necessary to verify that it has done so accurately lest it risk statutory liability for failing to actually forward notice to that person. It does not, however, require an ISP to determine the name and physical address of that person.

[48] Similarly, the records that an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be accurate. Any steps which are necessary to verify the accuracy of those records therefore form part of an ISP's s. 41.26(1)(b) obligations. That said, while those records must be kept in a form and manner that allows *an ISP* to identify the name and address of the person to whom notice is forwarded under s. 41.26(1)(a), s. 41.26(1)(b) does not require that they be kept in a form and manner which would permit *a copyright owner or a court* to do so. The copyright owner would, however, be entitled to receive that information from an ISP under the terms of a *Norwich* order — which process, as I have already said, falls outside the ISP's obligations under the notice and notice regime.

(d) *Section 41.26(2)*

[49] As I have explained, in view of the Minister not having set a maximum fee by regulation, s. 41.26(2) precludes an ISP from charging any fee for satisfying its express statutory notice and notice obligations. What, however, of the ISP's implicit identification and verification obligations under the notice and notice regime? May an ISP recover its costs of compliance with a *Norwich* order if the steps which it says it must take to comply with the order overlap with, for example, its implicit obligation under s. 41.26 to verify the accuracy of the records?

[50] Voltage argues that, where such implicit statutory obligations overlap with the steps that an ISP says it would have to take in order to comply with a

dans le cadre du régime d'avis et avis. Plus précisément, l'al. 41.26(1)a exige que le FSI établisse, aux fins de la transmission d'un avis par voie électronique, l'identité de la personne à qui appartenait l'adresse IP. Il exige également que le FSI prenne toutes les mesures nécessaires pour vérifier qu'il l'a fait correctement, sous peine de voir sa responsabilité légale engagée s'il ne transmet pas l'avis à cette personne. Il n'exige pas, toutefois, que le FSI établisse le nom et l'adresse physique de cette personne.

[48] De même, le registre que le FSI doit conserver aux termes de l'al. 41.26(1)b doit être exact. Toute mesure nécessaire pour la vérification de l'exactitude de ce registre fait donc partie des obligations du FSI au titre de l'al. 41.26(1)b. Cela dit, bien que ce registre doive être conservé sous une forme et d'une manière permettant à *un FSI* d'établir le nom et l'adresse de la personne à qui l'avis est transmis aux termes de l'al. 41.26(1)a, l'al. 41.26(1)b n'exige pas qu'il soit conservé sous une forme et d'une manière qui permettrait à *un titulaire de droit d'auteur ou à un tribunal* de le faire. Le titulaire du droit d'auteur serait toutefois autorisé à recevoir ces renseignements du FSI aux termes d'une ordonnance de type *Norwich*, dont le processus, comme je l'ai déjà dit, ne relève pas des obligations du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis.

d) *Le paragraphe 41.26(2)*

[49] Comme je l'ai expliqué, étant donné que le ministre n'a pas fixé, par règlement, de montant maximal des droits, le par. 41.26(2) interdit au FSI d'exiger des droits pour s'acquitter de ses obligations expresses en matière d'avis et avis prévues par la loi. Mais qu'en est-il des obligations implicites d'identification et de vérification du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis? Le FSI peut-il recouvrer les coûts occasionnés pour se conformer à une ordonnance de type *Norwich* si les mesures qu'il dit devoir prendre pour ce faire chevauchent, par exemple, son obligation implicite au titre de l'art. 41.26 de vérifier l'exactitude du registre?

[50] Voltage fait valoir que, lorsque de telles obligations légales implicites chevauchent les mesures que le FSI dit devoir prendre pour se conformer à

Norwich order, an ISP is not entitled to recover the costs of such steps. Rogers points out, however, that copyright owners have always been required at common law to compensate an ISP for its “reasonable costs for compliance” with a *Norwich* order (*Voltage Pictures* (2014)). For Parliament to be taken as having intended to oust that common law rule, Rogers argues, it must have done so expressly, and with “irresistible clearness” (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, quoting *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 19).

[51] In my view, Voltage’s argument should prevail on this point. Absent a regulation fixing a maximum fee, s. 41.26(2) prohibits an ISP from charging a fee for performing any of its obligations arising under the notice and notice regime. I have found that these obligations implicitly include (1) determining, for the purposes of forwarding notice electronically, who was assigned the impugned IP address at the time of the alleged infringement; (2) taking all steps necessary to verify that the ISP has done so accurately; and (3) taking all steps necessary to verify the accuracy of records which would permit the ISP to identify the name and physical address of the person to whom notice was forwarded. Those obligations will have first arisen under s. 41.26(1) — that is, prior to the ISP’s obligations arising under a *Norwich* order. It follows that an ISP should not be permitted to recover the cost of carrying out any of the obligations, express or implicit, that will already have arisen under s. 41.26(1) when it takes them only after having been served with a *Norwich* order. To accept Rogers’ argument to the contrary would undermine the distribution of financial burden which Parliament decided upon by imposing upon copyright owners an obligation which was specifically allocated, by joint operation of ss. 41.26(1) and 41.26(2), to ISPs.

une ordonnance de type *Norwich*, celui-ci n’a pas le droit de recouvrer les coûts de ces mesures. Rogers souligne toutefois que les titulaires de droits d’auteur ont toujours été tenus, en common law, d’indemniser le FSI pour les « coûts raisonnables occasionnés pour se conformer » à une ordonnance de type *Norwich* (*Voltage Pictures* (2014)). Selon Rogers, pour que le Parlement soit considéré comme ayant eu l’intention d’écarter cette règle de common law, il doit l’avoir fait expressément et « de façon incontestablement claire » (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, citant *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 19).

[51] À mon avis, l’argument de Voltage devrait l’emporter sur ce point. En l’absence d’un règlement fixant le montant maximal des droits, le par. 41.26(2) interdit au FSI d’exiger des droits pour l’exécution de l’une ou l’autre de ses obligations découlant du régime d’avis et avis. À mon avis, ces obligations comprennent implicitement (1) l’identification, aux fins de la transmission de l’avis par voie électronique, de la personne à qui appartenait l’adresse IP en cause au moment de la prétendue violation; (2) la prise de toutes les mesures nécessaires pour vérifier que le FSI l’a fait correctement; et (3) la prise de toutes les mesures nécessaires pour vérifier l’exactitude du registre permettant au FSI d’établir le nom et l’adresse physique de la personne à qui l’avis a été transmis. Ces obligations découlent d’abord du par. 41.26(1) — c’est-à-dire avant les obligations du FSI résultant d’une ordonnance de type *Norwich*. Il s’ensuit qu’un FSI ne devrait pas être autorisé à recouvrer le coût des mesures prises pour l’exécution de l’une ou l’autre des obligations, expresses ou implicites, qui ont déjà pris naissance sous le par. 41.26(1) lorsqu’il les prend seulement après avoir reçu signification d’une ordonnance de type *Norwich*. Accepter l’argument contraire de Rogers minerait la répartition du fardeau financier qu’a établie le Parlement puisque cela aurait pour effet d’imposer aux titulaires de droits d’auteur une obligation qui a été spécifiquement attribuée, par l’opération conjointe des par. 41.26(1) et 41.26(2), aux FSI.

[52] To be clear, there is a distinction between an ISP's obligation under the notice and notice regime to ensure the accuracy of its records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined, and an ISP's obligation under a *Norwich* order to actually identify a person from its records. While the costs of the latter are recoverable, the costs of the former are not. Where, however, the steps that an ISP says it must take to verify the identity of a person in response to a *Norwich* order involve, in effect, verifying the accuracy of the very records which it was required by s. 41.26(1) to retain, the ISP cannot recover the resulting costs.

[53] Finally, it bears mentioning that an ISP is not entitled to be compensated for *every* cost that it incurs in complying with a *Norwich* order (*Voltage Pictures* (2015)). Recoverable costs must (1) be *reasonable*, and (2) arise from compliance with the *Norwich* order. Where costs should have been borne by an ISP in performing its statutory obligations under s. 41.26(1), these costs cannot be characterized as either reasonable or as arising from compliance with a *Norwich* order.

C. Application

[54] I turn now to the motion judge's order that Rogers be entitled to its reasonable costs of \$100 per hour plus HST, and the Federal Court of Appeal's decision to set it aside. The motion judge properly found that the notice and notice regime requires ISPs to bear the costs of satisfying their statutory obligations. He also found, however, that the regime "only obligated [an ISP] to do two things": (1) forward notice under s. 41.26(1)(a); and (2) retain records under s. 41.26(1)(b) (para. 11). He continued to find that Rogers' proposed fee of \$100 per hour plus HST for steps taken to comply with a *Norwich* order "is what it is", and that Voltage would have to reimburse Rogers at that rate if it wished to obtain John Doe's identity. At no point in his reasons did the motion judge examine the steps which Rogers said were required to comply with the *Norwich* order. Specifically, the motion judge did not consider

[52] Pour être clair, il existe une distinction entre l'obligation du FSI dans le cadre du régime d'avis et avis d'assurer l'exactitude de son registre permettant d'identifier le propriétaire d'une adresse IP, et son obligation, aux termes d'une ordonnance de type *Norwich*, d'identifier effectivement une personne à partir de son registre. Alors que les coûts de cette dernière sont recouvrables, les coûts de la première obligation ne le sont pas. Toutefois, lorsque les mesures que le FSI dit devoir prendre pour vérifier l'identité d'une personne en réponse à une ordonnance de type *Norwich* impliquent, dans les faits, la vérification de l'exactitude du registre même qu'il était tenu de conserver aux termes du par. 41.26(1), le FSI ne peut recouvrer les coûts qui en découlent.

[53] Enfin, il convient de mentionner que le FSI ne peut être indemnisé pour *chacun* des coûts qu'il supporte en vue de se conformer à une ordonnance de type *Norwich* (*Voltage Pictures* (2015)). Les coûts recouvrables doivent (1) être *raisonnables* et (2) découler de la conformité à l'ordonnance de type *Norwich*. Lorsque les coûts auraient dû être supportés par le FSI dans l'exécution de ses obligations légales aux termes du par. 41.26(1), ces coûts ne peuvent être considérés comme raisonnables ou comme découlant de la conformité à une ordonnance de type *Norwich*.

C. Application

[54] Je vais maintenant examiner l'ordonnance du juge des requêtes, selon laquelle Rogers a droit au remboursement de ses coûts raisonnables de 100 \$ l'heure, TVH en sus, et la décision de la Cour d'appel fédérale de l'annuler. Le juge des requêtes a conclu à juste titre que le régime d'avis et avis exigeait que les FSI assument les coûts de l'exécution de leurs obligations légales. Il a également conclu, cependant, que, dans le cadre du régime, « [u]n FSI [. . .] est seulement tenu de faire deux choses » : (1) transmettre un avis aux termes de l'al. 41.26(1)a); et (2) conserver un registre aux termes de l'al. 41.26(1)b) (par. 11). Il a ensuite conclu que les droits de 100 \$ l'heure, TVH en sus, proposé par Rogers pour les mesures prises en vue de se conformer à une ordonnance de type *Norwich* « sont ce qu'ils sont », et que Voltage devrait rembourser Rogers à ce taux si elle souhaitait obtenir l'identité de M. Untel. Nulle part dans ses

whether any of those steps should have already been undertaken by Rogers to comply with its obligations under the notice and notice regime.

[55] Given the statutory prohibition on the recovery of costs arising from the notice and notice regime, motion judges should carefully review an ISP's evidence to determine whether an ISP's proposed fee is "reasonable", in light of its obligations under the notice and notice regime. The evidence here, for example, is that Rogers undertakes an eight step manual process when it is ordered by a court to disclose the identity of one of its subscribers. These eight steps, as described by a Rogers employee, are:

1. The request is logged by a security analyst. The analyst enters the date, time, information requested, affected services, due date, and information about the requester into a database.
2. In the case of an IP address lookup, when the log entry enters the work queue to be processed, the IP is checked against an internet resource by a second security analyst to verify that it is indeed a Rogers Cable IP address.
3. The security analyst assigned to process the request searches the IP address against a dedicated Rogers database that records all the users of any given IP address within the past 12 months (approximately). The query is narrowed to specific date and time parameters in order to identify a specific modem.
4. The modem identification information is queried against a duplicate modem list, to determine whether the modem has been cloned.
5. The modem is searched in the Rogers customer database. Three separate verifications are then

motifs le juge des requêtes n'a examiné les mesures qui, selon Rogers, étaient nécessaires pour qu'elle se conforme à l'ordonnance de type *Norwich*. Plus précisément, le juge des requêtes ne s'est pas demandé si Rogers aurait dû avoir déjà pris l'une ou l'autre de ces mesures pour se conformer à ses obligations dans le cadre du régime d'avis et avis.

[55] Étant donné l'interdiction légale relative au recouvrement des coûts découlant du régime d'avis et avis, les juges des requêtes devraient examiner attentivement la preuve du FSI afin de décider si les droits qu'il propose sont « raisonnables », à la lumière des obligations qui lui incombent dans le cadre du régime d'avis et avis. Selon la preuve en l'espèce, par exemple, Rogers entreprend un processus manuel en huit étapes lorsqu'un tribunal lui ordonne de communiquer l'identité d'un de ses abonnés. Ces huit étapes, telles qu'elles ont été décrites par un employé de Rogers, sont les suivantes :

[TRADUCTION]

1. La demande est enregistrée par un analyste de la sécurité. L'analyste saisit dans une base de données la date, l'heure, les renseignements demandés, les services touchés, la date d'échéance et l'information sur le demandeur;
2. Dans le cas d'une recherche d'adresse IP, lorsque l'entrée du journal s'inscrit dans la file d'attente du travail à traiter, un deuxième analyste de la sécurité compare l'adresse IP à une ressource Internet afin de s'assurer qu'il s'agit bien d'une adresse IP de Rogers Cable;
3. L'analyste de la sécurité chargé de traiter la demande recherche l'adresse IP dans une base de données Rogers qui enregistre tous les utilisateurs d'une adresse IP donnée au cours des 12 derniers mois (environ). La requête est limitée à des paramètres de date et d'heure précis afin d'identifier un modem précis;
4. L'information d'identification du modem est comparée à une liste de modems en double, afin de vérifier si le modem a été cloné;
5. Le modem est recherché dans la base de données des clients de Rogers. Trois vérifications distinctes

- | | |
|---|--|
| <p>performed to ensure that the correct customer has been identified.</p> <p>6. Screenshots are made of the information generated in steps 2 through 5 and saved to a file as backup documentation.</p> <p>7. The security analyst creates a document with the requested results and logs the completion date.</p> <p>8. An Investigator in the [Lawful Access Response] group then reviews the screenshots and results document. If the Investigator is satisfied with the result, it will be forwarded to the requesting party. Investigators log their participation in the process and then close the file.</p> | <p>sont ensuite effectuées pour s’assurer que l’identification du client est exacte;</p> <p>6. Des captures d’écran des renseignements générés aux étapes 2 à 5 sont sauvegardées dans un fichier en tant que dossier justificatif;</p> <p>7. L’analyste de la sécurité crée un document contenant les résultats demandés et consigne la date d’achèvement;</p> <p>8. Un enquêteur du groupe [responsable de l’accès légal] examine les captures d’écran et le document de résultats. Si l’enquêteur est satisfait du résultat, celui-ci est transmis à la partie requérante. L’enquêteur consigne sa participation au processus, puis ferme le dossier.</p> |
|---|--|

(A.R., at p. 120)

(d.a., p. 120)

[56] In my respectful view, the motion judge erred in law by failing to interpret the full scope of an ISP’s obligations under s. 41.26(1), and then by failing to consider whether any of these eight steps overlap with Rogers’ statutory obligations for which it was not entitled to reimbursement. The Federal Court of Appeal therefore correctly set aside the motion judge’s order. That said, I find myself in respectful disagreement with the Federal Court of Appeal’s decision that the costs for which Rogers may recover in complying with the *Norwich* order are limited to those incurred in the act of disclosure — although I do agree that Rogers is entitled to recover those costs. As I have explained, the statutory notice and notice regime, as I read it, does not require an ISP to maintain records in a manner or form that would allow copyright owners or a court to discern the identity and physical address of the person to whom notice was sent. In response to a *Norwich* order requiring it to furnish such information (or other supporting information), an ISP is therefore entitled to the reasonable costs of steps that are necessary to discern a person’s identity from the accurate records retained under s. 41.26(1)(b). While these costs, even when combined, may well be small, I would not assume that they will always be “negligible”, as the Federal Court of Appeal anticipates.

[56] À mon humble avis, le juge des requêtes a commis une erreur de droit en omettant de déterminer la pleine portée des obligations du FSI aux termes du par. 41.26(1), puis en omettant de se demander si l’une ou l’autre de ces huit étapes chevauche les obligations légales de Rogers pour lesquelles elle n’avait pas droit à un remboursement. La Cour d’appel fédérale a donc annulé à juste titre l’ordonnance du juge des requêtes. Cela dit, je ne suis pas d’accord avec la décision de la Cour d’appel fédérale selon laquelle les coûts que Rogers peut recouvrer en raison de sa conformité à l’ordonnance de type *Norwich* se limitent à ceux engagés à l’égard de la communication en tant que telle — bien que je convienne que Rogers a le droit de recouvrer ces coûts. Comme je l’ai expliqué, le régime législatif d’avis et avis, à mon sens, n’exige pas que le FSI tienne un registre d’une manière ou sous une forme qui permettrait aux titulaires de droits d’auteur ou à un tribunal de discerner l’identité et l’adresse physique de la personne à qui l’avis a été envoyé. En réponse à une ordonnance de type *Norwich* l’obligeant à fournir de tels renseignements (ou d’autres renseignements à l’appui), le FSI a donc droit aux coûts raisonnables des mesures nécessaires pour discerner l’identité d’une personne à partir du registre exact conservé au titre de l’al. 41.26(1)(b). Bien que ces coûts, même combinés, puissent être minimes, je ne présume pas qu’ils seront toujours « négligeables », comme le prévoit la Cour d’appel fédérale.

[57] I do, however, agree with the Federal Court of Appeal that, on this record, it is impossible to determine Rogers' reasonable costs of compliance in this case. As indicated above, to the extent the motion judge assessed the fee charged by Rogers, that assessment was not undertaken with reference to s. 41.26, properly interpreted. In the circumstances, which include the difficult and novel questions of statutory interpretation presented by this appeal, I would return this matter to the motion judge to allow Rogers to prove its reasonable costs of compliance. And, given those same circumstances, Rogers should be entitled to adduce new evidence to prove its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order.

IV. Conclusion

[58] I would therefore allow Rogers' appeal. Rogers is entitled to its reasonable costs of compliance with the *Norwich* order. The *quantum* of its entitlement is remitted to the motion judge at the Federal Court to be determined in accordance with this Court's interpretation of ss. 41.25 and 41.26 of the Act.

[59] As to costs, it is a precondition of a *Norwich* order that an ISP is entitled to its reasonable legal costs incurred in *Norwich* order proceedings (*BMG Canada Inc. (C.A.)*, at paras. 15 and 35). I would therefore restore the motion judge's order awarding Rogers its legal costs of \$500. Given the unusual circumstances of this appeal which I have already described, however, as well as the divided success throughout these proceedings, I would direct that the parties bear their own costs at this Court and at the Federal Court of Appeal (see *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259, at para. 38).

[57] Je suis toutefois d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que, selon la preuve au dossier, il est impossible de déterminer les coûts raisonnables occasionnés par Rogers pour se conformer à l'ordonnance dans la présente affaire. Comme il a déjà été mentionné, dans la mesure où le juge des requêtes a évalué les droits exigés par Rogers, cette évaluation n'a pas été entreprise en tenant compte de l'art. 41.26, dûment interprété. Dans les circonstances, qui comprennent les questions nouvelles et épineuses relatives à l'interprétation législative que soulève le présent pourvoi, je retournerais cette question au juge des requêtes afin de permettre à Rogers de prouver les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*. Et, compte tenu de ces mêmes circonstances, Rogers devrait avoir le droit de présenter de nouveaux éléments de preuve pour prouver ces coûts.

IV. Conclusion

[58] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi de Rogers. Celle-ci a droit aux coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type *Norwich*. La question du montant auquel a droit Rogers est renvoyée au juge des requêtes à la Cour fédérale pour qu'elle soit tranchée conformément à l'interprétation que donne la Cour aux art. 41.25 et 41.26 de la Loi.

[59] En ce qui a trait aux dépens, l'ordonnance de type *Norwich* comporte la condition préalable que le FSI a droit aux dépens raisonnables qu'il a encourus dans le cadre de l'instance relative à l'ordonnance de type *Norwich* (*BMG Canada Inc. (C.A.)*, par. 15 et 35). Je rétablirais donc l'ordonnance du juge des requêtes qui octroyait à Rogers des dépens de 500 \$. Toutefois, à la lumière des circonstances inhabituelles du présent pourvoi que j'ai déjà décrites, de même que du succès mitigé tout au long de la présente affaire, j'ordonnerais que les parties supportent leurs propres dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale (voir *Cartier International AG c. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259, par. 38).

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[60] I agree that the appeal should be allowed. The Court of Appeal (2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339) erred in imposing a series of implied obligations on Internet service providers (“ISP”s) that cannot and should not be read into the statute, especially in light of the presumption that changes to the common law require a “clear and unequivocal expression of legislative intent” (*Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 19). Brown J. rightly rejects many aspects of that analysis.

[61] I would, however, go further than my colleague, Brown J. In my view, none of the eight steps that Rogers Communications Inc. undertakes in response to a *Norwich* order is supplanted by the statutory notice and notice regime (*Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.)). I also disagree with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a *Norwich* order is received and then seeking compensation for that work. Assuming that Rogers’ eight-step process is otherwise reasonable, a determination that does not appear to have been made by the motion judge in the first instance (2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136), Rogers is entitled to full compensation for the steps it takes to identify an account holder and to disclose that identity to a copyright claimant.

II. Analysis

[62] In the context of this appeal, the notice and notice regime imposes two sets of statutory obligations on ISPs, neither of which is, at present, subject to compensation. First, under s. 41.26(1)(a), an

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[60] Je suis d’avis qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi. La Cour d’appel (2017 CAF 97) a commis une erreur en imposant aux fournisseurs de services Internet (« FSI ») une série d’obligations implicites qui ne peuvent ni ne doivent être considérées comme découlant de la loi, particulièrement à la lumière de la présomption voulant que les changements à la common law nécessitent une « expression de volonté claire et non équivoque du législateur » (*Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 19). Le juge Brown écarte à juste titre de nombreux aspects de cette analyse de la Cour d’appel.

[61] J’irais cependant plus loin que mon collègue le juge Brown. À mon avis, aucune des huit étapes suivies par Rogers Communications Inc. en réponse à une ordonnance de type *Norwich* n’est supplantée par le régime législatif d’avis et avis (*Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.)). Je suis aussi en désaccord avec la proposition voulant que toute obligation implicite découlant du par. 41.26(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, empêche catégoriquement un FSI de vérifier certains éléments de son registre au moment où il reçoit l’ordonnance de type *Norwich* et de demander une indemnisation pour ces travaux. Si l’on suppose que le processus en huit étapes de Rogers est par ailleurs raisonnable, une conclusion que le juge des requêtes ne semble pas avoir tirée en première instance (2016 CF 881), Rogers a droit à la pleine indemnisation pour les étapes qu’elle suit afin d’identifier un titulaire de compte et de communiquer son identité au titulaire du droit d’auteur.

II. Analyse

[62] Dans le contexte du présent pourvoi, le régime d’avis et avis impose aux FSI deux séries d’obligations statutaires, et aucune de celles-ci ne peut, présentement, faire l’objet d’une indemnisation.

ISP must forward a notice of claimed infringement electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data provided by a copyright claimant belongs, and must then inform that claimant whether or not the notice was successfully forwarded. Second, under s. 41.26(1)(b), an ISP must “retain records that will allow the identity of [that] person . . . to be determined”. Taken together, these provisions make clear that an ISP need not actually determine the identity of an alleged infringer. And, as Brown J. concludes, there is no obligation to retain these records in any particular manner or form (paras. 43-46). Thus, any work required to determine an alleged infringer’s identity and to disclose that identity pursuant to a *Norwich* order is not subsumed within the notice and notice regime and can therefore be subject to compensation in accordance with the common law. I agree with the majority to this extent. But how does this interpretation apply to Rogers?

[63] Rogers, as one Canada’s largest ISPs, receives upwards of two million infringement notice requests per year. That amounts to more than 5,000 per day. Because of this high volume, it processes these requests using an automated platform. A copyright holder submits a request to the platform through an electronic portal, providing Internet Protocol (“IP”) address information of the alleged infringer. The platform then automatically sends the infringement notice to the email address of the Rogers account holder associated with the specified IP information. To borrow an example that my colleague Gascon J. used at the hearing, the platform may automatically send an infringement notice to “gohabsgo@gmail.com”, if that is the email address linked to the specified IP information according to Rogers’ electronic system. But at no point does Rogers actually determine the name of the person alleged to have engaged in copyright infringement — the owner of the “gohabsgo@gmail.com” email account — in response to a notice and notice request, let alone the person’s physical address or other identifying information. Rogers

Premièrement, conformément à l’al. 41.26(1)a), le FSI doit transmettre par voie électronique un avis de la prétendue violation du droit d’auteur à la personne à qui appartient l’emplacement électronique identifié par les données de localisation fournies par le titulaire du droit d’auteur, et ensuite informer ce dernier de la transmission avec succès ou non de l’avis en question. Deuxièmement, conformément à l’al. 41.26(1)b), le FSI doit « conserver [. . .] un registre permettant d’identifier [cette] personne ». Ensemble, ces dispositions indiquent clairement que le FSI n’est pas tenu d’établir l’identité de la personne qui aurait violé le droit d’auteur. En outre, comme le conclut le juge Brown, il n’existe aucune obligation de conserver ce registre d’une manière particulière ou sous une forme particulière (par. 43-46). En conséquence, le travail nécessaire pour établir l’identité de la personne qui aurait violé le droit d’auteur et pour communiquer cette identité conformément à une ordonnance de type *Norwich* n’est pas inclus dans le régime d’avis et avis, et peut donc faire l’objet d’une indemnisation en application de la common law. Je suis d’accord avec les juges majoritaires sur ce point. Mais de quelle façon une telle interprétation s’applique-t-elle à Rogers?

[63] Rogers, en tant que l’un des plus importants FSI au Canada, reçoit plus de deux millions de demandes relatives à des avis de violation par année, ce qui représente plus de 5000 par jour. En raison de ce volume élevé, Rogers traite ces demandes au moyen d’une plateforme automatisée. Le titulaire du droit d’auteur soumet une demande à la plateforme par le biais d’un portail électronique et fournit les renseignements quant à l’adresse de protocole Internet (« IP ») de la personne qui aurait violé le droit d’auteur. La plateforme envoie ensuite automatiquement un avis de violation à l’adresse courriel du titulaire de compte Rogers associé à l’adresse IP indiquée. Pour reprendre l’exemple utilisé par mon collègue le juge Gascon lors de l’audience, la plateforme peut envoyer automatiquement un avis de violation à l’adresse « gohabsgo@gmail.com » s’il s’agit de l’adresse courriel associée à l’adresse IP indiquée selon le système électronique de Rogers. Toutefois, à aucun moment Rogers n’identifie-t-elle la personne qui aurait violé le droit d’auteur — soit le propriétaire du compte de courriel « gohabsgo@gmail.

submits that this process complies with its statutory obligations under s. 41.26(1)(a), and Voltage does not appear to contest this point.

[64] In contrast, Rogers receives between 1,500 and 3,000 lookup requests of the type made by Voltage each year (*Norwich* orders). It responds to these requests manually through a process that involves multiple staff members and lookups across different databases. It does not employ an automated process because the number of requests is comparatively low, and the cost of error — improperly disclosing an account holder’s personal information to a third party and erroneously subjecting that account holder to service of legal process — is comparatively high. Rogers also submits that this process simply cannot be automated. Unlike notice and notice requests, which are typically submitted in identically formatted electronic documents by copyright holders that have registered with Rogers, court orders must be examined manually to ensure they are legitimate and to determine the specific nature of information requested.

[65] According to Brown J., the notice and notice regime imposes an implied obligation on Rogers to *accurately* determine to whom the automated notice must be forwarded under s. 41.26(1)(a) (para. 32). Likewise, he draws a distinction between “ensur[ing] the accuracy of . . . records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined” (for which an ISP cannot be compensated) and “verify[ing] the identity of a person in response to a *Norwich* order” (for which an ISP can be compensated), on the basis of another implied obligation (para. 52). He then instructs the motion judge to reassess Rogers’ process in light of this understanding.

com » — en réponse à une demande dans le cadre du régime d’avis et avis, et ne donne encore moins son adresse physique ou d’autres renseignements permettant de l’identifier. Rogers soutient que ce processus est conforme à ses obligations statutaires prévues à l’al. 41.26(1)a), et Voltage ne semble pas contester ce point.

[64] En revanche, Rogers reçoit chaque année entre 1500 et 3000 demandes de recherche du même type que celles qu’a présentées Voltage (ordonnances de type *Norwich*). Elle répond à ces demandes manuellement au moyen d’un processus auquel participent de multiples employés et qui comporte des recherches dans diverses bases de données. Elle n’a pas recours à un système automatisé parce que le nombre de demandes est relativement peu élevé et le coût d’une erreur — c’est-à-dire communiquer incorrectement les renseignements personnels d’un titulaire de compte à un tiers, et assujettir par erreur ce titulaire à la signification de procédures judiciaires — est relativement élevé. Rogers soutient aussi que ce processus ne peut tout simplement pas être automatisé. Contrairement aux demandes dans le cadre du régime d’avis et avis, qui sont habituellement soumises dans des documents électroniques formatés de façon identique par des titulaires de droit d’auteur qui se sont enregistrés auprès de Rogers, les ordonnances judiciaires doivent être examinées manuellement afin de vérifier leur légitimité et de déterminer la nature précise des renseignements demandés.

[65] Selon le juge Brown, le régime d’avis et avis impose à Rogers l’obligation implicite d’établir *avec exactitude* à qui l’avis automatisé doit être envoyé conformément à l’al. 41.26(1)a) (par. 32). En outre, il établit une distinction entre « assurer l’exactitude d[u] [. . .] registre permettant d’identifier le propriétaire d’une adresse IP » (une obligation pour laquelle le FSI ne peut être indemnisé) et « vérifier l’identité d’une personne en réponse à une ordonnance de type *Norwich* » (une obligation pour laquelle le FSI peut être indemnisé), sur le fondement d’une autre obligation implicite (par. 52). Il demande ensuite au juge des requêtes de réévaluer le processus suivi par Rogers à la lumière de cette interprétation.

[66] In my view, the entirety of Rogers' eight-step process falls into this second bucket. Rogers is not "in effect, verifying the accuracy of the very records which it was required by s. 41.26(1) to retain" (Brown J.'s reasons, at para. 52); it is determining and verifying the *identity* of a person (which it does not already know) *based on those records*. It does so by logging the request, verifying that the account is a Rogers account, querying other databases (such as the duplicate modem list and the customer database), and screenshotting the results for review by another employee. This amounts to a comprehensive and thorough means of accurately identifying the *person* associated with the IP information provided by the copyright holder. The process assumes that Rogers has accurately sent an automated infringement notice (if such notice was requested) to the email address linked in its system to the IP information provided by the copyright holder. It simply correlates and cross-references various other records to ensure that an account holder is identified correctly. The fact that Rogers may have already determined the person's email address through its automated platform does not render any of the eight steps duplicative or redundant, especially since a copyright holder is not obliged to proceed through the notice and notice platform before submitting a *Norwich* request. It remains open to the motion judge to adopt this reading of the statute after Rogers has had the opportunity to adduce new evidence on these points.

[67] But in the alternative, even if some steps in Rogers' *Norwich* process could be characterized as "verifying" pre-existing information or records, I respectfully reject Brown J.'s conclusion that Rogers should be precluded from seeking compensation on the basis of any purported implied obligation in s. 41.26(1).

[66] À mon avis, l'ensemble du processus en huit étapes de Rogers fait partie de cette deuxième catégorie. Rogers n'effectue pas « dans les faits, la vérification de l'exactitude du registre même qu'[elle] était tenu[e] de conserver aux termes du par. 41.26(1) » (motifs du juge Brown, par. 52); elle établit et vérifie l'*identité* de la personne (qu'elle ne connaît pas déjà) *en fonction de ce registre*. Elle le fait en répertoriant la demande, en vérifiant s'il s'agit d'un compte Rogers, en faisant des recherches dans d'autres bases de données (comme la liste des modems en double et la base de données sur les clients), et en faisant des captures d'écran des résultats pour qu'un autre employé puisse les examiner. Ceci constitue un moyen exhaustif et rigoureux d'identifier avec exactitude la *personne* associée à l'adresse IP fournie par le titulaire du droit d'auteur. Ce processus tient pour acquis que Rogers a bien envoyé un avis automatisé de violation (si un tel avis a été demandé) à l'adresse courriel qui est associée dans son système à l'adresse IP fournie par le titulaire du droit d'auteur. Ce processus établit simplement des corrélations entre des registres ainsi que des renvois à divers autres registres afin d'assurer que le titulaire du compte est identifié correctement. Le fait que Rogers puisse avoir déjà déterminé l'adresse courriel de la personne grâce à sa plateforme automatisée ne rend pas répétitive ou redondante l'une ou l'autre des huit étapes du processus, notamment parce que le titulaire du droit d'auteur n'est pas tenu de passer par la plateforme du régime d'avis et avis avant de soumettre une demande d'ordonnance de type *Norwich*. Le juge des requêtes pourrait toujours adopter cette interprétation de la loi une fois que Rogers aura eu l'occasion de présenter de nouveaux éléments de preuve sur ces points.

[67] Mais, subsidiairement, même si certaines étapes du processus de Rogers relatif aux ordonnances de type *Norwich* pouvaient être qualifiées de « vérifications » des renseignements ou registres préexistants, je dois avec égards rejeter la conclusion du juge Brown selon laquelle Rogers ne devrait pas pouvoir demander une indemnisation sur le fondement de toute obligation implicite qui découlerait du par. 41.26(1).

[68] For one thing, customer information, including physical addresses, email addresses, and phone numbers, can change over time; and a *Norwich* order may be received well after the automated notice of infringement is first sent to the account holder. The accuracy of that information must still be verified at the time the account holder's identity is requested by the copyright holder. After all, it is the account holder's *current* identifying information that a claimant must obtain in order to initiate a legal proceeding for copyright infringement — not the identifying information as it may have existed when the automated infringement notice was sent. (Or, put more accurately, *if* and when an automated notice was sent.) Indeed, this is precisely the information that Voltage requested in its motion.

[69] But more importantly, it is of course possible that not all of the millions of infringement notices generated by Rogers' automated platform are sent to the correct account holder in accordance with s. 41.26(1)(a). In some cases, this may be entirely outside of Rogers' control — for example, where an account holder improperly enters an email address in his or her account profile, causing Rogers to send the notice to someone else. In other cases, there may be complicating factors that are identified only through Rogers' manual process and not through the automated platform.

[70] For Brown J., the answer to this problem is that Rogers cannot seek compensation for verifying anything it has done through its automated platform. In effect, it must assume that the automated notice makes its way to the correct person each and every time, for every one of the millions of notice requests it receives. But if we accept the reality that the automated platform may sometimes result in errors, Rogers is left with only two options, according to Brown J.: either it must redesign its automated system around the identification needs that affect only a miniscule subset of those cases; or it must undertake

[68] Tout d'abord, les renseignements relatifs aux clients, y compris les adresses physiques, les adresses électroniques et les numéros de téléphone, peuvent changer au fil du temps; une ordonnance de type *Norwich* peut être reçue bien après l'envoi initial de l'avis automatisé de violation au titulaire de compte. Il demeure nécessaire de vérifier l'exactitude de ces renseignements au moment où le titulaire du droit d'auteur demande l'identité du titulaire de compte. Après tout, ce sont les renseignements *actuels* permettant l'identification du titulaire de compte dont le demandeur a besoin afin d'intenter une action pour violation du droit d'auteur — et non les renseignements d'identification qui existaient quand l'avis automatisé de violation a été envoyé (ou, plus précisément, *si* et quand un avis automatisé a été envoyé). D'ailleurs, ce sont précisément ces renseignements que Voltage a demandés dans sa requête.

[69] Toutefois, ce qui est encore plus important, c'est qu'il est évidemment possible que les millions d'avis de violation produits par la plateforme automatisée de Rogers ne soient pas tous envoyés au bon titulaire de compte conformément à l'al. 41.26(1)a). Dans certains cas, cela peut se produire sans que Rogers ait le moindre contrôle sur la situation — par exemple, lorsqu'un titulaire de compte n'indique pas la bonne adresse électronique dans son profil, ce qui fait en sorte que Rogers envoie l'avis à quelqu'un d'autre. Dans d'autres cas, il peut y avoir des complications qui ne peuvent être décelées que lorsqu'un employé de Rogers suit le processus de vérification manuelle, et que la plateforme automatisée ne peut déceler.

[70] Pour le juge Brown, la réponse à ce problème est que Rogers ne peut demander d'indemnisation en contrepartie de la vérification d'une recherche déjà effectuée au moyen de sa plateforme automatisée. Dans les faits, Rogers doit tenir pour acquis que l'avis automatisé s'est rendu chaque fois à la bonne personne, pour chacune des millions de demandes d'avis qu'elle reçoit. Mais si nous acceptons la réalité selon laquelle la plateforme automatisée peut parfois causer des erreurs, seules deux possibilités s'offrent à Rogers, selon le juge Brown : soit elle doit réviser la conception de son système automatisé relativement

manual verifications in response to a *Norwich* order for free.

[71] With respect, I see things differently. A party responding to a *Norwich* order is entitled to reimbursement for reasonable costs of compliance (see, e.g., *Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439 (C.A.)). So what is reasonable in this context? Given that Rogers receives more than two million notice and notice requests each year, the fraction of cases in which a notice is not sent to the correct account holder by the automated platform may not justify adopting the degree of manual verifications that Rogers employs in response to *Norwich* orders. But, in the *Norwich* context — where there are substantially fewer requests and a higher cost if an error is made — there may be good justifications for conducting more rigorous verifications. It is therefore reasonable for Rogers to undertake such verifications, recognizing that the sheer number of the notice and notice requests it receives may make perfect compliance an illusory goal in that context. There is no “irresistible clearness” in the statute to justify displacing this otherwise sensible approach on the basis of a purported implied obligation (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39).

[72] Of course, Rogers does not have free reign to conduct whatever verifications it chooses and to saddle copyright holders with the associated costs. The common law *Norwich* regime permits an ISP to be compensated only for “reasonable” steps to comply with an order. Thus, to the extent that an ISP performs unnecessarily extensive or duplicative verifications, judges are empowered to deny the costs of those verifications. But that authority comes from the common law, not from an interpretation of this

aux besoins en matière d’identification qui touchent seulement un infime sous-ensemble de ces cas; ou bien elle doit entreprendre gratuitement des vérifications manuelles en réponse à une ordonnance de type *Norwich*.

[71] Avec égards, je vois les choses autrement. La partie qui répond à une ordonnance de type *Norwich* a droit au remboursement des coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l’ordonnance (voir, p. ex., *Glaxo Wellcome PLC c. M.R.N.*, [1998] 4 C.F. 439 (C.A.)). Alors, qu’est-ce qui est raisonnable dans le contexte qui nous occupe? Compte tenu du fait que Rogers reçoit chaque année plus de deux millions de demandes dans le cadre du régime d’avis et avis, une faible proportion de cas où la plateforme automatisée n’envoie pas l’avis au bon titulaire de compte peut ne pas justifier pour ces demandes l’adoption de vérifications manuelles de l’ampleur de celles actuellement effectuées par Rogers en réponse aux ordonnances de type *Norwich*. Cependant, dans le contexte d’une ordonnance de type *Norwich* — où le nombre de demandes est beaucoup moins important et où le coût d’une erreur est plus élevé — il pourrait être justifié d’effectuer des vérifications plus rigoureuses. Par conséquent, il est raisonnable que Rogers entreprenne de telles vérifications, en reconnaissance du fait que le nombre de demandes qu’elle reçoit dans le cadre du régime d’avis et d’avis peut faire de la conformité parfaite un objectif illusoire dans ce contexte. Rien dans la loi ne justifie de façon « incontestablement claire » que cette démarche par ailleurs sensée soit écartée en fonction d’une obligation soi-disant implicite (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39).

[72] Évidemment, Rogers n’a pas carte blanche pour effectuer toutes les vérifications qu’elle veut et en refiler les coûts aux titulaires de droits d’auteur. Le régime de common law établi dans *Norwich* permet aux FSI d’être indemnisés seulement pour les étapes « raisonnables » suivies en vue de se conformer à l’ordonnance. Ainsi, dans la mesure où le FSI procède inutilement à des vérifications approfondies ou redondantes, les juges ont le pouvoir de refuser le remboursement de ces coûts. Ce pouvoir provient

statute. If, for example, an ISP engaged in a manual lookup of an account holder's name, but redundantly assigned that task to 10 different staff members, each performing an identical and superfluous function, a judge could undoubtedly deny compensation on the basis that such steps were not reasonable.

[73] The problem here is that the motion judge does not appear to have made an independent finding as to the reasonableness of Rogers' eight-step process. He did conclude that Rogers' fee of \$100 per hour was reasonable — a finding that counsel for Voltage conceded was “thoroughly canvassed” in the underlying decision, and therefore need not be addressed again. But whether Rogers may charge \$100 per hour does not answer the question of *what* Rogers may charge \$100 per hour to do.

[74] On my interpretation of the statute, of course, Rogers' eight-step process is not subsumed within the notice and notice regime. And as I have mentioned, it remains open to the motion judge under Brown J.'s reasons to adopt this interpretation and to conclude that Rogers' process is otherwise reasonable. But even on my reading of the statute, I would still remit the matter for a determination of whether the time that Rogers spends completing its eight-step process is reasonable. The motion judge should make a finding on this point in the first instance, separate and apart from his finding on the reasonableness of the hourly rate.

III. Conclusion

[75] For the reasons described above, I concur with Brown J. that the appeal should be allowed and the matter remitted to the motion judge for further proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto.

cependant de la common law, et non d'une interprétation de la loi. Si, par exemple, un FSI procède à la recherche manuelle du nom d'un titulaire de compte, mais assigne cette tâche de façon redondante à 10 employés différents, chacun exécutant une fonction identique et superflue, le juge peut certainement refuser d'accorder une indemnisation pour le motif que ces étapes n'étaient pas raisonnables.

[73] Le problème en l'espèce découle du fait que le juge des requêtes ne semble pas avoir tiré une conclusion indépendante quant au caractère raisonnable du processus en huit étapes de Rogers. Il a conclu que les honoraires de 100 \$ l'heure de Rogers étaient raisonnables — conclusion qui, selon le procureur de Voltage, a été [TRADUCTION] « exhaustivement débattue », et qui n'a donc pas besoin d'être examinée à nouveau. Mais la question de savoir si Rogers peut facturer 100 \$ l'heure n'offre pas de réponse à la question de savoir ce que *peut faire* Rogers pour 100 \$ l'heure.

[74] Selon mon interprétation de la loi, évidemment, le processus en huit étapes de Rogers n'est pas inclus dans le régime d'avis et avis. Et comme je l'ai déjà mentionné, le juge des requêtes peut encore, selon les motifs du juge Brown, adopter cette interprétation et conclure que le processus de Rogers est par ailleurs raisonnable. Toutefois, même selon mon interprétation de la loi, je renverrais l'affaire pour que soit tranchée la question de savoir si le temps que Rogers a passé à suivre son processus en huit étapes était raisonnable. Le juge des requêtes devrait tirer une conclusion à ce sujet en première instance, conclusion qui doit être distincte et séparée de celle concernant le caractère raisonnable du taux horaire.

III. Conclusion

[75] Pour les motifs décrits précédemment, je partage l'avis du juge Brown, selon lequel le pourvoi devrait être accueilli et l'affaire renvoyée au juge des requêtes pour que celui-ci tranche d'autres questions.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : Torys, Toronto.

Solicitors for the respondents: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.

Solicitors for the interveners Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs des intimées : Aird & Berlis, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Bell Canada Inc., Consortium des Opérateurs de Réseaux Canadiens Inc., Cogeco Inc., Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. et Xplornet Communications Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

**Jacques Chagnon, in his capacity as
President of the National Assembly of Québec**
Appellant

v.

**Syndicat de la fonction publique et
parapublique du Québec** *Respondent*

and

**Honourable Serge Joyal, P.C., and Speaker
of the Legislative Assembly of Ontario**
Interveners

**INDEXED AS: CHAGNON v. SYNDICAT DE LA
FONCTION PUBLIQUE ET PARAPUBLIQUE DU
QUÉBEC**

2018 SCC 39

File No.: 37543.

2018: March 15; 2018: October 5.

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

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

Constitutional law — Parliamentary privilege — Scope of privilege — Security guards dismissed by President of National Assembly of Québec — Union grieving dismissals before labour arbitrator — President objecting to grievances on basis that decision to dismiss guards immune from review because of parliamentary privilege over management of employees and parliamentary privilege to exclude strangers — Whether President has established that either parliamentary privilege is necessary for National Assembly to discharge legislative mandate and therefore dismissals should be immune from arbitrator’s review — Act respecting the National Assembly, CQLR, c. A-23.1, ss. 110, 120.

Three security guards employed by the National Assembly of Québec were dismissed by the President of the National Assembly for using their employer’s cameras to observe activities inside nearby hotel rooms. Their union

**Jacques Chagnon, ès qualités de président de
l’Assemblée nationale du Québec** *Appelant*

c.

**Syndicat de la fonction publique et
parapublique du Québec** *Intimé*

et

**Honorable Serge Joyal, c.p., et président
de l’Assemblée législative de l’Ontario**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CHAGNON c. SYNDICAT DE LA
FONCTION PUBLIQUE ET PARAPUBLIQUE DU
QUÉBEC**

2018 CSC 39

N° du greffe : 37543.

2018 : 15 mars; 2018 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Privilège parlementaire — Portée du privilège — Gardiens de sécurité congédiés par le président de l’Assemblée nationale du Québec — Présentation par le syndicat de griefs contre les congédiements à un arbitre en droit du travail — Opposition du président aux griefs au motif que la décision de congédier les gardiens était à l’abri d’une révision en raison du privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et de celui d’expulser des étrangers — Le président a-t-il établi que l’un ou l’autre des privilèges parlementaires était nécessaire pour que l’Assemblée nationale puisse s’acquitter de son mandat législatif, de sorte que les congédiements devraient être à l’abri d’une révision par l’arbitre? — Loi sur l’Assemblée nationale, RLRQ, c. A-23.1, art. 110, 120.

Trois gardiens de sécurité au service de l’Assemblée nationale du Québec ont été congédiés par le président de l’Assemblée nationale parce qu’ils ont utilisé des caméras de leur employeur pour observer ce qui se passait

grieved their dismissals before a labour arbitrator. The President objected to the grievances on the basis that the decision to dismiss the guards was immune from review because it was protected by the parliamentary privilege over the management of employees and the parliamentary privilege to exclude strangers from the legislative assembly. The arbitrator concluded that the dismissals were not protected by either parliamentary privilege, and therefore that the grievances could proceed. The reviewing judge agreed with the arbitrator's reasoning with regards to the privilege to exclude strangers, but found that the decision to dismiss the security guards was protected from review by the privilege over the management of employees. A majority of the Court of Appeal held that the arbitrator had correctly concluded that the dismissals were not protected by parliamentary privilege.

Held (Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The dismissals are not protected by parliamentary privilege and therefore are not immune from external review under the applicable labour relations regime. Although the President is entitled to exercise his management rights and dismiss security guards for a just and sufficient cause, parliamentary privilege does not insulate the President's decision from review under the labour regime to which the guards are subject.

Legislative bodies in Canada, including provincial legislative assemblies, have inherent parliamentary privileges that flow from their nature and function in a Westminster model of parliamentary democracy. Inherent parliamentary privileges help preserve the separation of powers and promote the proper functioning of representative democracy, by protecting some areas of legislative activity from external review. However, the inherent nature of parliamentary privilege means that its existence and scope must be strictly anchored to its rationale. It is the role of the courts to determine whether a category of parliamentary privilege exists and to delimit its scope, whereas it is for the legislative assemblies to determine whether in a particular case the exercise of the privilege is necessary or appropriate. The scope of parliamentary privilege is delimited by the purposes it serves, and extends only so far as is necessary to protect legislators in the discharge of their legislative and deliberative functions, and the legislative assembly's work in holding the government to account for the conduct of the country's business. Because

à l'intérieur de chambres d'un hôtel voisin. Leur syndicat a contesté les congédiements par voie de griefs devant un arbitre en droit du travail. Le président s'est opposé aux griefs au motif que la décision de congédier les gardiens était à l'abri d'une révision parce qu'elle était protégée par le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et par celui d'expulser des étrangers de l'assemblée législative. L'arbitre a conclu que les congédiements n'étaient pas protégés par l'un ou l'autre des privilèges parlementaires, et que l'instruction des griefs pouvait donc avoir lieu. Le juge en révision était d'accord avec le raisonnement de l'arbitre en ce qui a trait au privilège d'expulser des étrangers, mais il a conclu que la décision de congédier les gardiens de sécurité n'était pas susceptible de révision en raison du privilège relatif à la gestion du personnel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué que l'arbitre avait eu raison de conclure que les congédiements n'étaient pas protégés par le privilège parlementaire.

Arrêt (les juges Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin : Les congédiements ne sont pas protégés par le privilège parlementaire et ne sont donc pas à l'abri d'une révision externe dans le cadre du régime de relations de travail applicable. Bien que le président soit autorisé à exercer ses droits de gestion et à congédier les gardiens de sécurité pour une cause juste et suffisante, le privilège parlementaire ne protège pas sa décision d'une révision dans le cadre du régime des relations de travail auquel les gardiens sont assujettis.

Au Canada, les organes législatifs, y compris les assemblées législatives provinciales, disposent de privilèges parlementaires inhérents qui découlent de leur nature et de leur fonction au sein d'une démocratie parlementaire basée sur le modèle du Parlement de Westminster. Les privilèges parlementaires inhérents contribuent à maintenir la séparation des pouvoirs et à favoriser le bon fonctionnement de la démocratie représentative, en protégeant certains domaines d'activité législative d'une révision externe. Cependant, la nature inhérente du privilège parlementaire signifie que son existence et sa portée doivent être fermement ancrées dans sa raison d'être. Il appartient aux tribunaux d'établir si une catégorie de privilège parlementaire existe et d'en délimiter la portée, tandis qu'il appartient aux assemblées législatives de déterminer si l'exercice de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier. La portée du privilège parlementaire est délimitée par les objectifs qu'il vise, et ne s'appliquera que dans la mesure où cela est indispensable pour protéger les législateurs dans l'exécution de leurs fonctions législatives

courts cannot review the exercise of parliamentary privileges, even on *Canadian Charter of Rights and Freedoms* grounds, they must ensure that the protection provided by a privilege does not exceed its purpose. Therefore, a purposive approach must be taken when assessing parliamentary privilege claims. Such an approach helps to reconcile the privilege with the *Charter*, by ensuring that it is only as broad as is necessary for the proper functioning of a constitutional democracy.

The party seeking to rely on the immunity from external review conferred by parliamentary privilege bears the burden of establishing its necessity, that is, to demonstrate that the scope of the protection it claims is necessary in light of the purposes of parliamentary privilege. The necessity test demands that the sphere of activity over which the privilege is claimed be more than merely connected to the legislative assembly's functions. The immunity that is sought from the application of ordinary law must also be necessary to the assembly's constitutional role.

In this case, the standard of review applicable to the decision of the arbitrator is correctness. The arbitrator correctly concluded that the President's decision to dismiss the security guards is not subject to parliamentary privilege. First, the President has failed to establish the necessity of a parliamentary privilege over the management of the guards. Admittedly, the guards perform some important tasks that are connected to the constitutional functions of the National Assembly, including protecting it from security threats and helping to maintain decorum in the chamber. However, the National Assembly does not require immunity from outside scrutiny of the general management of the security guards in order to discharge its constitutional functions. The management of the guards could be dealt with under ordinary law without impeding the National Assembly's security or its ability to legislate and deliberate. Permitting the enforcement of basic employment and labour protections for the guards would not undermine the independence required for the National Assembly to fulfil its constitutional mandate with dignity and efficiency.

The question of necessity can be addressed without looking to the *Act respecting the National Assembly*

et délibératives et de la tâche de l'assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays. Puisque les tribunaux ne peuvent pas réviser l'exercice des privilèges parlementaires, même pour des motifs fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, ils doivent faire en sorte que la protection que procure un privilège n'exécède pas son objet. En conséquence, une démarche téléologique doit être adoptée lors de l'appréciation des revendications de privilège parlementaire. Une telle démarche aide à concilier le privilège avec la *Charte*, en veillant à ce qu'il n'ait pas une portée plus large que nécessaire pour le bon fonctionnement d'une démocratie constitutionnelle.

La partie qui invoque l'immunité contre une révision externe en application du privilège parlementaire a le fardeau d'en établir la nécessité, c'est-à-dire qu'elle doit démontrer que la portée de la protection revendiquée est nécessaire à la lumière de l'objet du privilège parlementaire. Le critère de la nécessité exige que la sphère d'activité à l'égard de laquelle est revendiqué le privilège soit plus que simplement liée aux fonctions de l'assemblée législative. L'immunité qui est sollicitée à l'égard de l'application du droit commun doit aussi être nécessaire au rôle constitutionnel de l'assemblée.

En l'espèce, la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre est celle de la décision correcte. L'arbitre a conclu à juste titre que la décision du président de congédier les gardiens de sécurité n'est pas visée par le privilège parlementaire. D'abord, le président n'a pas réussi à prouver la nécessité d'un privilège parlementaire à l'égard de la gestion des gardiens. Il est vrai que les gardiens accomplissent des tâches importantes qui sont liées aux fonctions constitutionnelles de l'Assemblée nationale; notamment, ils protègent celle-ci contre les menaces à la sécurité et aident à faire respecter le décorum dans la salle de l'assemblée. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'Assemblée nationale dispose de l'immunité contre toute révision externe à l'égard de la gestion générale des gardiens de sécurité pour s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles. Les questions liées à la gestion des gardiens pourraient être réglées sous le régime de droit commun sans porter atteinte à la sécurité ou à la capacité de l'Assemblée nationale de s'acquitter de ses fonctions législatives et délibératives. Permettre que les protections habituellement conférées aux employés et aux travailleurs s'appliquent aux gardiens ne nuit pas à l'indépendance dont l'Assemblée nationale a besoin pour s'acquitter de son mandat constitutionnel dignement et efficacement.

La question de la nécessité peut être examinée sans se pencher sur la *Loi sur l'Assemblée nationale* (« LAN »).

(“ARNA”). However, while nothing in the legislation abrogates parliamentary privilege, the ARNA establishes that all employees of the National Assembly are managed in accordance with general law. Sections 110 and 120 of the ARNA provide that the employees of the National Assembly are members of the civil service and, as such, are generally subject to a labour relations regime unless they are exempted by regulation. As there is currently no regulatory exemption for the security guards, this demonstrates that the National Assembly does not appear to view exclusive control over their management to be necessary to its autonomy.

As for the parliamentary privilege to exclude strangers, while the existence of this privilege has long been recognized, it is not necessary to a legislative assembly’s ability to perform its constitutional functions that the scope of the privilege be drawn so broadly as to include the decision to dismiss employees who implement it on the president or speaker’s behalf. Such an immunity would impact persons who are not members of the legislative assembly, and undermine their access to the labour regime negotiated in accordance with their s. 2(d) Charter rights. The President has not shown that the application of general labour law to those persons would jeopardize the autonomy, dignity and efficiency required for the fulfilment of the National Assembly’s legislative mandate. Accordingly, the privilege to exclude strangers does not protect the decision to dismiss employees who exercise the privilege from review.

Per Rowe J.: There is agreement that the standard of review is correctness and agreement with the majority that the appeal should be dismissed but for different reasons. Whatever the scope of privilege for management of employees, the *Act respecting the National Assembly* (“ARNA”) resolves this case. When a legislative body subjects an aspect of privilege to the operation of a statute, it is the provisions of the statute that govern. While those provisions remain operative, a legislative body cannot reassert privilege so as to do an end-run around the statute whose very purpose is to govern the legislature’s operations. Parliamentary privilege should not be invoked to bypass the application of a statute enacted by the legislature to govern its own operation. It is not an impediment to the functioning of the legislature for it to comply with its own enactments, and it cannot be regarded as an intrusion on the legislature’s privilege.

Cependant, bien qu’aucune mesure législative ne supprime le privilège parlementaire, la LAN établit que les employés de l’Assemblée nationale sont tous gérés conformément au droit commun. Les articles 110 et 120 de la LAN prévoient que les employés de l’Assemblée nationale font partie du personnel de la fonction publique et à ce titre, ils sont généralement assujettis à un régime de relations de travail, à moins d’en être exemptés par règlement. Puisqu’actuellement, il n’existe aucune exemption prévue par règlement pour les gardiens de sécurité, cela démontre que l’Assemblée nationale ne semble pas percevoir le contrôle exclusif de la gestion de ceux-ci comme étant nécessaire à son autonomie.

Pour ce qui est du privilège parlementaire d’expulser des étrangers, bien que son existence soit reconnue depuis longtemps, il n’est pas nécessaire pour qu’une assemblée législative puisse exercer ses fonctions constitutionnelles que son privilège soit défini largement au point d’inclure la décision de congédier des employés qui l’exercent au nom du président. Une telle immunité aurait une incidence sur des personnes qui ne sont pas membres de l’assemblée législative et minerait leur accès au régime de relations de travail négocié conformément aux droits que leur garantit l’al. 2d) de la *Charte*. Le président n’a pas démontré que l’application du droit général du travail à ces personnes mettrait en péril l’autonomie, la dignité et l’efficacité dont l’Assemblée nationale a besoin pour s’acquitter de son mandat législatif. En conséquence, le privilège d’expulser des étrangers ne protège pas d’une révision la décision de congédier les employés qui l’exercent.

Le juge Rowe : Il y a accord quant au fait que la norme de contrôle est celle de la décision correcte, et accord avec l’opinion des juges majoritaires selon laquelle le pourvoi devrait être rejeté, mais pour des motifs différents. Quelle que soit la portée du privilège relatif à la gestion du personnel, la *Loi sur l’Assemblée nationale* (« LAN ») résout le litige. Lorsqu’un corps législatif assujettit un aspect du privilège à l’application d’une loi, ce sont les dispositions de la loi qui s’appliquent. Pendant que ces dispositions sont en vigueur, le corps législatif ne peut se prévaloir du privilège pour contourner la loi dont l’objet même est de régir le fonctionnement de la législature. Le privilège parlementaire ne peut être invoqué pour éviter l’application d’une loi que la législature a adoptée afin de régir son propre fonctionnement. Le fait que la législature se conforme à ses propres textes législatifs ne constitue pas un obstacle à son fonctionnement, et cela ne peut être perçu comme une intrusion eu égard à son privilège.

The relationship between statute and privilege is determined through ordinary principles of statutory interpretation. In this case, in the *ARNA*, the National Assembly has defined how the management of its employees is to be carried out under the public service employment scheme. If the National Assembly wants a group of employees to be removed from this scheme, it can do so through the derogation procedure referred to in s. 120 of the *ARNA*. Privilege would then again operate, provided that the employees fell within the scope of privilege.

As the derogation procedure under s. 120 has not been exercised in this case with respect to the security guards, the President cannot now reassert privilege as to the management of the guards, and thereby insulate the decision to dismiss them from the scrutiny of the grievance arbitrator. It would be contrary to the decision of the National Assembly set out in the *ARNA* for the President to exercise authority over the management of employees on a case by case basis, nominally in the exercise of privilege. Accordingly, the arbitrator did not err in determining that he could hear the grievances.

Per Côté and Brown JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the applicable standard of review is correctness because the existence and scope of parliamentary privileges raise a question of general law that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise. The correctness standard also applies because the existence and scope of parliamentary privileges raise a constitutional issue.

However, there is disagreement with the majority's disposition of this appeal. The parliamentary privileges at issue defeat the grievance arbitrator's jurisdiction. The appeal should therefore be allowed and the grievances dismissed.

The jurisdiction of the courts with respect to parliamentary privileges is narrow — they can only ascertain the existence and scope of such privileges. They must give considerable deference to the view taken by legislative assemblies and their speakers or presidents of the scope of autonomy they consider necessary to fulfill their functions. The courts must rely on the necessity test to ascertain the existence and scope of privileges. This test is concerned with a sphere of the legislative body's activity that will be excluded from the ordinary law. The onus is on the legislative assembly to show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their

La relation entre une loi et le privilège est définie en fonction des principes ordinaires d'interprétation législative. En l'espèce, dans la *LAN*, l'Assemblée nationale a prévu la façon dont doit être géré son personnel sous le régime applicable aux employés de la fonction publique. Si l'Assemblée nationale souhaite qu'un groupe d'employés ne soient plus régis par ce régime, elle peut se prévaloir de la procédure de dérogation à laquelle fait référence l'art. 120 de la *LAN*. Le privilège s'appliquerait donc de nouveau, à condition que les employés soient visés par celui-ci.

Comme la procédure de dérogation prévue à l'art. 120 n'a pas été appliquée en l'espèce à l'égard des gardiens de sécurité, le président ne peut maintenant invoquer le privilège en lien avec la gestion des gardiens, et ainsi soustraire la décision de les congédier à l'examen par l'arbitre de grief. Il serait incompatible avec la décision de l'Assemblée nationale énoncée dans la *LAN* que le président exerce son pouvoir sur la gestion des employés au cas par cas, en théorie, en application du privilège. L'arbitre n'a donc pas commis d'erreur lorsqu'il a jugé avoir compétence pour entendre les griefs.

Les juges Côté et Brown (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires à l'effet que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, puisque l'existence et la portée des privilèges parlementaires soulèvent une question de droit générale à la fois d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre. La norme de la décision correcte s'applique également parce que l'existence et la portée des privilèges parlementaires soulèvent une question constitutionnelle.

Toutefois, il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à la façon de disposer du présent pourvoi. Les privilèges parlementaires en cause font échec à la compétence de l'arbitre de grief. Le pourvoi devrait donc être accueilli et les griefs déclarés irrecevables.

Les tribunaux jouissent d'une compétence étroite en ce qui concerne les privilèges parlementaires — ils peuvent uniquement constater leur existence et leur portée. Ils doivent faire preuve d'une grande retenue quant au degré d'autonomie dont les assemblées législatives et les présidents de ces assemblées estiment devoir bénéficier pour s'acquitter de leurs fonctions. C'est en fonction du critère de la nécessité que les tribunaux doivent constater l'existence et l'étendue des privilèges. Ce critère s'attache à une sphère d'activité de l'organe législatif, qui sera exclue du régime de droit commun. Les assemblées législatives ont le fardeau de démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement

functions as a legislative and deliberative body that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency. In the analysis of the necessity test, the sphere of activity must not be carved up — the analysis must not focus on each employee's specific tasks, but rather on the sphere of activity and the category of employees. Once the courts have found that the sphere of activity and the category of employees are necessary to the proper functioning of the legislative assembly, the inquiry ends, since the privilege has been established. There is thus no need to consider whether grievance arbitration may interfere with the proper functioning of the assembly or jeopardize the dignity of the institution.

Security is one of the spheres of activity necessary to proceedings in an assembly. In a parliamentary democracy, there can be no free debate without security. In order for any legislative assembly to perform its constitutional functions with dignity and efficiency, it is essential that it operate in a secure environment. Security is therefore a sphere of activity that is protected by absolute parliamentary privileges. All decisions relating to security fall within this sphere of activity, including all tasks performed by an assembly's security guards.

This case lies at the intersection of the two privileges claimed. All of the tasks performed by the security guards employed by the Assembly fall within a sphere of activity that is necessary to the proper functioning of the Assembly, namely security. This is enough in itself to establish the management privilege. In addition, the guards exercise, in particular, the privilege to exclude strangers on the President's behalf. Employees to whom the exercise of a recognized parliamentary privilege is delegated necessarily perform a function that is closely and directly connected with the Assembly's activities. The connection required to ground a management privilege will therefore be established where it is shown that a category of employees exercises or participates in exercising a parliamentary privilege that is recognized and necessary. Accordingly, the labour relations of such employees fall within the scope of the privilege over the management of employees, and a decision concerning their dismissal is made in the exercise of this privilege. The dismissal of an employee to whom a privilege has been delegated is the ultimate exercise of the management privilege. To preserve the integrity of the privileges of the Assembly and its members, the President must be able to manage the employees who exercise these privileges without having his or her

et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement. La sphère d'activité ne doit pas être morcelée lors de l'analyse du critère de nécessité — ce ne sont pas les tâches précises de chaque employé qui font l'objet de l'analyse, mais bien la sphère d'activité et la catégorie d'emploi. Une fois que les tribunaux ont conclu que la sphère d'activité et la catégorie d'emploi sont nécessaires au bon fonctionnement de l'assemblée législative, l'analyse prend fin puisque l'existence du privilège est établie. Il n'y a alors pas lieu de se demander si l'arbitrage de grief peut interférer avec le bon fonctionnement de l'assemblée ou porter atteinte à la dignité de l'institution.

La sécurité est une sphère d'activité nécessaire aux travaux des assemblées. Dans une démocratie parlementaire, il ne peut y avoir de débats libres sans sécurité. Il est essentiel pour toute assemblée législative d'opérer dans un environnement sécuritaire pour qu'elle s'acquitte de ses fonctions constitutionnelles dignement et efficacement. Par conséquent, le domaine de la sécurité est une sphère d'activité qui est protégée par des privilèges parlementaires absolus. Toutes les décisions relatives à la sécurité sont comprises dans cette sphère d'activité, incluant toutes les tâches des gardiens de sécurité d'une assemblée.

La présente affaire se trouve à l'intersection des deux privilèges invoqués. L'entièreté des tâches qui relèvent des gardiens de sécurité employés par l'Assemblée fait partie d'une sphère d'activité nécessaire au bon fonctionnement de l'Assemblée, soit la sécurité. Cela est suffisant en soi pour établir le privilège de gestion. De plus, les gardiens exercent notamment, au nom du président, le privilège d'expulsion des étrangers. Un employé à qui est délégué l'exercice d'un privilège parlementaire reconnu exerce nécessairement une fonction présentant un lien étroit et direct avec les activités de l'Assemblée. Le lien nécessaire pour établir l'existence d'un privilège de gestion est donc établi lorsqu'il est démontré qu'une catégorie d'employés exerce ou participe à l'exercice d'un des privilèges parlementaires reconnus et nécessaires. Par conséquent, les relations de travail de ces employés sont visées par le champ d'application du privilège de gestion des employés, et la décision relative à leur congédiement relève de l'exercice de ce privilège. Le congédiement d'un employé à qui un privilège a été délégué est l'exercice ultime du privilège de gestion. Pour préserver l'intégrité des privilèges de l'Assemblée et de ses membres, le président doit pouvoir gérer le personnel qui les exerce sans que ses décisions ne soient remises en cause. Les tribunaux ne peuvent dicter

decisions called into question. The courts cannot dictate to the Assembly how it must go about ensuring the security of its members within its walls by forcing it to employ people the President no longer trusts. If a grievance arbitrator could review the President's decision to terminate the guards' employment, this would mean that part of the exercise of the President's own duties becomes *de facto* reviewable by a court or tribunal and therefore that the Assembly would lose control over decisions concerning its security.

The privileges claimed in this case were not abolished with the coming into force of the *ARNA*, and the Assembly did not waive its privilege in relation to the employees concerned by enacting this statute. The courts must respect the view taken by a speaker or president of a statute dealing with the internal affairs of a legislative assembly. The interpretation proposed by the President of the Assembly must therefore be given predominant weight in determining whether the Assembly intended to limit its privileges.

The *ARNA* governs the internal affairs of the Assembly, which are outside the scope of the courts' jurisdiction. The preamble to the *ARNA* recognizes that the Assembly must protect its proceedings from all interference. Section 110 of the *ARNA* states that the Assembly shall continue to be managed within the scope of the Acts, regulations and rules applicable. Except in cases where the Assembly has expressly provided otherwise, the Acts, regulations and rules of the ordinary law have never applied to a sphere of activity that is subject to parliamentary privileges. The ordinary law that continues to apply to the Assembly is thus necessarily defined by privilege, which has been a constant in Canada's constitutional history.

Section 120 of the *ARNA* deals with the power of the Office of the Assembly to exclude categories of employees from the personnel of the civil service and with the management powers granted to the Secretary General, but it does not mention the President's privileges. It is not clear that this provision implicitly abolishes the privilege over the management of the Assembly's employees by incorporating them into the public service or that it partially withdraws the privilege to exclude strangers from the President. Given that the Court has recognized that parliamentary privileges have constitutional status, the statute must be interpreted in such a way that it does not implicitly abrogate these privileges. It is undesirable to adopt an interpretation to the effect that the Assembly implicitly considers a privilege unnecessary, thereby denying its existence. More is needed to abrogate a constitutional

à l'Assemblée la manière dont elle veille à la sécurité de ses membres à l'intérieur de ses murs en lui imposant des employés en qui le président n'a plus confiance. Si un arbitre de grief pouvait réviser la décision du président de mettre fin à l'emploi des gardiens, cela signifierait qu'une partie de l'exercice des fonctions du président lui-même devient *de facto* sujette au contrôle par les tribunaux, et donc que l'Assemblée perdrait le contrôle sur les décisions touchant à sa sécurité.

Les privilèges invoqués en l'espèce n'ont pas été abolis par l'entrée en vigueur de la *LAN*, et l'Assemblée n'a pas renoncé à son privilège à l'égard des employés visés en adoptant cette loi. Les tribunaux doivent faire preuve de respect à l'égard de l'opinion du président sur une loi portant sur les affaires internes d'une assemblée législative. L'interprétation proposée par le président de l'Assemblée doit donc jouir d'un poids prépondérant lorsqu'il s'agit de déterminer si l'Assemblée avait l'intention de limiter ses privilèges.

La *LAN* régit les affaires internes de l'Assemblée, affaires qui sont hors de la portée juridictionnelle des tribunaux. Le préambule de la *LAN* reconnaît que l'Assemblée doit protéger ses travaux de toute interférence. L'article 110 de la *LAN* souligne que la gestion de l'Assemblée continue de s'exercer dans le cadre des lois, règlements et règles qui lui sont applicables. Sauf dans les cas où l'Assemblée l'a expressément prévu, les lois, règlements et règles du droit commun ne se sont jamais appliqués à une sphère d'activité sujette aux privilèges parlementaires. Ainsi, le régime de droit commun qui continue de s'appliquer à l'Assemblée est nécessairement défini par le privilège, qui a été une constante dans l'histoire constitutionnelle du Canada.

Quant à l'art. 120 de la *LAN*, celui-ci traite des pouvoirs du Bureau de l'Assemblée d'exclure des catégories d'emploi du personnel de la fonction publique et des pouvoirs de gestion attribués au secrétaire général, sans faire mention des privilèges du président. Il n'est pas clair que cette disposition abolit implicitement le privilège de gestion du personnel de l'Assemblée en intégrant ses employés à la fonction publique, ou retire au président une partie du privilège d'expulsion des étrangers. Étant donné que la Cour a reconnu que les privilèges parlementaires jouissent d'un statut constitutionnel, il faut interpréter la loi de telle sorte qu'elle n'abroge pas implicitement ces privilèges. Il n'est pas souhaitable de privilégier une interprétation selon laquelle, implicitement, l'Assemblée n'estimerait pas ce privilège nécessaire, niant ainsi son existence. Il faut plus pour abroger un privilège de nature constitutionnelle.

privilege. Without requiring express language in the *ARNA*, the modern approach to statutory interpretation does require clear, unequivocal legislative intent to abolish or modify parliamentary privileges that are still necessary. In the end, the *ARNA* does not have the effect of limiting the privileges held by the President, who may assert them when deemed necessary, and courts and tribunals cannot assume jurisdiction without a clear indication that the Assembly has conferred it on them. Interference by courts or tribunals would be inconsistent with the Assembly's sovereignty.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; **referred to:** *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Jerusalem v. Austria*, No. 26958/95, ECHR 2001-II; *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606 (1972); *A. v. the United Kingdom*, No. 35373/97, ECHR 2002-X; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400.

By Rowe J.

Referred to: *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661; *Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, Re*, 2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271; *Association des juristes de l'État v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900; *Québec (Procureur général) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2011 QCCA 1247; *Michaud v. Bissonnette*, 2006 QCCA 775; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016.

Sans exiger la présence de termes exprès dans la *LAN*, la méthode moderne d'interprétation des lois requiert une intention législative claire et non équivoque pour abolir ou modifier des privilèges parlementaires qui sont encore nécessaires. En définitive, la *LAN* n'a pas pour effet de limiter les privilèges du président, qui peut les invoquer lorsqu'il l'estime nécessaire, et les tribunaux ne peuvent s'arroger une juridiction sans une indication claire que l'Assemblée la leur confère. L'intervention des tribunaux serait incompatible avec la souveraineté de l'Assemblée.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; **arrêts mentionnés :** *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, CEDH 2001-II; *Gravel c. United States*, 408 U.S. 606 (1972); *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, CEDH 2002-X; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661; *Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, Re*, 2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271; *Association des juristes de l'État c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900; *Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2011 QCCA 1247, [2011] R.J.D.T. 690; *Michaud c. Bissonnette*, 2006 QCCA 775, [2006] R.J.Q. 1552; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Case of the Sheriff of Middlesex* (1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419; *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225; *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *President of the Legislative Council v. Kosmas*, [2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269; *Thompson v. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170; *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400; *Telezona Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Association des juristes de l'État v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900; *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the National Assembly, CQLR, c. A-23.1, preamble, ss. 87, 88, 110, 110.2, 116, 120.
Bill of Rights (Eng.), 1 Will. & Mar. Sess. 2, c. 2, art. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b), (d).
Constitution Act, 1867, preamble, s. 92(1).
Constitution Act, 1982, s. 45.
 Constitution of France, art. 26.
 Constitution of India, arts. 105, 194.
 Constitution of Italy, art. 68.
Employment Protection Act 1975 (U.K.), 1975, c. 71, s. 122(3).
Legislature Act, R.S.Q. 1964, c. 6, s. 55.
Public Administration Act, CQLR, c. A-6.01, s. 36.
Public Service Act, CQLR, c. F-3.1.1, ss. 16, 17, 37, 64.
Regulation respecting ethics and discipline in the public service, CQLR, c. F-3.1.1, r. 3.
 United States Constitution, art. I, § 6(1).

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; *Case of the Sheriff of Middlesex* (1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419; *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225; *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *President of the Legislative Council c. Kosmas*, [2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269; *Thompson c. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170; *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400; *Telezona Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Association des juristes de l'État c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900; *Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661.

Lois et règlements cités

Bill of Rights (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 9.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), d).
 Constitution de l'Inde, art. 105, 194.
 Constitution de l'Italie, art. 68.
 Constitution de la France, art. 26.
 Constitution des États-Unis, art. I, § 6(1).
Employment Protection Act 1975 (R.-U.), 1975, c. 71, art. 122(3).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 45.
Loi de la Législature, S.R.Q. 1964, c. 6, art. 55.
Loi sur l'administration publique, RLRQ, c. A-6.01, art. 36.
Loi sur l'Assemblée nationale, RLRQ, c. A-23.1, préambule, art. 87, 88, 110, 110.2, 116, 120.
Loi sur la fonction publique, RLRQ, c. F-3.1.1, art. 16, 17, 37, 64.
Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique, RLRQ, c. F-3.1.1, r. 3.

Authors Cited

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Campbell, Elaine. *Current Issue Paper #68 — The Sergeant-at-Arms: Historical Origins and Contemporary Roles*. Ontario: Ontario Legislative Research Service, 1987.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Procedure and Practice*, 2nd ed. by Audrey O'Brien and Marc Bosc. Ottawa, 2009.
- Canada. Senate. Standing Committee on Rules, Procedures, and the Rights of Parliament. *A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st Century*. Ottawa, June 2015 (online: http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/sen/yc29-0/YC29-0-412-7-eng.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_1_eng.pdf).
- Cauchon, Hubert. *Le privilège parlementaire de gestion du personnel des assemblées législatives au Canada*, 2008 (online: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/20387/1/25837.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_4_fra.pdf).
- Chaplin, Steven R. “*House of Commons v. Vaid: Parliamentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independence of Parliament*” (2009), 2 *J.P.P.L.* 153.
- Council of Europe. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). *Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities*. Study No. 714/2013, May 14, 2014 (online: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-e); archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_2_eng.pdf).
- Doherty, Peter. “What is this ‘Mysterious Power’? An Historical Model of Parliamentary Privilege in Canada” (2017), 11 *J.P.P.L.* 383.
- Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 24th ed., by Malcolm Jack. London: LexisNexis, 2011.
- Fox-Decent, Evan. “Parliamentary Privilege, Rule of Law and the Charter after the Vaid Case” (2007), 30:3 *Can. Parl. Rev.* 27.
- Groves, Matthew and Enid Campbell. “Parliamentary Privilege and the Courts: Questions of Justiciability” (2007), 7 *O.U.C.L.J.* 175.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).

Doctrine et autres documents cités

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Campbell, Elaine. *Current Issue Paper #68 — The Sergeant-at-Arms : Historical Origins and Contemporary Roles*, Ontario, Ontario Legislative Research Service, 1987.
- Canada. Chambre des communes. *La procédure et les usages de la Chambre des communes*, 2^e éd. par Audrey O'Brien et Marc Bosc, Ottawa, 2009.
- Canada. Sénat. Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement. *Une question de privilège : Document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXI^e siècle*. Ottawa, juin 2015 (en ligne : http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/sen/yc29-0/YC29-0-412-7-fra.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_1_fra.pdf).
- Cauchon, Hubert. *Le privilège parlementaire de gestion du personnel des assemblées législatives au Canada*, 2008 (en ligne : <https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/20387/1/25837.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_4_fra.pdf).
- Chaplin, Steven R. « *House of Commons v. Vaid : Parliamentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independence of Parliament* » (2009), 2 *J.P.P.L.* 153.
- Conseil de l'Europe. Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise). *Rapport sur l'étendue et la levée des immunités parlementaires*, Étude n° 714/2013, 14 mai 2014 (en ligne : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-f); version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_2_fra.pdf).
- Doherty, Peter. « What is this “Mysterious Power”? An Historical Model of Parliamentary Privilege in Canada » (2017), 11 *J.P.P.L.* 383.
- Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 24th ed., by Malcolm Jack, London, LexisNexis, 2011.
- Fox-Decent, Evan. « Le privilège parlementaire, la primauté du droit et la Charte après l’affaire Vaid » (2007), 30:3 *Rev. parl. can.* 29.
- Groves, Matthew and Enid Campbell. « Parliamentary Privilege and the Courts : Questions of Justiciability » (2007), 7 *O.U.C.L.J.* 175.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).

- Lock, G. F. “Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege” (1983), 12 *Indus. L.J.* 28.
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Marsden, Philip. *The Officers of the Commons 1363-1978*. London: Her Majesty’s Stationary Office, 1979.
- McGee, David. *Parliamentary Practice in New Zealand*, 4th ed., by Mary Harris et al. Auckland, New Zealand: Oratia, 2017.
- Mehta, Ravi S. “Sir Thomas’ Blushes: Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies” (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309.
- Pincus, Steve. *1688: The First Modern Revolution*. New Haven: Yale University Press, 2009.
- Post, C. Gordon. *Significant Cases in British Constitutional Law*. New York: Liberal Arts Press, 1957.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 27, n° 90, 4^e sess., 32^e lég., 9 mai 1984, p. 6021-6023.
- République française. Sénat. Direction de l’initiative parlementaire et des délégations. *L’immunité parlementaire, Étude de législation comparée n° 250*, juin 2014 (en ligne : <https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250.pdf>; archived version : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_3_fra.pdf).
- Robert, Charles. “Falling Short: How a Decision of the Northwest Territories Court of Appeal Allowed a Claim to Privilege to Trump Statute Law” (2011), 79 *The Table* 19.
- Robert, Charles, and David Taylor. “Then and Now: Necessity, the Charter and Parliamentary Privilege in the Provincial Legislative Assemblies of Canada” (2012), 80 *The Table* 17.
- Roy, Marc-André. “Le Parlement, les tribunaux et la Charte canadienne des droits et libertés: vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle” (2014), 55 *C. de D.* 489.
- Stubbs, William. *The Constitutional History of England in Its Origin and Development*, vol. III, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1884.
- United Kingdom. House of Commons. *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 49, August 1, 1839, col. 1074-75.
- United Kingdom. House of Commons. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 898, October 29, 1975, col. 1693-99.
- United Kingdom. House of Lords. House of Commons. Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege: Report of Session 2013-14*. London: Stationery Office, July 3, 2013.
- Lock, G. F. « Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege » (1983), 12 *Indus. L.J.* 28.
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*, Toronto, LexisNexis, 2016.
- Marsden, Philip. *The Officers of the Commons 1363-1978*, London, Her Majesty’s Stationary Office, 1979.
- McGee, David. *Parliamentary Practice in New Zealand*, 4th ed., by Mary Harris et al., Auckland, New Zealand, Oratia, 2017.
- Mehta, Ravi S. « Sir Thomas’ Blushes : Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies » (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309.
- Pincus, Steve. *1688 : The First Modern Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- Post, C. Gordon. *Significant Cases in British Constitutional Law*, New York, Liberal Arts Press, 1957.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 27, n° 90, 4^e sess., 32^e lég., 9 mai 1984, p. 6021-6023.
- République française. Sénat. Direction de l’initiative parlementaire et des délégations. *L’immunité parlementaire, Étude de législation comparée n° 250*, juin 2014 (en ligne : <https://www.senat.fr/lc/lc250/lc250.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC39_3_fra.pdf).
- Robert, Charles. « Falling Short : How a Decision of the Northwest Territories Court of Appeal Allowed a Claim to Privilege to Trump Statute Law » (2011), 79 *The Table* 19.
- Robert, Charles, and David Taylor. « Then and Now : Necessity, the Charter and Parliamentary Privilege in the Provincial Legislative Assemblies of Canada » (2012), 80 *The Table* 17.
- Roy, Marc-André. « Le Parlement, les tribunaux et la Charte canadienne des droits et libertés : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle » (2014), 55 *C. de D.* 489.
- Royaume-Uni. House of Commons. *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 49, August 1, 1839, col. 1074-75.
- Royaume-Uni. House of Commons. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 898, October 29, 1975, col. 1693-99.
- Royaume-Uni. House of Lords. House of Commons. Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege : Report of Session 2013-14*, London, Stationery Office, July 3, 2013.
- Stubbs, William. *The Constitutional History of England in Its Origin and Development*, vol. III, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1884.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Morin and Bélanger JJ.A.), 2017 QCCA 271, 20 Admin L.R. (6th) 93, [2017] AZ-51367748, [2017] J.Q. n° 1274 (QL), 2017

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Morin et Bélanger), 2017 QCCA 271, 20 Admin L.R. (6th) 93, [2017] AZ-51367748, [2017] J.Q. n° 1274 (QL), 2017

CarswellQue 1071 (WL Can.), setting aside a decision of Bolduc J., 2015 QCCS 883, [2015] AZ-51156941, [2015] J.Q. n° 1752 (QL), 2015 CarswellQue 1786 (WL Can.), allowing an application for judicial review of an arbitrator's decision, 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370. Appeal dismissed, Côté and Brown JJ. dissenting.

François LeBel, Siegfried Peters and Ariane Beauregard, for the appellant.

Geneviève Baillargeon-Bouchard and Pascale Racicot, for the respondent.

Serge Joyal and David Taylor, for the intervener the Honourable Serge Joyal, P.C.

Catherine Beagan Flood, Emily Hazlett and Christopher DiMatteo, for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario.

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

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] Legislative bodies in Canada have inherent parliamentary privileges which flow from their nature and function in a Westminster model of parliamentary democracy. By shielding some areas of legislative activity from external review, parliamentary privilege helps preserve the separation of powers. It grants the legislative branch of government the autonomy it requires to perform its constitutional functions. Parliamentary privilege also plays an important role in our democratic tradition because it ensures that elected representatives have the freedom to vigorously debate laws and to hold the executive to account.

[2] However, inherent privileges are limited to those which are necessary for legislative bodies to fulfil their constitutional functions. The inherent nature of parliamentary privilege means that its

CarswellQue 1071 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Bolduc, 2015 QCCS 883, [2015] AZ-51156941, [2015] J.Q. n° 1752 (QL), 2015 CarswellQue 1786 (WL Can.), accueillant la demande de contrôle judiciaire d'une décision arbitrale, 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370. Pourvoi rejeté, les juges Côté et Brown sont dissidents.

François LeBel, Siegfried Peters et Ariane Beauregard, pour l'appelant.

Geneviève Baillargeon-Bouchard et Pascale Racicot, pour l'intimé.

Serge Joyal et David Taylor, pour l'intervenant l'honorable Serge Joyal, c.p.

Catherine Beagan Flood, Emily Hazlett et Christopher DiMatteo, pour l'intervenant le président de l'Assemblée législative de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, et Martin rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Au Canada, les organes législatifs disposent de privilèges parlementaires inhérents qui découlent de leur nature et de leur fonction au sein d'une démocratie parlementaire basée sur le modèle du Parlement de Westminster. En protégeant certains domaines d'activité législative d'une révision externe, le privilège parlementaire contribue à maintenir la séparation des pouvoirs. Il accorde à l'organe législatif du gouvernement l'autonomie dont il a besoin pour exercer ses fonctions constitutionnelles. Le privilège parlementaire joue aussi un rôle important dans notre tradition démocratique puisqu'il fait en sorte que les représentants élus peuvent débattre vigoureusement des lois et demander à l'exécutif de rendre des comptes.

[2] Cependant, les privilèges inhérents se limitent à ceux qui sont nécessaires pour que les organes législatifs puissent exercer leurs fonctions constitutionnelles. La nature inhérente du privilège parlementaire

existence and scope must be strictly anchored to its rationale. Because courts cannot review the exercise of parliamentary privilege, even on *Canadian Charter of Rights and Freedoms* grounds, they must ensure that the protection provided by privilege does not exceed the purpose of this doctrine. This case illustrates the importance of taking a purposive approach when assessing parliamentary privilege claims.

[3] The appellant, the President of the National Assembly of Québec, submits that his decision to dismiss three security guards employed by the National Assembly is protected by parliamentary privilege; an arbitrator therefore has no jurisdiction to hear the grievances brought by the respondent union to contest the dismissals. The President says that these employees' dismissals are immune from external review because they fall within the scope of the parliamentary privilege over the management of employees and the privilege to exclude strangers from the National Assembly.

[4] I conclude that the dismissals are not protected by parliamentary privilege. The President has failed to demonstrate that the management of the security guards is so closely and directly connected to the Assembly's constitutional functions that the Assembly requires immunity from the applicable labour relations regime in order to fulfil these functions. Moreover, the *Act respecting the National Assembly*, CQLR, c. A-23.1 (*ARNA*), provides that the employees of the National Assembly are members of the civil service and, as such, they are generally subject to a labour relations regime unless they are exempted by regulation under the *Public Service Act*, CQLR, c. F-3.1.1, s. 64. There is currently no regulatory exemption for the guards or any of the Assembly's other employees. The *ARNA* thus demonstrates that the Assembly does not need exclusive, unreviewable authority over the management of its security guards in order to perform its constitutional role with dignity and efficiency. Further, while the exclusion of strangers is protected by parliamentary privilege, the Assembly's ability to carry out its constitutional mandate does not require the scope of this privilege to extend so far as

signifie que son existence et sa portée doivent être fermement ancrées dans sa raison d'être. Puisque les tribunaux ne peuvent pas réviser l'exercice du privilège parlementaire, même pour des motifs fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, ils doivent faire en sorte que la protection que procure le privilège n'excède pas l'objet de cette doctrine. La présente affaire illustre l'importance d'adopter une démarche téléologique lors de l'appréciation des revendications de privilège parlementaire.

[3] L'appelant, le président de l'Assemblée nationale du Québec, soutient que sa décision de congédier trois gardiens de sécurité à l'emploi de l'Assemblée nationale est protégée par le privilège parlementaire; par conséquent, un arbitre n'a pas compétence pour instruire les griefs déposés par le syndicat intimé afin de contester les congédiements. Le président affirme que le congédiement de ces employés est à l'abri d'une révision externe puisqu'il est visé par le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et par le privilège d'expulser des étrangers de l'Assemblée nationale.

[4] Je conclus que les congédiements ne sont pas protégés par le privilège parlementaire. Le président n'a pas réussi à démontrer que la gestion des gardiens de sécurité est si étroitement et directement liée aux fonctions constitutionnelles de l'Assemblée que celle-ci a besoin d'être soustraite du régime de relations de travail applicable afin d'exercer ces fonctions. De plus, la *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1 (*LAN*), prévoit que les employés de l'Assemblée nationale font partie du personnel de la fonction publique, et à ce titre, ils sont généralement assujettis à un régime de relations de travail, à moins d'en être exemptés par règlement comme le prévoit l'art. 64 de la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1. Actuellement, il n'existe aucune exemption prévue par règlement pour les gardiens ou tout autre employé de l'Assemblée. Il ressort donc de la *LAN* que l'Assemblée n'a pas besoin d'un pouvoir exclusif et non susceptible de révision quant à la gestion de ses gardiens de sécurité pour exercer son rôle constitutionnel avec dignité et efficacité. De plus, bien que l'expulsion d'étrangers soit protégée par le privilège parlementaire, la capacité de l'Assemblée de s'acquitter de son mandat constitutionnel

to protect the decision to terminate employees who assist in excluding strangers. The President has not established that the immunity he claims is necessary.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Background

[6] Three security guards employed by the National Assembly of Québec were dismissed by the appellant, the President of the National Assembly, for using their employer's cameras to observe activities inside nearby hotel rooms. Their union, the respondent, grieved their termination before a labour arbitrator.

[7] The President objected to the grievances on the basis that the decision to dismiss the guards was immune from review because it was protected by the parliamentary privilege over the management of employees and the parliamentary privilege to exclude strangers from the National Assembly.

A. *Arbitral Tribunal, 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370*

[8] The arbitrator, Pierre A. Fortin, found that the security guards' dismissals were not protected by parliamentary privilege, and thus that the grievances could proceed.

[9] He held that the scope of the privilege to exclude strangers from the National Assembly did not protect the decision to terminate the security guards. He rejected the President's argument that the privilege to exclude strangers includes the ability to dismiss employees who implement this privilege. In any case, he found that the security guards do not have the authority to exclude strangers. If a security issue arises, they can signal the issue but cannot otherwise intervene.

n'exige pas que la portée de ce privilège aille jusqu'à protéger la décision par laquelle sont congédiés des employés qui participent à l'expulsion des étrangers. Le président n'a pas établi que l'immunité qu'il revendique est nécessaire.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[6] Trois gardiens de sécurité au service de l'Assemblée nationale du Québec ont été congédiés par l'appelant, le président de l'Assemblée nationale, parce qu'ils ont utilisé des caméras de leur employeur pour observer ce qui se passait à l'intérieur de chambres d'un hôtel voisin. Leur syndicat, l'intimé, a contesté les congédiements par voie de griefs devant un arbitre en droit du travail.

[7] Le président s'est opposé aux griefs au motif que la décision de congédier les gardiens était à l'abri d'une révision parce qu'elle était protégée par le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et par celui d'expulser des étrangers de l'Assemblée nationale.

A. *Tribunal arbitral, 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370*

[8] L'arbitre, Pierre A. Fortin, a conclu que le congédiement des gardiens de sécurité n'était pas protégé par le privilège parlementaire, et que l'inscription des griefs pouvait donc avoir lieu.

[9] Il a déclaré que la portée du privilège d'expulser des étrangers de l'Assemblée nationale ne protégeait pas la décision de congédier les gardiens de sécurité. Il a rejeté l'argument du président voulant que le privilège d'expulser des étrangers inclue la capacité de congédier des employés qui participent à la mise en œuvre de ce privilège. Quoi qu'il en soit, il a conclu que les gardiens de sécurité n'avaient pas le pouvoir d'expulser des étrangers. Si un problème de sécurité survient, ils peuvent le signaler, mais ils ne peuvent pas intervenir d'une autre manière.

[10] Further, the arbitrator found that the guards' dismissals fell outside the scope of the parliamentary privilege over the management of employees. He noted that the verification and surveillance tasks performed by the guards are linked to maintaining the security of the National Assembly. However, unlike other members of the security team, such as police officers and special constables, the guards cannot intervene when issues arise, do not perform acts that could affect proceedings, and are not in contact with members of the Assembly. He concluded that the guards' functions are not closely and directly connected to the Assembly's constitutional functions. As such, their management was not protected by parliamentary privilege.

B. *Quebec Superior Court, 2015 QCCS 883 (Bolduc J.)*

[11] Bolduc J. allowed the President's application for judicial review and held that the arbitrator did not have jurisdiction to decide the grievances.

[12] Although he agreed with the arbitrator's reasoning with regards to the privilege to exclude strangers, he found that the decision to dismiss the security guards was protected from review by the privilege over the management of employees.

[13] The reviewing judge concluded that the arbitrator erred in his assessment of the evidence and gave too little weight to the tasks performed by the guards. He found that the guards are essential to ensuring the security of the parliamentary precinct because they supervise and verify the identity of visitors, and are present in the public gallery during question period. Therefore, he held that the guards' duties are closely and directly connected to the National Assembly's legislative and deliberative functions. Decisions about their management are protected by parliamentary privilege and, as such, are not subject to external review.

[10] De plus, l'arbitre a conclu que le congédiement des gardiens n'était pas visé par le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel. Il a souligné que les tâches de vérification et de surveillance exercées par les gardiens sont liées au maintien de la sécurité à l'Assemblée nationale. Cependant, contrairement à d'autres membres de l'équipe qui assure la sécurité, comme les policiers et les constables spéciaux, les gardiens ne peuvent pas intervenir en cas de problème de sécurité, ne peuvent pas accomplir d'actes susceptibles d'avoir une incidence sur le déroulement des travaux et ne sont pas en contact avec les membres de l'Assemblée. Il a conclu que les fonctions des gardiens ne sont pas étroitement et directement reliées aux fonctions constitutionnelles de l'Assemblée. Par conséquent, la gestion de ceux-ci n'était pas protégée par le privilège parlementaire.

B. *Cour supérieure du Québec, 2015 QCCS 883 (le juge Bolduc)*

[11] Le juge Bolduc a accueilli la demande de révision judiciaire présentée par le président et a conclu que l'arbitre n'avait pas compétence pour trancher les griefs.

[12] Même s'il était d'accord avec le raisonnement de l'arbitre en ce qui a trait au privilège d'expulser des étrangers, il a conclu que la décision de congédier les gardiens de sécurité n'était pas susceptible de révision en raison du privilège relatif à la gestion du personnel.

[13] Le juge saisi de la demande de révision judiciaire a conclu que l'arbitre avait commis une erreur dans son appréciation de la preuve et qu'il n'avait pas accordé suffisamment d'importance aux tâches exécutées par les gardiens. Selon lui, les gardiens sont essentiels pour assurer la sécurité de l'enceinte parlementaire, puisqu'ils effectuent de la surveillance, vérifient l'identité des visiteurs et sont présents à la tribune du public pendant la période de questions. En conséquence, il a conclu que les tâches des gardiens sont étroitement et directement reliées aux fonctions législatives et délibératives de l'Assemblée nationale. Les décisions relatives à la gestion de ceux-ci sont protégées par le privilège parlementaire, et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une révision externe.

C. *Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 271, 20 Admin. L.R. (6th) 93 (Chamberland and Bélanger J.J.A., Morin J.A. dissenting)*

[14] The majority of the Court of Appeal allowed the union's appeal. Bélanger J.A., writing for the majority, held that the arbitrator had correctly concluded that the dismissals of the security guards were not protected by parliamentary privilege. The majority agreed with the arbitrator that the guards do not have the power to exclude strangers. Furthermore, the majority held that the privilege over the management of employees did not apply to the guards because their tasks are not closely and directly connected to the National Assembly's deliberative and legislative functions. The majority recognized that preserving the security of the Assembly was of great importance, and that the security guards play a significant role in this endeavour. However, it concluded that it was not necessary for the President to have unreviewable authority over the management of the guards in order to ensure the Assembly's work proceeds with efficiency and dignity. It added that the Assembly has set out the parameters of the independence it requires to discharge its constitutional mandate in the *ARNA*, and that this statute does not limit the ability of the guards to grieve their dismissals.

[15] Morin J.A., dissenting, would have dismissed the appeal. In his view, the termination of the security guards fell within the scope of the privilege over the management of employees. He reasoned that the guards provide front-line security services, without which the Assembly could not carry out its constitutional mandate with dignity and efficiency. He also found that parliamentary privilege supersedes and cannot be limited by the *ARNA*.

III. Issues

[16] The issue in this appeal is whether the arbitrator can decide the grievances, or whether the dismissals of the security guards are protected by parliamentary privilege. The parties have asked

C. *Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 271 (les juges Chamberland et Bélanger, le juge Morin, dissident)*

[14] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel interjeté par le syndicat. La juge Bélanger, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a statué que l'arbitre avait eu raison de conclure que le congédiement des gardiens de sécurité n'était pas protégé par le privilège parlementaire. Les juges majoritaires ont convenu avec l'arbitre que les gardiens n'avaient pas le pouvoir d'expulser des étrangers. De plus, ils ont affirmé que le privilège relatif à la gestion du personnel ne s'appliquait pas aux gardiens puisque leurs tâches n'étaient pas étroitement et directement reliées aux fonctions délibératives et législatives de l'Assemblée nationale. Les juges majoritaires ont reconnu que le maintien de la sécurité à l'Assemblée était de la plus haute importance, et que les gardiens de sécurité y contribuent de façon importante. Cependant, selon eux, il n'était pas nécessaire que le président dispose d'un pouvoir non susceptible de révision à l'égard de la gestion des gardiens pour faire en sorte que l'Assemblée puisse accomplir son travail dignement et efficacement. Ils ont ajouté que l'Assemblée a établi dans la *LAN* les paramètres de l'indépendance dont elle a besoin pour s'acquitter de son mandat constitutionnel, et que cette loi ne limite pas la capacité des gardiens de contester leur congédiement au moyen de griefs.

[15] Le juge Morin, dissident, aurait rejeté l'appel. À son avis, le congédiement des gardiens de sécurité était visé par le privilège relatif à la gestion du personnel. Il a expliqué que les gardiens fournissent des services de sécurité de première ligne, sans lesquels l'Assemblée ne pourrait pas s'acquitter de son mandat constitutionnel dignement et efficacement. Il a aussi conclu que le privilège parlementaire a préséance sur la *LAN* et qu'il ne peut être limité par celle-ci.

III. Questions

[16] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'arbitre peut trancher les griefs, ou si le congédiement des gardiens de sécurité est protégé par le privilège parlementaire. Les parties ont

this Court to determine: (1) whether the decision to dismiss the guards is protected by a parliamentary privilege over the management of employees; and (2) whether it is protected by the parliamentary privilege to exclude strangers. As I shall explain, I would answer that it is not. I agree with the arbitrator and the majority of the Quebec Court of Appeal that this decision is not subject to parliamentary privilege.

IV. Analysis

[17] As a preliminary point, the applicable standard of review in this case is correctness. The majority reasons of the Court of Appeal below were written without the benefit of our Court's reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (*CHRC*). It suffices to state that the existence and scope of parliamentary privilege is a question of central importance to the legal system and outside the expertise of the arbitrator (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 60; *CHRC*, at paras. 28 and 42). Labour arbitrators do not have specialized expertise in relation to parliamentary privilege. Moreover, while this appeal involves only the National Assembly of Québec, the conclusions regarding parliamentary privilege will affect all other legislative bodies.

A. *Parliamentary Privilege: A Purposive Approach*

[18] Legislative assemblies in Canada, including provincial legislative assemblies, received “certain very moderate [parliamentary] privileges” through the common law as an inherent and necessary component of their legislative function, and by virtue of the preamble of the *Constitution Act, 1867* (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 377, citing R. M. Dawson, *The Government of Canada* (5th ed. 1970), at p. 338; see also *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 345 and 374-81; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 29(3); J. P. J. Maingot,

demandé à la Cour de décider : (1) si la décision par laquelle les gardiens ont été congédiés est protégée par le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel; et (2) si cette décision est protégée par le privilège parlementaire d'expulser des étrangers. Comme je l'expliquerai, je répondrais par la négative. Je conviens avec l'arbitre et les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec que cette décision n'est pas visée par le privilège parlementaire.

IV. Analyse

[17] Tout d'abord, la norme de contrôle applicable dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rédigé leurs motifs sans bénéficier des motifs de la Cour dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (*CHRC*). Il suffit de dire que l'existence et la portée du privilège parlementaire est une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique mais qui est étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 60; *CHRC*, par. 28 et 42). Les arbitres en droit du travail ne possèdent pas d'expertise spécialisée quant au privilège parlementaire. De plus, bien que le présent pourvoi ne concerne que l'Assemblée nationale du Québec, les conclusions relatives au privilège parlementaire toucheront tous les autres organes législatifs.

A. *Privilège parlementaire : une interprétation téléologique*

[18] Les assemblées législatives au Canada, y compris les assemblées législatives provinciales, reçoivent [TRADUCTION] « certains privilèges [parlementaires] très restreints » en application de la common law, lesquels représentent des éléments inhérents et nécessaires à leur fonction législative, et en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 377, citant R. M. Dawson, *The Government of Canada* (5^e éd. 1970), p. 338; voir également *New Brunswick Broadcasting*, p. 345 et 374-381; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667,

Parliamentary Immunity in Canada (2016), at pp. 13 and 19).

[19] Parliamentary privilege is defined as “the sum of the privileges, immunities and powers enjoyed by the Senate, the House of Commons and provincial legislative assemblies, and by each member individually, without which they could not discharge their functions” (*Vaid*, at para. 29(2)). These privileges, immunities, and powers exceed those afforded to the general population (*Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (24th ed. 2011), by M. Jack, at p. 203). Therefore, parliamentary privilege “is an exemption from some duty, burden, attendance or liability to which others are subject” (Maingot, at p. 13). Decisions falling within the scope of parliamentary privilege cannot be reviewed by an external body, including a court (*Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.), at p. 1168; *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 350 and 382-84; *Vaid*, at para. 29(9)).

[20] Many countries afford special protections to the legislative branch of government. For instance, numerous civil law and common law jurisdictions guarantee the immunity of elected representatives from liability for speech that relates to their legislative work.¹ Legislative immunities ensure the proper functioning of a representative democracy. They cultivate a space in which the voices of the people, including those who hold potentially unpopular opinions, can be heard and considered.²

¹ See e.g. the United Kingdom *Bill of Rights* (Eng.), 1 Will. & Mar. Sess. 2, c. 2, art. 9; the United States Constitution, art. I, § 6(1); the Constitution of France, art. 26; the Constitution of India, arts. 105 and 194; the Constitution of Italy, art. 68; and New Zealand (see e.g. D. McGee, *Parliamentary Practice in New Zealand* (4th ed. 2017), by M. Harris et al., at pp. 722-24).

² See e.g. *Jerusalem v. Austria*, No. 26958/95, ECHR 2001-II, at para. 36; R. S. Mehta, “Sir Thomas’ Blushes: Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies” (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309, at pp. 309 and 318; République française, Sénat, Direction de l’initiative parlementaire et des délégations, *L’immunité parlementaire*, Étude de législation comparée n° 250 (June 2014) (online), at p. 8; Council of Europe, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities*, Study No. 714/2013 (May 14, 2014) (online), at paras. 36-37.

par. 29(3); J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), p. 13 et 19).

[19] Le privilège parlementaire s’entend de la « somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s’acquitter de leurs fonctions » (*Vaid*, par. 29(2)). Ces privilèges, immunités et pouvoirs excèdent ceux dont jouit la population en général (*Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (24^e éd. 2011), par M. Jack, p. 203). En conséquence, le privilège parlementaire [TRADUCTION] « est une exemption d’une certaine obligation, charge, participation ou responsabilité à laquelle d’autres personnes sont assujetties » (Maingot, p. 13). Les décisions qui sont visées par le privilège parlementaire ne peuvent être révisées par un organisme externe, ce qui comprend les tribunaux (*Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (B.R.), p. 1168; *New Brunswick Broadcasting*, p. 350 et 382-384; *Vaid*, par. 29(9)).

[20] Dans bien des pays, l’organe législatif du gouvernement jouit de protections particulières. Par exemple, de nombreux pays de droit civil et de common law garantissent l’immunité des représentants élus à l’égard de leurs propos qui se rapportent à leur travail législatif¹. Les immunités législatives assurent le bon fonctionnement d’une démocratie représentative. Elles permettent l’existence d’un espace où les voix de tous, y compris de ceux qui ont des opinions susceptibles d’être impopulaires, peuvent être entendues et prises en considération².

¹ Voir p. ex. le *Bill of Rights* du Royaume-Uni, (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 9; la Constitution des États-Unis, art. I, § 6(1); la Constitution de la France, art. 26; la Constitution de l’Inde, art. 105 et 194; la Constitution de l’Italie, art. 68; et la Nouvelle-Zélande (voir p. ex. D. McGee, *Parliamentary Practice in New Zealand* (4^e éd. 2017), par M. Harris et autres, p. 722-724).

² Voir p. ex. *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, CEDH 2001-II, par. 36; R. S. Mehta, « Sir Thomas’ Blushes : Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies » (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309, p. 309 et 318; République française, Sénat, Direction de l’initiative parlementaire et des délégations, *L’immunité parlementaire*, Étude de législation comparée n° 250 (juin 2014) (en ligne), p. 8; Conseil de l’Europe, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur l’étendue et la levée des immunités parlementaires*, Étude n° 714/2013 (14 mai 2014) (en ligne), par. 36-37.

[21] Legislative privileges also allow legislative bodies to fearlessly hold the executive branch of government to account. They thus help preserve the separation and balance of power between the different branches of government (see e.g. *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606 (1972), at p. 616; R. S. Mehta, “Sir Thomas’ Blushes: Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies” (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309, at p. 309).

[22] In the U.K., the doctrine of parliamentary privilege developed through the struggle of the House of Commons for independence from the other branches of government (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 344 and 379; P. Doherty, “What is this ‘Mysterious Power’? An Historical Model of Parliamentary Privilege in Canada” (2017), 11 *J.P.P.L.* 383, at p. 390). Historically, “the Crown and the courts showed no hesitation to intrude into the sphere of the Houses of Parliament” (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 344). Members of the House of Commons were arrested by the sovereign if he disagreed with the Members’ conduct or speech in Parliament. Members opposed these arrests, asserting that they were inconsistent with their privileges (Canada, House of Commons, *House of Commons Procedure and Practice* (2nd ed. 2009), by A. O’Brien and M. Bosc, at p. 64). Parliamentary privilege was partly confirmed in statute in the *Bill of Rights* (Eng.), 1 Will. & Mar. Sess. 2, c. 2 (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 345). Article 9 states that “the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament”. However, parliamentary privilege in the U.K. extends beyond the protection of free speech (*Erskine May*, at p. 206). Therefore, parliamentary privilege has played a particularly important role in guaranteeing the separation of powers in the U.K. It ensures that democratically-elected members of the House of Commons can voice their concerns and independently represent the interests of their constituents (see also U.K., House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Parliamentary Privilege: Report of Session 2013-14* (July 3, 2013), at p. 7; *A. v. the United*

[21] Les privilèges législatifs permettent aussi aux organes législatifs de demander sans crainte au pouvoir exécutif du gouvernement de rendre des comptes. Ils contribuent donc à maintenir la séparation et l’équilibre des pouvoirs entre les différentes branches du gouvernement (voir p. ex. *Gravel c. United States*, 408 U.S. 606 (1972), p. 616; R. S. Mehta, « Sir Thomas’ Blushes : Protecting Parliamentary Immunity in Modern Parliamentary Democracies » (2012), 17 *E.H.R.L.R.* 309, p. 309).

[22] Au Royaume-Uni, la doctrine du privilège parlementaire est ressortie de la lutte de la Chambre des communes pour l’indépendance vis-à-vis des autres branches du gouvernement (*New Brunswick Broadcasting*, p. 344 et 379; P. Doherty, « What is this “Mysterious Power”? An Historical Model of Parliamentary Privilege in Canada » (2017), 11 *J.P.P.L.* 383, p. 390). Historiquement, « la Couronne et les tribunaux n’ont nullement hésité à s’immiscer dans le domaine des chambres du Parlement » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 344). Des députés de la Chambre des communes étaient arrêtés par le souverain lorsque celui-ci était en désaccord avec leur comportement durant les débats de la Chambre ou avec les paroles qu’ils avaient prononcées à ce moment. Les députés se sont opposés à ces arrestations en faisant valoir qu’elles étaient incompatibles avec leurs privilèges (Canada, Chambre des communes, *La procédure et les usages de la Chambre des communes* (2^e éd. 2009), A. O’Brien et M. Bosc, p. 64). Le privilège parlementaire a été partiellement confirmé dans le *Bill of Rights* (Angl.), 1689, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2 (*New Brunswick Broadcasting*, p. 345). L’article 9 de cette loi prévoit que [TRADUCTION] « la liberté de parole et des débats ou travaux au Parlement ne devrait être attaquée ou contestée devant aucun tribunal ni ailleurs qu’au Parlement ». Cependant, le privilège parlementaire au Royaume-Uni s’étend au-delà de la protection de la liberté de parole (*Erskine May*, p. 206). En conséquence, le privilège parlementaire a joué un rôle particulièrement important en assurant la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni. Grâce à lui, les députés démocratiquement élus de la Chambre des communes peuvent exprimer leurs

Kingdom, No. 35373/97, ECHR 2002-X, at paras. 66 and 77).

[23] In Canada, parliamentary privilege is grounded in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, which provides Canada with “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. It is an inherent and necessary component of the Westminster model of parliamentary democracy. As in the U.K., the inherent privileges of Canadian legislative bodies are a means to preserve their independence and promote the workings of representative democracy. It is meant to enable the legislative branch and its members to proceed fearlessly and without interference in discharging their constitutional role, that is, enacting legislation and acting as a check on executive power (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 354; *Vaid*, at paras. 21 and 41). It guarantees “an independent space for the citizens’ representatives to carry out their parliamentary functions; the freedom to debate and decide what laws should govern, and the unfettered ability to hold the executive branch of the State to account” (S. R. Chaplin, “*House of Commons v. Vaid: Parliamentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independence of Parliament*” (2009), 2 *J.P.P.L.* 153, at p. 154).

[24] When tethered to its purposes, parliamentary privilege is an important part of the public law of Canada (see *Vaid*, at para. 29(3)). The insulation from external review that privilege provides is a key component of our constitutional structure and the law that governs it. Judicial review of the exercise of parliamentary privilege, even for *Charter* compliance, would effectively nullify the necessary immunity this doctrine is meant to afford the legislature (*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 350 and 382-84; *Vaid*, at para. 29(9)). However, while legislative assemblies are not accountable to the courts for

préoccupations et représenter de façon indépendante les intérêts de leurs électeurs (voir aussi R.-U., House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Parliamentary Privilege : Report of Session 2013-14* (3 juillet 2013), p. 7 (rapport du comité conjoint britannique de 2013); A. c. *Royaume-Uni*, n° 35373/97, CEDH 2002-X, par. 66 et 77).

[23] Au Canada, le privilège parlementaire est fondé sur le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Canada une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Il s’agit d’un élément fondamental et essentiel du modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster. Comme au Royaume-Uni, les privilèges inhérents des organes législatifs canadiens constituent un moyen de préserver leur indépendance et de favoriser le fonctionnement des travaux de la démocratie représentative. Ils visent à permettre à la branche législative et à ses membres de s’acquitter sans crainte et sans intervention externe de leur rôle constitutionnel, soit adopter des lois et agir comme contrepoids au pouvoir exécutif (*New Brunswick Broadcasting*, p. 354; *Vaid*, par. 21 et 41). Ces privilèges assurent l’existence d’un [TRADUCTION] « espace indépendant pour les représentants des citoyens afin qu’ils puissent mener à bien leurs fonctions parlementaires; la liberté de débattre et de décider des lois qui s’appliqueront, et la capacité absolue de demander à la branche exécutive de l’État de rendre des comptes » (S. R. Chaplin, « *House of Commons v. Vaid : Parliamentary Privilege and the Constitutional Imperative of the Independence of Parliament* » (2009), 2 *J.P.P.L.* 153, p. 154).

[24] Lorsqu’il est mis en lien avec ses objets, le privilège parlementaire constitue un élément important du droit public du Canada (voir *Vaid*, par. 29(3)). L’immunité contre une révision externe qu’assure le privilège est une composante importante de notre structure constitutionnelle et du droit qui la régit. La révision judiciaire de l’exercice du privilège parlementaire, même sur le plan de la conformité avec la *Charte*, pourrait dans les faits annuler l’immunité nécessaire que cette doctrine vise à conférer à la législature (*New Brunswick Broadcasting*, p. 350 et 382-384; *Vaid*, par. 29(9)). Cependant, bien que les

the ways in which they exercise their parliamentary privileges, they remain accountable to the electorate (Chaplin, at p. 164).

[25] Yet, while the independence of the legislature is a necessary aspect of our constitutional structure and is wholly part of our law, so are its limits. The inherent nature of parliamentary privilege means that its existence and scope must be strictly anchored to its rationale. Notably, it creates a sphere of decision-making immune from judicial oversight for compliance with the *Charter*. It may also impede persons who are not members of the legislature from accessing recourses available under ordinary law (*Vaid*, at para. 30). As this Court explained in *Vaid*, “[c]ourts are apt to look more closely at cases in which claims to privilege have an impact on persons outside the legislative assembly than at those which involve matters entirely internal to the legislature” (para. 29(12); see also para. 4).

[26] The history of parliamentary privilege in the U.K. demonstrates the importance of defining its scope in accordance with its purpose. Indeed, for a time after the passage of the U.K. *Bill of Rights* of 1689, members of the House of Commons sought to use the protection of privilege in their private lives (Doherty, at p. 391; see also O’Brien and Bosc, at p. 65; *Stockdale*, at pp. 1116-17). Such an appeal to privilege is improper as the protection sought does not help preserve the separation of powers and promote the proper functioning of representative democracy. The scope of parliamentary privilege in the U.K. has thus narrowed over time (Canada, Senate Standing Committee on Rules, Procedures, and the Rights of Parliament, *A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st Century* (June 2015) (online), at pp. 6-7; O’Brien and Bosc, at p. 67; see also U.K. Joint Committee Report (2013), at p. 8).

assemblées législatives n’aient pas à répondre devant les tribunaux de la façon dont elles exercent leurs privilèges parlementaires, elles doivent en répondre devant l’électorat (Chaplin, p. 164).

[25] Toutefois, bien que l’indépendance de la législature soit un élément nécessaire de notre structure constitutionnelle et qu’elle fasse partie intégrante de notre droit, on peut dire la même chose de ses limites. La nature inhérente du privilège parlementaire signifie que son existence et sa portée doivent être fermement ancrées dans sa raison d’être. En particulier, il fait en sorte qu’un domaine décisionnel est à l’abri d’un contrôle judiciaire au regard de sa conformité avec la *Charte*. Il peut également priver des personnes non membres de la législature des réparations prévues par le droit commun (*Vaid*, par. 30). Comme l’a expliqué la Cour dans *Vaid*, « [l]es tribunaux peuvent examiner de plus près les affaires dans lesquelles la revendication d’un privilège a des répercussions sur des personnes qui ne sont pas membres de l’assemblée législative en cause, que celles qui portent sur des questions purement internes » (par. 29(12); voir aussi le par. 4).

[26] L’historique du privilège parlementaire au Royaume-Uni démontre qu’il est important de définir sa portée conformément à son objet. En effet, pendant un certain temps après l’adoption du *Bill of Rights* au Royaume-Uni en 1689, les députés de la Chambre des communes ont cherché à se prévaloir de la protection du privilège dans leur vie privée (Doherty, p. 391; voir aussi O’Brien et Bosc, p. 65; *Stockdale*, p. 1116-1117). Une telle utilisation du privilège est inadéquate puisque la protection sollicitée ne contribue pas au maintien de la séparation des pouvoirs et ne favorise pas le bon fonctionnement de la démocratie représentative. La portée du privilège parlementaire au Royaume-Uni s’est donc réduite au fil du temps (Canada, Sénat, Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement, *Une question de privilège : Document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXI^e siècle* (juin 2015) (en ligne), p. 6-7; O’Brien et Bosc, p. 67; voir aussi le rapport du comité mixte britannique de 2013, p. 8).

[27] Thus, in Canada, the scope of parliamentary privilege is delimited by the purposes it serves (see e.g. *Vaid*, at paras. 41-46). It inheres to the nature and functions of legislative assemblies as a separate branch of government. The reach of inherent privilege extends only so far as is “necessary to protect legislators in the discharge of their legislative and deliberative functions, and the legislative assembly’s work in holding the government to account for the conduct of the country’s business” (*Vaid*, at para. 41; see also *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 381-85). Otherwise, it would unjustifiably trump other parts of the Constitution.

[28] Where the privilege that is claimed could undermine the *Charter* rights of people who are not members of the legislative assembly, a purposive approach helps to reconcile parliamentary privilege with the *Charter*. Neither the *Charter* nor parliamentary privilege “prevails over the other” (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 69). They “enjo[y] the same constitutional weight and status” (*Vaid*, at para. 34 (emphasis deleted)). Accordingly, when conflicts between the *Charter* and parliamentary privilege arise, “the proper approach is not to resolve the conflict by subordinating one principle to the other, but rather to attempt to reconcile them” (*Harvey*, at para. 69). No doubt it will sometimes be challenging to reconcile these two constitutional imperatives (see e.g. C. Robert and D. Taylor, “Then and Now: Necessity, the Charter and Parliamentary Privilege in the Provincial Legislative Assemblies of Canada” (2012), 80 *The Table* 17, at pp. 19 and 42-43; M.-A. Roy, “Le Parlement, les tribunaux et la *Charte canadienne des droits et libertés*: vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle” (2014), 55 *C. de D.* 489, at pp. 512 and 521-22). In *Harvey*, McLachlin J. sought to reconcile them by adopting a narrower interpretation of s. 3 of the *Charter* so it was consistent with parliamentary privilege, and limiting the scope of the privilege at issue in light of the *Charter* (paras. 70 and 74). A purposive approach to parliamentary privilege recognizes the *Charter* implications of parliamentary privilege. It strives to reconcile privilege and the *Charter* by ensuring that the privilege is only as broad as is

[27] En conséquence, au Canada, la portée du privilège parlementaire est délimitée par les objectifs qu’il vise (voir p. ex. *Vaid*, par. 41-46). Celui-ci est inhérent à la nature et aux fonctions des assemblées législatives en tant que branche distincte du gouvernement. Le privilège inhérent ne s’appliquera que dans la mesure où cela est « indispensable pour protéger les législateurs dans l’exécution de leurs fonctions législatives et délibératives et de la tâche de l’assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays » (*Vaid*, par. 41; voir aussi *New Brunswick Broadcasting*, p. 381-385). Autrement, il empiéterait de façon injustifiée sur d’autres parties de la Constitution.

[28] Lorsque le privilège revendiqué pourrait porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à des personnes qui ne sont pas membres de l’assemblée législative, une interprétation téléologique aide à concilier le privilège parlementaire avec la *Charte*. Ni la *Charte* ni le privilège parlementaire « ne l’emport[e] » sur l’autre (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 69). Ils ont « le même statut et le même poids constitutionnels » (*Vaid*, par. 34 (italique omis)). En conséquence, lorsque surviennent des conflits entre la *Charte* et le privilège parlementaire, « il convient non pas de résoudre ces conflits en subordonnant un principe à l’autre, mais plutôt d’essayer de les concilier » (*Harvey*, par. 69). Nul doute qu’il sera parfois difficile de concilier ces deux impératifs constitutionnels (voir p. ex. C. Robert et D. Taylor, « Then and Now : Necessity, the Charter and Parliamentary Privilege in the Provincial Legislative Assemblies of Canada » (2012), 80 *The Table* 17, p. 19 et 42-43; M.-A. Roy, « Le Parlement, les tribunaux et la *Charte canadienne des droits et libertés* : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle » (2014), 55 *C. de D.* 489, p. 512 et 521-522). Dans *Harvey*, la juge McLachlin a tenté de les concilier en adoptant une interprétation plus étroite de l’art. 3 de la *Charte*, de sorte qu’il soit compatible avec le privilège parlementaire, et en limitant la portée du privilège en cause à la lumière de la *Charte* (par. 70 et 74). Une interprétation téléologique du privilège parlementaire tient compte des incidences relatives à la *Charte* du privilège parlementaire. Elle vise à concilier le privilège et la *Charte* en veillant à ce

necessary for the proper functioning of our constitutional democracy.

[29] In order to fall within the scope of parliamentary privilege, the matter at issue must meet the necessity test: it must be “so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body . . . that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency” (*Vaid*, at para. 46).

[30] The necessity test thus demands that the sphere of activity over which parliamentary privilege is claimed be more than merely *connected* to the legislative assembly’s functions. The *immunity* that is sought from the application of ordinary law must also be necessary to the assembly’s constitutional role. In other words, “[i]f a sphere of the legislative body’s activity could be left to be dealt with under the ordinary law of the land without interfering with the assembly’s ability to fulfill its constitutional functions, then immunity would be unnecessary and the claimed privilege would not exist” (*Vaid*, at para. 29(5)).

[31] Previously recognized categories of parliamentary privilege serve as examples of matters meeting this requirement. Take, for instance, the immunity of members of the legislative assembly for their speech insofar as it relates to their mandate, the legislative assembly’s autonomy in controlling its debates or proceedings, its “power to exclude strangers from proceedings”, and its authority to discipline its members as well as “non-members who interfere with the discharge of parliamentary duties” (*Vaid*, at para. 29(10)). That said, given its rationale, the necessity of a privilege must be assessed in the contemporary context. Even if a certain area has historically been considered subject to parliamentary privilege, it may only continue to be so if it remains necessary to the independent functioning of our legislative bodies today (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 387; see also *Vaid*, at para. 29(6)).

que le privilège n’ait pas une portée plus large que nécessaire pour le bon fonctionnement de notre démocratie constitutionnelle.

[29] Pour être visée par le privilège parlementaire, la question en cause doit satisfaire au critère de la nécessité : elle doit être « si étroitement et directement liée à l’exercice, par l’assemblée ou son membre, de leurs fonctions d’assemblée législative et délibérante [. . .] qu’une intervention externe saperait l’autonomie dont l’assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement » (*Vaid*, par. 46).

[30] Le critère de la nécessité exige donc que la sphère d’activité à l’égard de laquelle est revendiqué le privilège parlementaire soit plus que simplement *liée* aux fonctions de l’assemblée législative. L’*immunité* qui est sollicitée à l’égard de l’application du droit commun doit aussi être nécessaire au rôle constitutionnel de l’assemblée. Autrement dit, « [s]i une sphère d’activité de l’organe législatif pouvait relever du régime de droit commun du pays sans que cela nuise à la capacité de l’assemblée de s’acquitter de ses fonctions constitutionnelles, l’immunité ne serait pas nécessaire et le privilège revendiqué inexistant » (*Vaid*, par. 29(5)).

[31] Les catégories de privilège parlementaire qui ont déjà été reconnues servent d’exemples de questions qui satisfont à cette exigence. Prenons, notamment, l’immunité des membres de l’assemblée législative quant à leurs propos se rapportant à leur mandat, l’autonomie de l’assemblée législative quant au contrôle sur ses débats ou travaux, son « pouvoir d’exclure les étrangers des débats » et son pouvoir disciplinaire à l’endroit de ses membres ainsi que des « non-membres qui s’ingèrent dans l’exercice des fonctions du Parlement » (*Vaid*, par. 29(10)). Cela dit, compte tenu de sa raison d’être, il faut établir si le privilège demeure nécessaire dans le contexte contemporain. Même si un certain domaine a historiquement été considéré comme étant assujéti au privilège parlementaire, il continuera de l’être seulement s’il demeure, encore aujourd’hui, nécessaire au fonctionnement indépendant de nos organes législatifs (*New Brunswick Broadcasting*, p. 387; voir aussi *Vaid*, par. 29(6)).

[32] The party seeking to rely on the immunity from external review conferred by parliamentary privilege bears the burden of establishing its necessity. It must demonstrate that the scope of the protection it claims is necessary in light of the purposes of parliamentary privilege. It is the role of the courts to determine whether a category of parliamentary privilege exists and to delimit its scope. Though the courts “give considerable deference to [the legislative body’s] view of the scope of autonomy it considers necessary to fulfill its functions”, their role is nonetheless to “ensure that a claim of privilege does not immunize from the ordinary law the consequences of conduct by Parliament or its officers and employees that exceeds the necessary scope of the category of privilege” (*Vaid*, at paras. 40 and 29(11)). But once the category and its scope are established, “it is for Parliament, not the courts, to determine whether in a particular case the *exercise* of the privilege is necessary or appropriate” (*Vaid*, at para. 29(9) (emphasis in original); see also paras. 47-48). Admittedly, “[t]he distinction between defining the scope of a privilege, which is the function of the courts, and judging the appropriateness of its exercise, which is a matter for the legislative assembly, may sometimes be difficult to draw in practice” (*Vaid*, at para. 47). Yet this distinction strikes a compromise between the fundamental purposes served by parliamentary privilege in our constitutional structure, and the need to ensure that the autonomy afforded through privilege does not belie its purposes (see *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 348-50 and 382-84).

B. *Parliamentary Privilege Over the Management of Employees*

[33] Relying on statements in *Vaid*, both parties acknowledge the existence of a parliamentary privilege over the management of some employees. Their disagreement concerns the scope of this privilege. The appellant President submits that the National Assembly holds a privilege over the management of the security guards because there is both a “sufficient” and “a close and direct” connection between the tasks they perform and the Assembly’s

[32] La partie qui invoque l’immunité contre une révision externe en application du privilège parlementaire a le fardeau d’en établir la nécessité. Elle doit démontrer que la portée de la protection revendiquée est nécessaire à la lumière de l’objet du privilège parlementaire. Il appartient aux tribunaux d’établir si une catégorie de privilège parlementaire existe et d’en délimiter la portée. Bien que les tribunaux « feront certes preuve d’une grande retenue quant au degré d’autonomie dont [l’organe législatif] estime devoir bénéficier pour s’acquitter de ses fonctions », leur rôle consiste néanmoins à « s’assurer que la revendication d’un privilège ne permet pas au Parlement, à ses représentants ou à ses employés de se soustraire au régime de droit commun en ce qui a trait aux conséquences de leurs actes lorsque leur conduite outrepassé la portée nécessaire de la catégorie de privilège en cause » (*Vaid*, par. 40 et 29(11)). Cependant, une fois que la catégorie et sa portée sont établies, « c’est au Parlement, et non aux tribunaux, qu’il revient de déterminer si l’*exercice* de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier » (*Vaid*, par. 29(9) (en italique dans l’original); voir aussi les par. 47-48). Certes, « il pourra être difficile dans certains cas d’établir une distinction entre le fait de définir l’étendue d’un privilège, qui ressortit aux tribunaux, et celui d’évaluer l’opportunité de son exercice, qui ressortit à l’assemblée législative » (*Vaid*, par. 47). Toutefois, cette distinction établit un compromis entre les objectifs fondamentaux du privilège parlementaire dans notre structure constitutionnelle, et la nécessité de s’assurer que l’autonomie que confère le privilège ne soit pas contraire à ses objectifs (voir *New Brunswick Broadcasting*, p. 348-350 et 382-384).

B. *Le privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel*

[33] Se fondant toutes deux sur des énoncés de l’arrêt *Vaid*, les parties reconnaissent l’existence d’un privilège parlementaire relatif à la gestion de certains employés. Elles sont toutefois en désaccord quant à la portée de ce privilège. Le président appellant fait valoir que l’Assemblée nationale jouit d’un privilège relativement à la gestion des gardiens de sécurité parce qu’il existe un lien tant « suffisant » qu’« étroit et direct » entre les tâches accomplies

constitutional functions. The security guards play a key role in ensuring security. They provide a first level of defence and are involved in 80 to 90 percent of the Assembly's security work. Security promotes the effectiveness of the Assembly's activities. The respondent union argues that the tasks performed by the security guards are not sufficiently connected to constitutional functions of the Assembly for their management to be subject to privilege. The security guards have no real power to intervene if an issue arises and primarily support the work of the special constables and police officers.

[34] In *Vaid*, the Speaker of the House of Commons asserted a sweeping privilege over the management of all employees of the House, which would have immunized the decision to dismiss his chauffeur from external review (para. 52). The Court noted that, if the privilege claimed by the Speaker existed, its scope would include the management of “service employees (such as catering staff) who support MPs in a general way, but play no role in the discharge of their constitutional functions” (para. 47). It concluded that the appellants had failed to establish the existence of this broad privilege, which had not been shown to satisfy the necessity test (paras. 75-76).

[35] Although the Court stated in *Vaid* that privilege “no doubt . . . attaches to the House's relations with some of its employees”, *Vaid* itself does not establish the existence of any form of privilege over the management of employees (para. 75 (emphasis deleted); see also para. 62). The Court concluded that “[t]he definition of a more limited category of privilege . . . must await a case in which the question truly arises for a decision” (para. 101; see also para. 76). Notably, U.K. courts have not yet recognized the management of any parliamentary employees to be protected by privilege, and some authors suggest that “management functions relating to the provision of services in either House are only exceptionally subject to privilege” (*Vaid*, at para. 61 (emphasis

par ces derniers et les fonctions constitutionnelles de l'Assemblée. Les gardiens de sécurité jouent un rôle important dans le maintien de la sécurité. Ils constituent la première ligne de défense et participent au travail lié à la sécurité de l'Assemblée à raison de 80 à 90 %; cette sécurité favorise l'efficacité des travaux de l'Assemblée. Le syndicat intimé soutient que les tâches exécutées par les gardiens de sécurité ne sont pas suffisamment liées aux fonctions constitutionnelles de l'Assemblée pour que la gestion des gardiens soit assujettie au privilège parlementaire. Les gardiens de sécurité n'ont aucun réel pouvoir d'intervention en cas de problème et ils sont principalement chargés d'appuyer les constables spéciaux et les policiers dans leurs fonctions.

[34] Dans *Vaid*, le président de la Chambre des communes a fait valoir l'existence d'un privilège général relatif à la gestion de tous les employés de la Chambre, qui aurait eu pour effet de mettre la décision de congédier son chauffeur à l'abri de toute révision externe (par. 52). La Cour a souligné que si le privilège revendiqué par le président existait, il viserait la gestion du « personnel de soutien (comme le personnel de la restauration) qui appuie les membres du Parlement d'une manière générale, mais ne contribue aucunement à l'exercice de leurs fonctions constitutionnelles » (par. 47). La Cour a alors conclu que les appelants n'avaient pas réussi à établir l'existence de ce privilège général et à prouver que celui-ci satisfaisait au critère de la nécessité (par. 75-76).

[35] Bien que la Cour ait affirmé dans *Vaid* qu'il ne faisait aucun doute que « le privilège protège les relations entre la Chambre et certains de ses employés », cet arrêt lui-même n'établit pas l'existence d'un quelconque privilège relatif à la gestion du personnel (par. 75 (italique omis); voir également le par. 62). La Cour a statué que « [p]our définir une catégorie de privilège parlementaire plus restreinte, [. . .] il faudra attendre que la question se pose véritablement dans le cadre d'un autre pourvoi » (par. 101; voir également le par. 76). Il convient de souligner le fait que les tribunaux du Royaume-Uni n'ont toujours pas reconnu la gestion de l'ensemble des employés du Parlement comme étant protégée par le privilège parlementaire, et certains auteurs

deleted), citing U.K., Joint Committee on Parliamentary Privilege, vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee* (1999), at para. 248; see also G. F. Lock, “Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege” (1983), 12 *Indus. L.J.* 28, at p. 29; *Erskine May*, at p. 240).

[36] Thus, *Vaid* did not determine whether a parliamentary privilege over the management of some employees exists. As in *Vaid*, we do not need to decide whether this privilege exists, as the management of the security guards — including their dismissals — would fall beyond the scope of any such privilege. As I shall explain, the tasks performed by the guards are important, but subjecting their management to ordinary law would not hamper the autonomy which the National Assembly requires to discharge its constitutional mandate.

[37] The present case highlights the difficulty with trying to recognize a category of privilege that includes *all aspects* of the management of a group of employees and decisions with regards to *all functions* these employees perform (see E. Fox-Decent, “Parliamentary Privilege, Rule of Law and the Charter after the Vaid Case” (2007), 30:3 *Can. Parl. Rev.* 27, at p. 31). The requirements of the necessity test may be more easily fulfilled where the scope of autonomy that is claimed pertains to control and oversight over certain functions performed by some parliamentary employees, or certain aspects of their employment relationship. That said, the parties have not framed this case in that way. The President asserts a parliamentary privilege over the management of the security guards as a category of employees. This privilege would immunize not only their dismissals, but all of their employment conditions (from salary to seniority) from review on any grounds.

indiquent que les [TRADUCTION] « fonctions de gestion, pour ce qui est de la fourniture de services dans l’une ou l’autre Chambre, ne sont qu’exceptionnellement assujetties au privilège » (*Vaid*, par. 61 (soulignement omis), citant R.-U., Joint Committee on Parliamentary Privilege, vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee* (1999) (rapport du comité mixte britannique de 1999), par. 248; voir également G. F. Lock, « Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege » (1983), 12 *Indus. L.J.* 28, p. 29; *Erskine May*, p. 240).

[36] C’est donc dire que l’arrêt *Vaid* n’a pas tranché la question de savoir s’il existe un privilège parlementaire relatif à la gestion de certains employés. Comme dans *Vaid*, il n’est pas nécessaire en l’espèce de décider si un tel privilège existe ou non puisque la gestion des gardiens de sécurité — y compris leur congédiement — y échapperait. Comme je l’expliquerai plus loin, les tâches accomplies par les gardiens sont importantes, mais assujettir la gestion de ces derniers au droit commun ne priverait pas l’Assemblée nationale de l’autonomie dont elle a besoin pour s’acquitter de son mandat constitutionnel.

[37] La présente affaire fait ressortir les difficultés liées au fait de tenter de reconnaître une catégorie de privilège qui englobe *tous les aspects* de la gestion d’un groupe d’employés et les décisions relatives à *toutes les fonctions* qu’exercent ces employés (voir E. Fox-Decent, « Le privilège parlementaire, la primauté du droit et la Charte après l’affaire Vaid » (2007), 30:3 *Rev. parl. can.* 29, p. 33). Il pourrait être plus facile de satisfaire aux exigences du critère de la nécessité lorsque la portée de l’autonomie réclamée a trait au contrôle et à la supervision de certaines fonctions exercées par des employés du Parlement, ou de certains aspects de leur lien d’emploi. Cela dit, les parties n’ont pas formulé l’espèce de cette façon. Le président revendique l’existence d’un privilège parlementaire relatif à la gestion des gardiens de sécurité en tant que catégorie d’employés. Ce privilège aurait pour effet de protéger non seulement leur congédiement de toute révision fondée sur quelque motif que ce soit, mais aussi l’ensemble de leurs conditions de travail (du salaire à l’ancienneté).

[38] The security of the National Assembly is undoubtedly important. An assembly cannot function without maintaining its security. As the President states, [TRANSLATION] “a parliament cannot deliberate without a secure setting” (A.F., at para. 84). Secure legislative precincts support an assembly in discharging its constitutional functions.

[39] The tasks performed by the security guards support the National Assembly in fulfilling its constitutional mandate. The arbitrator found that the tasks performed by the security guards include the surveillance of the National Assembly’s buildings, controlling access to them, and verifying the identity of people inside them. Thus, the security guards play a key role in protecting the National Assembly from security threats. Additionally, the guards are sometimes stationed in the chamber and help maintain decorum.

[40] However, many employees support legislative bodies in performing their constitutional functions. Considered broadly, many staff play a role in ensuring that a legislative assembly can fulfil its mandate. But merely demonstrating that a category of employees performs important tasks that promote the ability of the assembly to discharge its functions does not suffice to establish that decisions about their management must be protected by parliamentary privilege.

[41] The close and direct connection between the tasks performed by the employees and the legislative assembly’s constitutional functions is only part of the equation. The necessity test also requires that the immunity that is sought from the executive and judicial branches of government — here a privilege over the management of the security guards — be necessary, in that “outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency” (*Vaid*, at para. 46).

[38] On ne saurait douter de l’importance de la sécurité à l’Assemblée nationale. Il est impossible pour une assemblée de fonctionner si sa sécurité n’est pas préservée. Comme l’affirme le président, « un [P]arlement ne peut pas délibérer sans un cadre sécurisé » (m.a., par. 84). La sécurité de l’enceinte parlementaire permet à l’assemblée de s’acquitter de ses fonctions constitutionnelles.

[39] Les tâches accomplies par les gardiens de sécurité aident l’Assemblée nationale à s’acquitter de son mandat constitutionnel. L’arbitre a conclu que ces tâches comprennent la surveillance des bâtiments de l’Assemblée nationale, le contrôle de l’accès à ceux-ci et la vérification de l’identité des personnes qui s’y trouvent. Par conséquent, les gardiens de sécurité jouent un rôle important dans la protection de l’Assemblée nationale contre les menaces à la sécurité. De plus, les gardiens sont parfois postés dans la salle de l’Assemblée nationale et aident à faire respecter le décorum.

[40] Toutefois, bon nombre d’employés appuient les organes législatifs dans l’exercice de leurs fonctions constitutionnelles. De façon générale, de nombreux membres du personnel contribuent à la réalisation du mandat de l’assemblée législative. Or, il ne suffit pas de démontrer simplement qu’une catégorie d’employés accomplit des tâches importantes qui contribuent à la capacité de l’assemblée de s’acquitter de ses fonctions pour établir que les décisions relatives à la gestion de ces derniers doivent être protégées par le privilège parlementaire.

[41] Le lien étroit et direct entre les tâches accomplies par les employés et les fonctions constitutionnelles de l’assemblée législative ne représente qu’une partie de l’équation. Suivant le critère de la nécessité, l’immunité demandée relativement au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire — en l’espèce, le privilège relatif à la gestion des gardiens de sécurité — doit également être nécessaire, de sorte qu’une « intervention externe saperait l’autonomie dont l’assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement » (*Vaid*, par. 46).

[42] The necessity test is stringent because, as discussed above, parliamentary privilege has the potential to shield parliamentary decision-making from judicial oversight, including for *Charter* compliance. Here, the privilege sought affects employees who are not members of the National Assembly. Further, the privilege claimed by the appellant may undermine the right of the security guards to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals, guaranteed under s. 2(d) of the *Charter* (*Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 67). It is thus particularly important to keep the purposes underlying privilege in mind in assessing whether the necessity test is met. The sphere of immunity that is sought must be necessary for the legislative body to have sufficient independence from the other branches of government in order to perform its constitutional functions.

[43] In short, the question we must answer in this case is this: is the management of the security guards “so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body . . . that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency” (*Vaid*, at para. 46)? In other words, does the National Assembly require unreviewable authority over the management of security guards in order to maintain its “sovereignty as a legislative and deliberative assembly” (*Vaid*, at para. 72 (emphasis added), citing the British Joint Committee Report (1999), at para. 247)?

[44] I agree with the majority of the Court of Appeal that the President has failed to establish the necessity of the immunity it claims, that is, a parliamentary privilege over the management of the security guards. Admittedly, the guards perform some important tasks that are connected to the constitutional functions of the National Assembly. They contribute to the security of the Assembly and to maintaining order and decorum in the part of the

[42] Comme il est expliqué précédemment, le critère de la nécessité est rigoureux parce que le privilège parlementaire est susceptible de protéger le processus décisionnel parlementaire de tout contrôle judiciaire, y compris le contrôle de la conformité à la *Charte*. En l’espèce, le privilège revendiqué par l’appelant vise des employés qui ne sont pas membres de l’Assemblée nationale. De plus, il est susceptible de miner le droit des gardiens de sécurité de véritablement s’associer en vue de réaliser des objectifs collectifs relatifs à leurs conditions de travail, lequel est garanti par l’al. 2d) de la *Charte* (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 67). Ainsi, pour décider si le critère de la nécessité est respecté, il est particulièrement important de garder à l’esprit les objectifs qui sous-tendent le privilège parlementaire. L’immunité demandée doit être d’une portée qui est nécessaire afin que l’organe législatif en question soit suffisamment indépendant des autres branches du gouvernement pour être en mesure d’accomplir ses fonctions constitutionnelles.

[43] En somme, la question que soulève la présente affaire est la suivante : la gestion des gardiens de sécurité est-elle « si étroitement et directement liée à l’exercice, par l’assemblée ou son membre, de leurs fonctions d’assemblée législative et délibérante [. . .] qu’une intervention externe saperait l’autonomie dont l’assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement » (*Vaid*, par. 46)? Autrement dit, l’Assemblée nationale doit-elle détenir un pouvoir non susceptible de révision à l’égard de la gestion des gardiens de sécurité afin d’assurer sa [TRADUCTION] « souveraineté [. . .] en sa qualité d’assemblée législative et délibérante » (*Vaid*, par. 72 (je souligne), citant le rapport du comité mixte britannique de 1999, par. 247)?

[44] Je souscris à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle le président n’a pas réussi à prouver la nécessité de l’immunité qu’il réclame, soit le privilège parlementaire à l’égard de la gestion des gardiens de sécurité. Il est vrai que les gardiens accomplissent des tâches importantes qui sont liées aux fonctions constitutionnelles de l’Assemblée nationale. Ils contribuent à la sécurité de l’Assemblée et au respect de l’ordre et du décorum

Assembly's chamber that is accessible to the public during question period. That said, immunity from outside scrutiny in the general management of the security guards is not such that, without it, the Assembly could not discharge its functions (*Vaid*, at para. 72). The management of the guards could be dealt with under ordinary law without impeding the Assembly's security or its ability to legislate and deliberate (*Vaid*, at para. 29(5)). Permitting the enforcement of basic employment and labour protections for the security guards would not undermine the independence required for the Assembly to fulfil its mandate with dignity and efficiency.

[45] Of course, as the appellant suggests, order and decorum in the chamber is important to a legislative body's ability to discharge its functions (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 398; A.F., at paras. 84 and 106; transcript, at pp. 25-27 and 29). Hence, it may be necessary, to maintain order in the National Assembly's chamber itself, for the President to have the absolute right to oversee certain *functions* exercised by a given group of employees or certain *aspects* of their employment relationship. But it does not necessarily require the recognition of a broad privilege over their management. Employees often perform diverse duties and many aspects of managing their employment relationship would have no bearing on the protection of the Assembly's constitutional role. Unreviewable authority over all functions and absolute power over all aspects of how this group of employees is managed is not necessary in light of the purpose of inherent legislative privileges.

[46] The question of necessity can, therefore, be addressed without looking to the *ARNA*. However, consideration of the *ARNA* does not detract from the above analysis of the necessity test. While nothing in the legislation abrogates inherent parliamentary privilege, the *ARNA* does establish that, unless the Office of the National Assembly indicates otherwise

dans la partie de la salle de l'Assemblée, auquel le public a accès pendant la période de questions. Cela dit, l'immunité contre toute révision externe de la gestion générale des gardiens de sécurité n'est pas telle que, sans elle, l'Assemblée ne pourrait pas s'acquitter de ses fonctions (*Vaid*, par. 72). Les questions liées à la gestion des gardiens pourraient être réglées sous le régime de droit commun sans porter atteinte à la sécurité ou à la capacité de l'Assemblée de s'acquitter de ses fonctions législatives et délibératives (*Vaid*, par. 29(5)). Permettre que les protections habituellement conférées aux employés et aux travailleurs s'appliquent aux gardiens de sécurité ne nuirait pas à l'indépendance dont l'Assemblée a besoin pour s'acquitter de son mandat dignement et efficacement.

[45] Comme l'affirme l'appellant, il va de soi qu'il est important de maintenir l'ordre et le décorum dans la salle de l'assemblée législative pour que l'organe législatif puisse s'acquitter de ses fonctions (*New Brunswick Broadcasting*, p. 398; m.a., par. 84 et 106; transcription, p. 25-27 et 29). En conséquence, pour assurer le respect de l'ordre dans la salle de l'Assemblée nationale, il pourrait s'avérer nécessaire que le président soit investi du pouvoir absolu de superviser certaines *fonctions* exercées par un groupe d'employés donné ou certains *aspects* de leur lien d'emploi. Cependant, cela ne requiert pas nécessairement que lui soit reconnu un vaste privilège à l'égard de la gestion de ces employés. Les employés exécutent souvent des tâches variées et de nombreux aspects de la gestion de leur lien d'emploi n'auront aucun effet sur la protection du rôle constitutionnel de l'Assemblée. Compte tenu de l'objectif des privilèges inhérents des législatures, une autorité non susceptible de révision sur l'ensemble des fonctions et un pouvoir absolu à l'égard de tous les aspects de la gestion de ce groupe d'employés ne sont pas nécessaires.

[46] On peut donc se pencher sur la question de la nécessité sans examiner la *LAN*. Cependant, l'examen de la *LAN* n'entrave pas l'analyse qui précède relativement au critère de la nécessité. Bien qu'aucune mesure législative ne supprime le privilège parlementaire inhérent, la *LAN* établit, sauf indication contraire dans un règlement du Bureau de

by regulation, all of its employees are managed in accordance with general law.

[47] Section 110 of the *ARNA* reads:

Subject to this Act, the [National] Assembly shall continue to be managed within the scope of the Acts, regulations and rules applicable.

The Office [of the National Assembly] may, however, by regulation, derogate from the applicable Acts, regulations and rules by specifically indicating the provisions derogated from and the provisions that are to apply in their place and stead.

[48] Section 120 para. 1 states:

Every member of the personnel of the Assembly, except a casual employee, is a member of the personnel of the civil service, whether appointed under the Public Service Act (chapter F-3.1.1) or by derogation by virtue of the second paragraph of section 110, unless, in the latter case, the Office excludes him therefrom.

[49] Employees of the National Assembly (except for casual employees) are members of the civil service (*ARNA*, s. 120). Unless they fall within one of the exceptions set out in s. 64 of the *Public Service Act*, they are members of the respondent union. Their working conditions are negotiated by the respondent and the Conseil du trésor (*Public Administration Act*, CQLR, c. A-6.01, s. 36; *ARNA*, s. 110.2).

[50] The Office of the National Assembly, which is composed of the President, five government members, and four opposition members, has not exercised its rights under s. 110 of the *ARNA* to exclude the management of any of the Assembly's employees, including the security guards, from the applicable general law (see also *ARNA*, ss. 87 and 88). It could have done so if it believed that the Assembly's ability to fulfil its constitutional functions required it to have exclusive control over the guards' management. Thus, as reflected in the *ARNA*, the Assembly does not appear to view exclusive control over the

l'Assemblée nationale, que les employés de cette dernière sont tous gérés conformément au droit commun.

[47] L'article 110 de la *LAN* prévoit ce qui suit :

Sous réserve de la présente loi, la gestion de l'Assemblée [nationale] continue de s'exercer dans le cadre des lois, règlements et règles qui lui sont applicables.

Toutefois, le Bureau [de l'Assemblée nationale] peut, par règlement, déroger à ces lois, règlements et règles en indiquant précisément les dispositions auxquelles il est dérogé et les dispositions qui s'appliqueront en leur lieu et place.

[48] Le premier alinéa de l'art. 120 de la *LAN* énonce ce qui suit :

Tout membre du personnel de l'Assemblée, à l'exception d'un employé occasionnel, fait partie du personnel de la fonction publique, qu'il soit nommé en vertu de la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1) ou par dérogation en vertu du deuxième alinéa de l'article 110, à moins que, dans ce dernier cas, le Bureau ne l'en exclue.

[49] Les employés de l'Assemblée nationale (à l'exception des employés occasionnels) font partie du personnel de la fonction publique (*LAN*, art. 120). À moins de relever de l'une des exceptions prévues à l'art. 64 de la *Loi sur la fonction publique*, ces employés sont membres du syndicat intimé. L'intimé négocie leurs conditions de travail avec le Conseil du trésor (*Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c. A-6.01, art. 36; *LAN*, art. 110.2).

[50] Le Bureau de l'Assemblée nationale, composé du président, de cinq députés du parti gouvernemental et de quatre députés de l'opposition, ne s'est pas prévalu du droit que lui confère l'art. 110 de la *LAN* de soustraire la gestion des employés de l'Assemblée, y compris les gardiens de sécurité, à l'application du droit commun (voir également la *LAN*, art. 87 et 88). Il aurait pu le faire s'il avait été d'avis que l'Assemblée, pour être en mesure de s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles, devait avoir le contrôle exclusif à l'égard de la gestion des gardiens. Par conséquent, comme il ressort de la *LAN*,

management of its security guards to be necessary to its autonomy.

[51] In short, even if a privilege over the management of some parliamentary employees exists, the management of the security guards would fall outside its scope. Moreover, if the President had only claimed a parliamentary privilege over the *dismissals* of all security guards, I would still conclude that the necessity test was not met. Despite the important functions performed by the security guards, the President has not shown that it requires the unreviewable authority to dismiss this category of employees in order for the Assembly to be able to fulfil its constitutional duties with efficiency and dignity.

C. *Parliamentary Privilege to Exclude Strangers*

[52] The appellant submits that the security guards' dismissals are also subject to the parliamentary privilege to exclude strangers. Before this Court, he does not submit that the security guards are strangers to the National Assembly. His argument is that this privilege includes the President's right to determine who can implement it on his behalf. Because the guards exercise the privilege to exclude strangers when they control access to and within the legislative assembly, the President's decision to terminate their employment is protected from review. If arbitrators and courts were entitled to review the dismissals of the security guards, they could interfere with the President's determination of who has delegated authority to exclude strangers and, by implication, interfere with the exercise of this parliamentary privilege.

[53] While the respondent does not dispute the existence of the parliamentary privilege to exclude strangers, it submits that this privilege does not apply to the decision to dismiss the security guards. The broad manner in which the President has construed this privilege overshoots its underlying purpose and

l'Assemblée ne semble pas percevoir le contrôle exclusif de la gestion des gardiens de sécurité comme étant nécessaire à son autonomie.

[51] En bref, même s'il existait un privilège relatif à la gestion de certains employés du Parlement, la gestion des gardiens de sécurité échapperait à sa portée. Par ailleurs, même si le privilège parlementaire revendiqué par le président s'était limité au *congédiement* de tous les gardiens de sécurité, j'arriverais néanmoins à la conclusion que le critère de la nécessité n'a pas été respecté. Malgré l'importance des fonctions exercées par les gardiens de sécurité, le président n'a pas su prouver qu'il devait disposer du pouvoir non susceptible de révision de congédier des employés appartenant à cette catégorie pour que l'Assemblée puisse s'acquitter de ses responsabilités constitutionnelles efficacement et dignement.

C. *Le privilège parlementaire d'expulser des étrangers*

[52] L'appelant prétend que le congédiement des gardiens de sécurité est également visé par le privilège parlementaire d'expulser des étrangers. Il n'affirme pas devant nous que les gardiens de sécurité sont des étrangers pour l'Assemblée nationale. Il fait plutôt valoir que ce privilège comprend le droit pour le président de décider qui peut l'exercer en son nom. Puisque les gardiens de sécurité exercent le privilège d'expulser des étrangers lorsqu'ils contrôlent l'accès à l'assemblée législative et à l'intérieur de celle-ci, la décision du président de les congédier n'est pas susceptible de révision. Autoriser les arbitres et les tribunaux à réviser le congédiement des gardiens de sécurité revient à leur permettre d'intervenir dans la décision du président à savoir qui peut exercer le pouvoir délégué d'expulser des étrangers et, en conséquence, d'intervenir dans l'exercice de ce privilège parlementaire.

[53] Même si l'intimé ne nie pas l'existence du privilège parlementaire d'expulser des étrangers, il fait valoir que ce privilège ne s'applique pas à la décision de congédier les gardiens de sécurité. La vaste interprétation que le président donne au privilège outrepassé l'objet fondamental de celui-ci et pourrait

could significantly affect the rights of people who are not members of the Assembly.

[54] The inherent privilege of legislative assemblies in Canada to exclude strangers from their proceedings and precincts has deep historic roots. The absolute right to eject strangers from Parliament has been upheld as a matter of privilege in the U.K. for centuries (*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 385-87 and 389; *Erskine May*, at pp. 14-15). In Canada, this privilege was recognized as early as 1904, in *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400. The existence of this privilege was confirmed in *New Brunswick Broadcasting*, where this Court found it necessary to ensure that elected representatives are able to effectively debate and carry out their legislative functions uninhibited and undisturbed (pp. 387-88). The decision of a legislative assembly to remove or exclude strangers is thus immune from external review.

[55] While the existence of the parliamentary privilege to exclude strangers is not in question, this Court must apply the necessity test to determine whether its scope includes the dismissals of employees who implement it on the President's behalf. The issue here is not whether the President has the power to delegate the exercise of the inherent parliamentary privilege to exclude strangers to the Assembly's employees. Rather, it is whether the dismissals of employees who implement this privilege on the President's behalf must be immune from external review for the Assembly to be able to discharge its legislative mandate (see *Vaid*, at para. 56).

[56] I conclude that it is not necessary to a legislative assembly's ability to perform its constitutional functions that the scope of its privilege to exclude strangers be drawn so broadly as to include the decision to dismiss employees who implement this privilege. This unnecessary sphere of immunity would impact persons who are not members of the legislative assembly, and undermine their access to the labour regime negotiated in accordance with their s. 2(d) *Charter* rights. The appellant has not shown that the application of general labour law

avoir des répercussions importantes sur les droits de personnes qui ne sont pas membres de l'Assemblée.

[54] Le privilège inhérent des assemblées législatives au Canada leur permettant d'expulser des étrangers de leurs débats et de leur enceinte est profondément ancré dans l'histoire. Au Royaume-Uni, le droit absolu d'exclure des étrangers du Parlement est reconnu depuis des siècles comme une question de privilège (*New Brunswick Broadcasting*, p. 385-387 et 389; *Erskine May*, p. 14-15). Au Canada, ce privilège a été reconnu dès 1904, dans l'arrêt *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400. Son existence a été confirmée dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, dans lequel la Cour a conclu qu'il était nécessaire de veiller à ce que les représentants élus puissent débattre efficacement et s'acquitter de leurs fonctions législatives sans perturbation ou interruption (p. 387-388). La décision d'une assemblée législative d'exclure ou d'expulser des étrangers est donc à l'abri de toute révision externe.

[55] Bien que l'existence du privilège parlementaire d'expulser des étrangers ne soit pas mise en doute, la Cour doit appliquer le critère de la nécessité pour établir si sa portée vise le congédiement d'employés qui l'exercent au nom du président. La question en l'espèce n'est pas de savoir si le président dispose du pouvoir de déléguer aux employés de l'Assemblée l'exercice du privilège parlementaire inhérent d'expulser des étrangers. Il s'agit plutôt d'établir si la décision de congédier des employés qui exercent ce privilège au nom du président doit être à l'abri de toute révision externe pour que l'Assemblée puisse s'acquitter de son mandat législatif (voir *Vaid*, par. 56).

[56] J'arrive à la conclusion que, pour qu'une assemblée législative puisse exercer ses fonctions constitutionnelles, il n'est pas nécessaire que son privilège d'expulser des étrangers soit défini largement au point d'inclure la décision de congédier des employés qui exercent ce privilège. Accorder pareille portée inutile à l'immunité aurait une incidence sur des personnes qui ne sont pas membres de l'assemblée législative et minerait leur accès au régime de relations de travail négocié conformément aux droits que leur garantit l'al. 2d) de la *Charte*. L'appelant

to employees who implement this privilege would jeopardize the autonomy, dignity, and efficiency required for the fulfilment of the Assembly's legislative mandate (see *Vaid*, at para. 29(5)). It is true that allowing the union to grieve the dismissals of these employees may delay the finality of these decisions. Yet these delays would not impede the Assembly's legislative activities.

[57] The privilege to exclude strangers does not protect the decision to dismiss employees who exercise this privilege from review.

V. Conclusion

[58] Obviously, the President is entitled to exercise his management rights and dismiss security guards for a just and sufficient cause. However, parliamentary privilege does not insulate the President's decision from review under the labour regime to which the security guards are subject pursuant to the *ARNA* and the *Public Service Act*. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout. As a result, the decision of the labour arbitrator stands.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. —

I. Overview

[59] I accept Justice Karakatsanis' statement of the facts, her summary of the judgments below and her conclusion as to the standard of review. I also concur with her in the result, albeit for different reasons. In my view, whatever the scope of parliamentary privilege for management of employees, the National Assembly of Québec's governing statute, the *Act respecting the National Assembly*, CQLR, c. A-23.1 ("ARNA"), resolves this case. When a legislative body subjects an aspect of privilege to the operation of statute, it is the provisions of the statute that govern. While the relevant statutory provisions remain

n'a pas démontré que l'application du droit général du travail à l'égard d'employés qui exercent le privilège en cause mettrait en péril l'autonomie, la dignité et l'efficacité dont l'Assemblée a besoin pour s'acquitter de son mandat législatif (*Vaid*, par. 29(5)). Il est vrai que le fait de permettre au syndicat de contester par voie de griefs le congédiement de ces employés risque d'occasionner des délais quant au caractère définitif de ces décisions. Toutefois, ces délais n'entraveraient pas les activités législatives de l'Assemblée.

[57] Le privilège d'expulser des étrangers ne protège pas d'une révision la décision de congédier les employés qui l'exercent.

V. Conclusion

[58] Il va de soi que le président est autorisé à exercer ses droits de gestion et à congédier les gardiens de sécurité pour une cause juste et suffisante. Toutefois, le privilège parlementaire ne protège pas la décision du président d'une révision dans le cadre du régime de relations de travail auquel les gardiens de sécurité sont assujettis suivant la *LAN* et la *Loi sur la fonction publique*. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. En conséquence, la décision de l'arbitre en droit du travail est maintenue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE —

I. Aperçu

[59] Je souscris à la description des faits de la juge Karakatsanis, à son résumé des jugements des instances inférieures ainsi qu'à sa conclusion sur la norme de contrôle. Je souscris également au résultat auquel elle arrive, bien que ce soit pour des motifs différents. À mon avis, quelle que soit la portée du privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel, la loi qui régit l'Assemblée nationale du Québec, soit la *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1 (« LAN »), résout le litige. Lorsqu'un corps législatif assujettit un aspect du privilège à l'application d'une loi, ce sont les dispositions de

operative, a legislative body cannot reassert privilege so as to do an end-run around an enactment whose very purpose is to govern the legislature's operations. Thus, for the reasons that follow, I would dismiss the appeal and remit the matter to the grievance arbitrator for a determination on the merits.

II. Analysis

A. *Preliminary Question*

[60] The power of provincial legislatures to define their privileges was recognized by the Judicial Committee of the Privy Council which held that, by means of s. 92(1), “the British North America Act itself confers the power (if it did not already exist) to pass Acts for defining the powers and privileges of the provincial legislature” (*Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, at p. 610). The *Constitution Act, 1982* repealed s. 92(1) of the *British North America Act, 1867* (when it was renamed the *Constitution Act, 1867*), which had provided the legislature of a province with authority to amend “the Constitution of [a] province”. This was replaced by s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, to somewhat similar effect. It would seem to follow that what provincial legislatures could formerly do under s. 92(1) they can now do under s. 45, including defining their privileges.

[61] The jurisprudence on this point, however, is not entirely clear. In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 384, McLachlin J. held that parliamentary privileges “are part of the fundamental law of our land, and hence are constitutional”. Sopinka J. commented that by rooting inherent parliamentary privileges in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, “these privileges would arguably not be subject to provincial legislation and any change would require an amendment to the Constitution of Canada pursuant to s. 43, or indeed s. 38, of the *Constitution Act, 1982*” (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 396). For Sopinka J., the consequence of McLachlin J.’s analysis is that the

la loi qui s’appliquent. Pendant que les dispositions législatives pertinentes sont en vigueur, le corps législatif ne peut pas se prévaloir du privilège pour contourner une loi dont l’objet même est de régir le fonctionnement de la législature. Ainsi, pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter l’appel et de renvoyer l’affaire à l’arbitre de grief pour qu’il se prononce sur le fond du dossier.

II. Analyse

A. *Question préliminaire*

[60] Le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu le pouvoir des législatures de définir leurs privilèges lorsqu’il a jugé que le par. 92(1) de [TRA-DUCTION] « l’Acte de l’Amérique du Nord britannique lui-même confère la compétence (si elle n’existait pas déjà) d’adopter des lois pour définir les pouvoirs et privilèges des législatures provinciales » (*Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600, p. 610). La *Loi constitutionnelle de 1982* a abrogé le par. 92(1) de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* (lorsqu’il a été renommé la *Loi constitutionnelle de 1867*), et ce paragraphe avait conféré à chaque législature le pouvoir de modifier « la Constitution de la province ». Il a été remplacé par l’art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui confère pour ainsi dire le même pouvoir. Il semblerait donc que les législatures peuvent désormais faire en vertu de l’art. 45 ce qu’elles étaient autorisées à faire en vertu du par. 92(1), y compris définir leurs privilèges.

[61] Or, la jurisprudence qui porte sur la question n’est pas totalement limpide. Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 384, la juge McLachlin a conclu que les privilèges parlementaires « font partie de notre droit fondamental et sont donc constitutionnels ». Pour le juge Sopinka, si les privilèges parlementaires inhérents tiraient leur origine du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on pourrait soutenir qu’ils « ne sont pas assujettis aux lois de la province et ne pourraient être modifiés que par modification de la Constitution du Canada en vertu de l’art. 43, ou encore de l’art. 38, de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 396). Ainsi, pour le juge Sopinka,

provinces would no longer have the legislative powers over privilege recognized in *Fielding*.

[62] In *obiter*, I would be inclined to agree with the view expressed by some commentators that s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, as did s. 92(1) before it, includes the power to enact laws in relation to the privileges of a provincial legislature (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 1-16 and 4-34; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 326). This view is supported by comments made by this Court which suggest that s. 45, as the successor to s. 92(1), covers the same subject matter (see *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 33; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at paras. 47-48).

[63] This issue is not dealt with by the parties in this appeal; I refer to the issue as it may arise in the future, including if the National Assembly or another provincial legislature seeks to amend its privileges. In the facts of this case, the management of employees of the National Assembly was dealt with by statute prior to patriation in 1982 (see *Legislature Act*, R.S.Q. 1964, c. 6, s. 55). It seems clear to me that such an enactment in 1964 was authorized by s. 92(1) (see *OPSEU*, at p. 33).

B. *Parliamentary Privilege and Statutory Enactments*

[64] As noted above, I agree with Karakatsanis J. that the standard of review is correctness, both for the reasons she gives, and because the scope of parliamentary privilege is a constitutional question. I would adopt the analysis set out by Côté and Brown JJ. in paras. 86-88 of their reasons.

[65] Parliamentary privilege is “one of the ways in which the fundamental constitutional separation of powers is respected” (*Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 21).

l’analyse de la juge McLachlin avait pour effet que les provinces ne jouiraient plus des pouvoirs législatifs, reconnus dans *Fielding*, quant aux privilèges parlementaires.

[62] Je remarque en *obiter* que je suis disposé à souscrire à l’opinion exprimée par certains auteurs selon laquelle l’art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme le par. 92(1) avant lui, inclut le pouvoir d’adopter des lois relatives aux privilèges d’une assemblée législative provinciale (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 1-16 et 4-34; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 326). La Cour a étayé ce point de vue en formulant des commentaires qui suggèrent que l’art. 45, qui a succédé au par. 92(1), couvre le même sujet (voir *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 33; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 47-48).

[63] Les parties n’ont pas traité de cette question dans le présent appel; j’en parle ici puisqu’elle pourrait se poser dans le futur, notamment si l’Assemblée nationale ou une autre législature souhaitait modifier ses privilèges. Selon les faits de la présente cause, la gestion du personnel de l’Assemblée nationale était régie par une loi avant le rapatriement de 1982 (voir la *Loi de la Législature*, S.R.Q. 1964, c. 6, art. 55). Il me semble clair que l’adoption d’une telle loi en 1964 était autorisée par le par. 92(1) (voir *SEFPO*, p. 33).

B. *Le privilège parlementaire et les textes législatifs*

[64] Comme je l’ai déjà indiqué, je conviens avec la juge Karakatsanis que la norme de contrôle est celle de la décision correcte, tant en raison des motifs qu’elle donne que du fait que la portée du privilège parlementaire est une question constitutionnelle. Je ferais mienne l’analyse énoncée par les juges Côté et Brown aux par. 86-88 de leurs motifs.

[65] Le privilège parlementaire est « un des moyens qui permettent d’assurer le respect du principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs » (*Canada (Chambre des communes)*

It supports the exercise of parliamentary sovereignty to ensure that a legislature is safeguarded a due measure of autonomy from the other two branches of the state, the executive and the judiciary. Parliamentary privilege protects the operation of the legislature from outside interference, where such interference would impede the fulfilment of its constitutional role. As described in *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*:

Parliamentary privilege is the sum of certain rights enjoyed by each House collectively as a constituent part of the High court of Parliament; and by Members of each House individually, without which they could not discharge their functions, and which exceed those possessed by other bodies or individuals.

((24th ed. 2011), by M. Jack, at p. 203)

[66] Parliamentary privilege should not, however, be invoked to bypass the application of a statute enacted by the legislature to govern its own operation. In that regard, I endorse the comments of Charles Robert, now Clerk of the House of Commons:

The fundamental purpose of any parliamentary or legislative privilege is to provide protection against outside interference that is unwarranted and intrusive, or that would impede the Legislative Assembly in controlling its debates or proceedings. Therefore, it seems unreasonable to invoke privilege to disable, and render meaningless, a law which the Assembly itself adopted relating to its administrative operations.

(C. Robert, “Falling Short: How a Decision of the Northwest Territories Court of Appeal Allowed a Claim to Privilege to Trump Statute Law” (2011), 79 *The Table* 19, at pp. 25-26)

In other words, expecting a legislature to comply with its own legislation cannot be regarded as an intrusion on the legislature's privilege. It is not an impediment to the functioning of a legislature for it to comply with its own enactments. Accordingly, when a legislature has set out in legislation how

c. Vaid, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 21). Il permet l'exercice de la souveraineté parlementaire afin d'assurer à la législature une autonomie suffisante par rapport aux deux autres organes de l'État, soit les organes exécutif et judiciaire. Le privilège parlementaire protège le fonctionnement de la législature de toute ingérence extérieure qui l'empêcherait de s'acquitter pleinement du rôle qui lui est dévolu par la Constitution. Comme le décrit l'*Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* :

[TRADUCTION] Le privilège parlementaire est la somme de certains droits particuliers dont jouissent chaque Chambre dans son ensemble en tant que composante de la Haute Cour du Parlement, et les membres de chacune des Chambres, individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions, et qui excèdent ceux qui possèdent d'autres organismes ou particuliers.

((24^e éd. 2011), par M. Jack, p. 203)

[66] Par contre, la législature ne peut invoquer le privilège parlementaire pour éviter l'application d'une loi qu'elle a adoptée afin de régir son propre fonctionnement. À cet égard, je souscris aux commentaires de Charles Robert, maintenant greffier de la Chambre des communes :

[TRADUCTION] Les privilèges parlementaires ou législatifs servent essentiellement à protéger l'Assemblée législative de toute ingérence extérieure injustifiée et intrusive, ou qui l'empêcherait d'exercer un contrôle sur ses débats ou ses procédures. Il semble donc déraisonnable d'invoquer un tel privilège pour rendre inopérante, et dénuer de tout son sens, une loi portant sur son fonctionnement que l'Assemblée a elle-même adoptée.

(C. Robert, « Falling Short : How a Decision of the Northwest Territories Court of Appeal Allowed a Claim to Privilege to Trump Statute Law » (2011), 79 *The Table* 19, p. 25-26)

Autrement dit, s'attendre à ce qu'une législature respecte sa propre législation ne peut être perçu comme une intrusion eu égard à son privilège. Le fait qu'elle se conforme à ses propres textes législatifs ne constitue pas un obstacle à son fonctionnement. En conséquence, lorsqu'une législature a prévu dans une loi

something previously governed pursuant to privilege is to operate, the legislature no longer can rely on inherent privilege so as to bypass the statute. Thus, I would distance myself from Stephen J.'s views in *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, at p. 278, to the effect that “the House of Commons is not subject to the control of Her Majesty’s Courts in its administration of that part of the statute-law which has relation to its own internal proceedings”.

[67] Rather, this Court has stated that the relationship between statute and privilege is determined through ordinary principles of statutory interpretation. This approach differs from the approach adopted at common law, the rule in *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661, which holds that privilege was not “struck at unless by express words in the statute” (p. 668). This Court has held that this presumption of non-displacement of privilege is “out of step with modern principles of statutory interpretation accepted in Canada” (*Vaid*, at para. 80; see also *Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, Re*, 2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271, at paras. 116-19).

[68] Notwithstanding this, Professors Brun, Tremblay and Brouillet have argued that [TRANSLATION] “[a]lthough it was qualified in *Vaid* . . . the rule of interpretation referred to here [the rule in *Duke of Newcastle*] can still apply in appropriate cases” (*Droit constitutionnel*, at pp. 328-29). The Quebec Court of Appeal viewed ss. 110 and 120 of the ARNA as being such an appropriate case in *Association des juristes de l’État v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900. Relying on the comments of Professors Brun, Tremblay and Brouillet, it held that [TRANSLATION] “sections 110 and 120 of the ARNA did not have the effect of implicitly abrogating the parliamentary privilege over the management of employees of the National Assembly of Québec” (para. 26 (CanLII); see also paras. 27-30). (See to a similar effect *Québec (Procureur général) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2011 QCCA 1247, at para. 30 (CanLII); *Michaud v. Bissonnette*, 2006 QCCA 775, at para. 59 (CanLII).)

la façon dont doit être régie une question qui était antérieurement régie conformément au privilège, elle ne peut plus se fonder sur son privilège inhérent pour contourner la loi. Ainsi, je me dissocie de l’opinion du juge Stephen dans *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, p. 278, selon qui [TRADUCTION] « la Chambre des communes n’est pas assujettie au contrôle des tribunaux de Sa Majesté lorsqu’elle applique les dispositions législatives portant sur sa procédure interne ».

[67] La Cour a plutôt affirmé que la relation entre une loi et le privilège est définie en fonction des principes ordinaires d’interprétation législative. Cette approche diffère de la règle adoptée en common law, soit celle énoncée dans *Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661, selon laquelle le privilège [TRADUCTION] « reste intact à moins qu’une loi ne le prévoie expressément » (p. 668). La Cour a statué que cette présomption portant que le privilège n’est pas écarté « va à l’encontre des principes contemporains d’interprétation des lois reconnus au Canada » (*Vaid*, par. 80; voir également *Reference re the Final Report of the Electoral Boundaries Commission, Re*, 2017 NSCA 10, 411 D.L.R. (4th) 271, par. 116-119).

[68] En dépit de ce qui précède, les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet ont soutenu que « [m]ême si elle fut nuancée dans *Vaid*, [. . .] la règle d’interprétation ici évoquée [énoncée dans *Duke of Newcastle*] peut encore jouer dans les cas appropriés » (*Droit constitutionnel*, p. 328-329). Dans *Association des juristes de l’État c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900, la Cour d’appel du Québec a jugé que les art. 110 et 120 de la LAN constituaient un de ces cas appropriés. En se fondant sur les commentaires des professeurs Brun, Tremblay et Brouillet, elle a conclu que « les articles 110 et 120 de la LAN n’ont pas eu pour effet d’abroger implicitement le privilège parlementaire de gestion du personnel de l’Assemblée nationale du Québec » (par. 26 (CanLII); voir aussi les par. 27-30). (Dans le même ordre d’idées, voir *Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2011 QCCA 1247, [2011] R.J.D.T. 690, par. 30; *Michaud c. Bissonnette*, 2006 QCCA 775, [2006] R.J.Q. 1552, par. 59.)

[69] I am inclined to agree with Professors Brun, Tremblay and Brouillet that the rule in *Duke of Newcastle* can still operate in certain circumstances. Such circumstances, however, do not arise in the face of the legislature's organizing statute. The *ARNA* sets out the administrative structure through which the National Assembly is to operate. To the extent that it is an enactment that "determine[s] the composition, powers, authority, privileges and duties of the legislative [branch]" (*OPSEU*, at p. 39), it bears "on the operation of an organ of the government of the Province" (*Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1024), and is constitutional in nature within the meaning given in *OPSEU*, at p. 40. Further, the National Assembly must be presumed to have had its inherent privileges in mind when enacting the *ARNA*. Accordingly, I would not apply the rule in *Duke of Newcastle* requiring express language to derogate from privilege when dealing with the *ARNA*.

C. Operation of the *ARNA*

[70] In the *ARNA*, the National Assembly has defined how the management of its employees is to be carried out. Section 120 qualifies personnel of the National Assembly as civil servants unless they are appointed by regulation derogating from the *Public Service Act*, CQLR, c. F-3.1.1, and excluded from its membership. This gives to all employees (save those so excluded) the same rights and obligations as members of the civil service. Section 120 also vests in the Secretary General the powers and responsibilities of a deputy minister for the purposes of the *Public Service Act*. Under that Act, a deputy minister is responsible for management of the employees of the National Assembly (*Public Service Act*, s. 37). Sections 16 and 17 of the *Public Service Act* grant a deputy minister the authority to discipline employees, including through dismissal, for a contravention of the standards of ethics and discipline.

[71] In this case, the letters of dismissal by the Secretary General dated July 17, 2012, are an exercise of

[69] Je suis porté à convenir avec les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet que la règle énoncée dans *Duke of Newcastle* peut encore s'appliquer dans certaines circonstances. Cela dit, la loi qui régit le fonctionnement de la législature ne constitue pas un exemple de telles circonstances. La *LAN* décrit la structure administrative de l'Assemblée nationale sur laquelle repose son fonctionnement. Dans la mesure où il s'agit d'une loi qui « [d]étermine [. . .] la composition, les pouvoirs, l'autorité, les privilèges et les fonctions [de l']organ[e] législatif » (*SEFPO*, p. 39), elle porte « sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province » (*Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1024) et est de nature constitutionnelle au sens de l'arrêt *SEFPO*, p. 40. En outre, il faut présumer que l'Assemblée nationale tenait compte de ses privilèges inhérents lorsqu'elle a adopté la *LAN*. En conséquence, dans le cas de cette loi, je suis d'avis de ne pas appliquer la règle énoncée dans *Duke of Newcastle* qui exige que la dérogation au privilège soit expressément prévue dans la loi.

C. Application de la *LAN*

[70] Dans la *LAN*, l'Assemblée nationale a prévu la façon dont doit être géré son personnel. L'article 120 précise que les employés de l'Assemblée nationale font partie du personnel de la fonction publique à moins qu'ils soient nommés par un règlement qui déroge à la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1, ou qu'ils en soient exclus. Ainsi, tous les employés (sauf ceux qui sont exclus de cette façon) ont les mêmes droits et obligations que les membres de la fonction publique. L'article 120 confère également au secrétaire général les pouvoirs et les responsabilités que la *Loi sur la fonction publique* attribue à un sous-ministre. En vertu de cette loi, le sous-ministre est responsable de la gestion du personnel de l'Assemblée nationale (*Loi sur la fonction publique*, art. 37). Les articles 16 et 17 de la *Loi sur la fonction publique* confèrent au sous-ministre le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires aux employés, y compris de les congédier, en cas de manquement aux normes d'éthique et de discipline.

[71] En l'espèce, les lettres de congédiement signées par le secrétaire général le 17 juillet 2012

this power. The dismissals were based on breaches of the security guards' obligations under the *Public Service Act* and its *Regulation respecting ethics and discipline in the public service*, CQLR, c. F-3.1.1., r. 3. The grievances that followed were brought by virtue of the rights of the guards pursuant to this legislative scheme. All of this follows from the choice made by the National Assembly when it enacted s. 120 of the *ARNA*.

[72] If the National Assembly wants a group of employees to be removed from this scheme, it can do so through the derogation procedure referred to in s. 120 of the *ARNA*. The management of this group of employees would then no longer be subject to the same rules as those applicable to the civil service. Privilege would again operate, provided that the employees fell within the scope of privilege.

[73] As the derogation procedure under s. 120 has not been exercised with respect to the employees in question, I do not see by what authority the President of the National Assembly can now reassert privilege as to the management of the guards. The President cannot rely on privilege to ignore the *ARNA*, and thereby insulate the Secretary General's decision to dismiss the guards from the scrutiny of the grievance arbitrator. The National Assembly set out in the *ARNA* that the management of its employees is to be carried out under the public service employment scheme; it also provided the Office of the National Assembly a mechanism to exclude categories of employees from that scheme. It would be contrary to the decision of the National Assembly set out in the *ARNA* for the President to exercise authority over the management of employees on a case by case basis, nominally in the exercise of privilege. Accordingly, the grievance arbitrator did not err in determining that he could hear the grievances.

[74] I would add a final perspective. In my analysis, I look to the *ARNA* and find there the basis to resolve the appeal. I do not address the extent of parliamentary privilege; this is deliberate. In my view, one should have regard to constitutional questions

constituent un exercice de ce pouvoir. Les congédiements étaient fondés sur des manquements aux obligations qui incombent aux gardiens de sécurité en application de la *Loi sur la fonction publique* et du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1, r. 3. Les griefs déposés par la suite étaient fondés sur les droits des gardiens au titre de ce régime législatif. Tous ces faits découlent du choix qu'a fait l'Assemblée nationale lorsqu'elle a adopté l'art. 120 de la *LAN*.

[72] Si l'Assemblée nationale souhaite qu'un groupe d'employés ne soient plus régis par ce régime, elle peut se prévaloir de la procédure de dérogation à laquelle fait référence l'art. 120 de la *LAN*. La gestion de ce groupe d'employés ne serait donc plus régie par les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux employés de la fonction publique. Le privilège s'appliquerait de nouveau, à condition que les employés soient visés par celui-ci.

[73] Comme la procédure de dérogation prévue à l'art. 120 n'a pas été appliquée à l'égard des employés en cause, je ne vois pas en vertu de quel pouvoir le président de l'Assemblée nationale pourrait maintenant invoquer le privilège en lien avec la gestion des gardiens de sécurité. Le président ne peut pas se fonder sur le privilège pour ignorer la *LAN*, et ainsi soustraire la décision du secrétaire général de congédier les gardiens à l'examen par l'arbitre de grief. L'Assemblée nationale a prévu dans la *LAN* que la gestion de son personnel serait régie par le régime applicable aux employés de la fonction publique; elle a aussi prévu un mécanisme par lequel le Bureau de l'Assemblée nationale peut exclure des catégories d'employés de ce régime. Il serait donc incompatible avec la décision de l'Assemblée nationale énoncée dans la *LAN* que le président exerce son pouvoir sur la gestion des employés au cas par cas, en théorie, en application du privilège. L'arbitre de grief n'a donc pas commis d'erreur lorsqu'il a jugé avoir compétence pour entendre les griefs.

[74] J'ajouterais un dernier point de vue. Dans mon analyse, j'examine la *LAN* et j'y trouve le moyen de résoudre l'appel. Je n'aborde pas la portée du privilège parlementaire, et ce, de façon délibérée. À mon avis, il ne faut tenir compte des questions

only when necessary. Better to decide matters, where one properly can, by reference to “the ordinary law”. Parliamentary privilege, derived from centuries of conflict and diverse experience, should be circumscribed with great caution and after careful reflection. It is difficult sometimes to see the connections between what is necessary for the autonomy and proper functioning of the legislature and the extent of parliamentary privilege. The legislature is not like a department or a regulatory agency; it is the central pillar of representative democracy. Profound deference should be shown as to how it chooses to operate.

III. Conclusion

[75] I would dismiss the appeal. The grievance arbitrator had jurisdiction to hear this matter on the merits. I would remit the matter back to him to do so.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[76] On May 8, 1984, Denis Lortie, a member of the armed forces, set in motion a plan to kill the members of the sovereigntist government led by René Lévesque. Three people were shot down in cold blood, and thirteen others were wounded in the Parliament Building where the National Assembly of Québec (“Assembly”) sits. However, the actions of the Sergeant-at-Arms and the entire security staff undoubtedly saved the lives of many others.

[77] The day after those tragic events, the Premier of Quebec gave a speech in the Assembly to express his thoughts and honour the security staff, especially the Sergeant-at-Arms, the police officers and the security officers who had been on the front lines:

[TRANSLATION] Mr. President, yesterday, which was an inconceivably tragic day and which those present in

constitutionnelles que lorsque cela est nécessaire. Il vaut mieux, lorsque cela peut être fait à bon droit, trancher les questions selon le « droit commun ». La portée du privilège parlementaire, issu de siècles de conflits et d’expériences diverses, devrait être circonscrite avec une grande prudence et après mûre réflexion. Il est parfois difficile de voir les liens entre ce qui est nécessaire pour l’autonomie et pour le bon fonctionnement de la législature et la portée du privilège parlementaire. La législature ne se compare pas à un ministère ou à un organisme de réglementation; il s’agit du pilier fondamental de la démocratie représentative. Une grande déférence s’impose quant à la façon dont elle choisit de fonctionner.

III. Conclusion

[75] Je suis d’avis de rejeter l’appel. L’arbitre de grief avait compétence pour se prononcer sur le fond de la présente affaire. Je suis d’avis de lui renvoyer l’affaire pour qu’il le fasse.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) —

I. Introduction

[76] Le 8 mai 1984, le militaire Denis Lortie met à exécution un plan visant à assassiner les députés du gouvernement souverainiste dirigé par René Lévesque. Trois personnes sont froidement abattues et treize autres sont blessées à l’intérieur de l’Hôtel du Parlement où siège l’Assemblée nationale du Québec (« Assemblée »). Toutefois, l’intervention du sergent d’armes et de l’ensemble des employés de sécurité sauve, sans aucun doute, la vie de plusieurs autres personnes.

[77] Au lendemain des tragiques événements, le premier ministre du Québec prononce un discours devant l’Assemblée pour livrer ses états d’âme et honorer le personnel de sécurité, plus particulièrement le sergent d’armes, les policiers et les « gardiens constables » qui étaient en première ligne :

M. le Président, cette journée d’hier, qui était tragique jusqu’à l’inconcevable et qu’ont eu à subir tout

this Parliament Building especially had to endure, has taken a very heavy toll, of which we are unfortunately all too aware. First of all, I too would like — and I'm sure I speak for all of us, as well as for myself personally — to extend our deepest condolences to the families, friends and colleagues of Camille Lepage, Georges Boyer and Roger Lefrançois, the innocent victims of this unprecedented and senseless violence. I also want to offer our best wishes for a full and speedy recovery to all those who were injured, some of whom are still in hospital in serious condition. We had gotten to know these men and women, some of whom worked here at the National Assembly for a long time, by interacting with them on a regular basis. They helped us do our work as members. They were among those who contribute daily to the proper functioning of the central institution of our democratic system. There is not a single person in this Parliament, or in the government, of course, who does not feel affected by what happened to them and who does not join in the sorrow or worry felt by their loved ones.

Among these people in Parliament, among the involuntary players in this drama, as you just mentioned — but I think it can be said again; in fact, it will be repeated for a long time — was our Sergeant-at-Arms, Mr. Jalbert, who has been with us for a decade now. We were already well aware of his efficiency, tact and courtesousness, and also his humour on occasion, but yesterday he showed us some truly heroic qualities. The word has been used, it is not too strong, and everyone is unanimous in recognizing it. Through his presence of mind, his absolutely extraordinary composure, his sense of duty and responsibility, and a solicitude going beyond the normal performance of the job of protecting others, he changed the course of this incident. He no doubt averted an even greater tragedy. The National Assembly is unanimous — as we saw just moments ago — in saluting Mr. Jalbert's exemplary courage and in thanking him on behalf of everyone for what he did for his fellow citizens. I am also certain that we will be unanimous in finding a more meaningful and lasting way to express our feelings for him soon.

I also note, as you did, Mr. President, that among those who deserve our recognition as well for their bravery and efficiency, it is important to point out the remarkable work done by the regular officers and the tactical squad of the Sûreté du Québec as well as by the city's police officers. It must also be recognized that, given the circumstances, the

particulièrement ceux et celles qui étaient présents dans cet Hôtel du Parlement, se solde par un très lourd bilan que nous ne connaissons que trop hélas! Étant assuré de m'exprimer en notre nom à tous, à mon tour, et en m'exprimant également à titre personnel, je tiens tout d'abord à réitérer, moi aussi, nos plus sincères condoléances aux familles, aux amis et aux collègues de MM. Camille Lepage, Georges Boyer et Roger Lefrançois qui sont les victimes innocentes de cette violence inouïe et insensée. Je veux aussi assurer tous les blessés, dont certains sont encore dans un état sérieux à l'hôpital, de tous nos vœux pour un prompt et complet rétablissement. Ces hommes et ces femmes, dont certains travaillaient ici à l'Assemblée nationale depuis longtemps, nous avons appris à les connaître pour les avoir côtoyés régulièrement. Ils nous aidaient à faire notre travail de député. Ils étaient du nombre de celles et de ceux qui, quotidiennement, concourent au bon fonctionnement de l'institution centrale de notre régime démocratique. Il n'y a personne dans ce Parlement ni au gouvernement, bien sûr, qui ne se sente pas concerné par ce qui leur est arrivé et solidaire aussi de la tristesse ou encore de l'inquiétude qui affligent leurs proches.

Parmi ces gens du Parlement, au nombre des acteurs involontaires de ce drame, comme vous venez de l'évoquer — mais je crois qu'on peut le répéter; ce sera répété longtemps, d'ailleurs — il y a eu notre sergent d'armes, M. Jalbert, qui est avec nous depuis une dizaine d'années maintenant. On lui connaissait déjà bien des qualités d'efficacité, de tact, de courtoisie, d'humour aussi, à l'occasion, mais hier, il nous a révélé des qualités proprement héroïques. Le mot a été employé, il n'est pas trop fort, et tout le monde est unanime à le reconnaître. Par sa présence d'esprit, son sang-froid absolument extraordinaire, son sens du devoir et des responsabilités et un souci qui va au-delà de l'accomplissement normal de la tâche de la protection d'autrui, il a fait dévier le cours de cet événement. Il a sans doute évité que cela ne tourne encore davantage au tragique. L'Assemblée nationale est unanime — on l'a vu, il y a quelques instants — pour saluer le courage exemplaire de M. Jalbert et le remercier au nom de tous de ce qu'il a fait pour les siens. Je suis sûr aussi que c'est unanimement que nous trouverons bientôt une façon plus marquante et plus durable de concrétiser nos sentiments à son endroit.

Je souligne à mon tour, comme vous l'avez fait, M. le Président, que parmi ceux qui méritent aussi notre reconnaissance pour leur bravoure et leur efficacité, il faut souligner le travail remarquable accompli par les agents réguliers et aussi par la brigade tactique de la Sûreté du Québec de même que par les policiers de la ville. On doit

Assembly's security officers did everything they could to carry out their duty, and we know how difficult and trying that must have been.

...

This inevitably leads me for a moment to the issue that keeps coming back to haunt us each time a parliamentary institution is disrupted by acts of violence, namely the issue of security. It is clear — you said it yourself yesterday, Mr. President — that no democratic parliament, at least as far as we are aware, has yet found a solution that is truly fail-safe, if it must at the same time remain democratic. But one thing is certain: while the lives of parliamentarians and the people around them are absolutely as invaluable as those of all other citizens, Parliament, as the very symbol of democracy, must be able to count on having sufficient protection to fulfil its role with the greatest possible serenity. Clearly, this balance is never an easy one to strike. In fact, this is simply a reminder of our fundamental duty to build a society that is increasingly — and ever more firmly — based on respect for others and on non-violence. I say “build” because it has already been said and it still remains true.

Real democracy can never be taken for granted; it must be earned and, in a way, re-earned and strengthened every day; it must also be respected. Let us hope, in any case, that yesterday has made us more aware of the futility, absurdity and inhumanity of violence as a means of expression in a civilized society. [Emphasis added.]

(National Assembly of Québec, *Journal des débats*, vol. 27, No. 90, 4th Sess., 32nd Leg., May 9, 1984, at pp. 6021-23)

[78] This historical aside underscores a fact that we must bear in mind in our analysis: in order for any legislative assembly to perform its constitutional functions with dignity and efficiency, it is essential that it operate in a secure environment. A legislative assembly that works under the threat of violence is neither dignified nor efficient. In fact, no legislative assembly whose proceedings are conducted under duress can truly claim to be democratic. This fundamental imperative ensures that members of the

reconnaître également que compte tenu des circonstances, les gardiens-constables de l'Assemblée ont fait tout ce qu'ils pouvaient pour remplir leur devoir, et on sait à quel point cela a dû être difficile et éprouvant.

...

Ce qui m'amène forcément un seul instant à la question qui revient toujours de façon obsédante, chaque fois que l'institution parlementaire se voit perturbée par des actes violents, soit la question de la sécurité. Il est évident — vous l'avez dit vous-même hier, M. le Président — que dans aucun Parlement démocratique, de ceux que l'on connait en tout cas, on n'a trouvé jusqu'à présent la recette qui soit vraiment à toute épreuve si un Parlement doit en même temps demeurer démocratique. Mais une chose certaine, même si la vie des parlementaires et des gens de leur entourage a strictement le même prix inestimable que celle de tous les autres citoyens, le Parlement, lui, qui est le symbole même de la démocratie, doit pouvoir compter sur assez de protection pour qu'il puisse remplir son rôle avec le maximum possible de sérénité. Évidemment, c'est un équilibre qui n'est jamais facile à trouver. En fait, cela nous rappelle tout simplement notre devoir fondamental de construire une société de plus en plus — et de plus en plus sûrement — fondée sur le respect des autres et sur la non-violence. Je dis bien « construire » parce que cela a déjà été dit et cela reste toujours vrai.

La vraie démocratie n'est jamais une chose acquise, elle doit être méritée, d'une certaine façon regagnée et consolidée tous les jours; elle doit être respectée aussi. Espérons, en tout cas, que la journée d'hier nous aura rendus plus conscients de l'inutilité, de l'absurdité et de l'inhumanité de la violence comme moyen d'expression dans une société civilisée. [Nous soulignons.]

(Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, vol. 27, n° 90, 4^e sess., 32^e lég., 9 mai 1984, p. 6021-6023)

[78] Cet aparté historique met en évidence un fait que nous devons garder à l'esprit lors de notre analyse : il est essentiel pour toute assemblée législative d'opérer dans un environnement sécuritaire pour qu'elle s'acquitte de ses fonctions constitutionnelles dignement et efficacement. Une assemblée législative qui travaille sous la menace de la violence n'est ni digne ni efficace. En fait, une assemblée législative dont les travaux seraient menés sous la contrainte ne pourrait réellement prétendre être démocratique.

Assembly are able to debate freely in a respectful manner, without violence. Ensuring the Assembly's security is the responsibility of its President (the term used in Quebec for the speaker), who is free to make any decisions deemed appropriate, including decisions as to who it is that will carry out security measures. This process is protected by absolute parliamentary privileges. It follows that decisions relating to security cannot be challenged in or reviewed by a court or tribunal.

[79] In the constitutional framework of British-style parliamentary democracies, parliamentary privileges effect a *modus vivendi* between the legislative branch of government and the other two branches, giving the former the legal tools it needs to perform its constitutional functions free from any interference: M. Groves and E. Campbell, "Parliamentary Privilege and the Courts: Questions of Justiciability" (2007), 7 *O.U.C.L.J.* 175, at pp. 189-90, citing D. McGee, "The Scope of Parliamentary Privilege", [2004] *N.Z.L.J.* 84, at p. 84. As we will explain below, these privileges have deep historical roots. They made it possible to strike the necessary balance for sustaining democracy in the United Kingdom and later in its colonies. Parliamentary privileges are therefore not an *exception* to the rule of law, but rather a distinct pillar in Canada's constitutional architecture.

[80] In the instant case, we are of the opinion that these privileges defeat the grievance arbitrator's jurisdiction. Security guards exercise an essential part of the privilege conferred onto the President. Their employment is therefore closely and directly connected with proceedings in the Assembly. Moreover, these constitutional privileges were not abolished with the coming into force of the *Act respecting the National Assembly*, CQLR, c. A-23.1 ("ARNA"). Interference by courts or tribunals would therefore be inconsistent with the Assembly's sovereignty.

II. Facts

[81] In July 2012, three of the Assembly's security guards were dismissed on the ground that they had

Cet impératif fondamental assure que les membres de l'Assemblée puissent débattre librement dans le respect et la non-violence. La responsabilité d'assurer la sécurité de l'Assemblée échoit à son président qui est libre de prendre toutes les décisions qu'il juge appropriées, y compris celles liées à l'identité des personnes mettant en œuvre les mesures de sécurité. Cet exercice est protégé par des privilèges parlementaires absolus. Il s'ensuit que les décisions relatives à la sécurité ne peuvent être contestées devant les tribunaux ou révisées par eux.

[79] Dans le portrait constitutionnel des démocraties parlementaires de type britannique, les privilèges parlementaires agissent comme un *modus vivendi* entre le pouvoir législatif et les deux autres branches du gouvernement, donnant au premier les moyens légaux d'assumer ses fonctions constitutionnelles, libre de toute interférence : M. Groves et E. Campbell, « Parliamentary Privilege and the Courts : Questions of Justiciability » (2007), 7 *O.U.C.L.J.* 175, p. 189-190, citant D. McGee, « The Scope of Parliamentary Privilege », [2004] *N.Z.L.J.* 84, p. 84. Comme nous l'expliquerons ultérieurement, ces privilèges ont des racines historiques profondes. Ils ont permis d'établir l'équilibre nécessaire pour assurer la pérennité de la démocratie au Royaume-Uni et, subséquemment, dans ses colonies. Dès lors, les privilèges parlementaires ne constituent pas une *exception* à la règle de la primauté du droit, mais plutôt un pilier distinct de l'architecture constitutionnelle canadienne.

[80] En l'espèce, nous sommes d'avis que ces privilèges font échec à la compétence de l'arbitre de grief. Les gardiens de sécurité exercent un volet essentiel du privilège conféré au président. Il existe donc un lien étroit et direct entre leur emploi et les travaux de l'Assemblée. En outre, ces privilèges de nature constitutionnelle n'ont pas été abolis par l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1 (« LAN »). De ce fait, l'intervention des tribunaux serait incompatible avec la souveraineté de l'Assemblée.

II. Faits

[81] En juillet 2012, trois gardiens de sécurité de l'Assemblée ont été congédiés au motif qu'ils avaient

surreptitiously used surveillance cameras to look inside the rooms of the adjacent hotel and that the relationship of trust with their employer had therefore been severed. Grievances were filed in which the guards, represented by the Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (“Union”), sought reinstatement in their respective positions and reimbursement of the benefits they had lost. The President of the Assembly, Jacques Chagnon (“President”), challenged the arbitrator’s jurisdiction by way of a preliminary exception. He relied on two parliamentary privileges: the privilege over the management of employees and the privilege to exclude strangers from the Assembly’s precincts.

[82] The arbitrator dismissed the preliminary exception and found that he had jurisdiction to decide the grievances: 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370. The Superior Court allowed the President’s application and set aside the arbitrator’s decision: 2015 QCCS 883. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal and restored the arbitrator’s decision: 2017 QCCA 271, 20 Admin. L.R. (6th) 93.

III. Standard of Review

[83] The President puts three questions to this Court:

- (1) Do the duties of the security guards employed by the Assembly fall within a sphere of activity covered by the privilege over the management of employees? What is the applicable test when this privilege is claimed?
- (2) Did the general reference to the *Public Service Act*, CQLR, c. F-3.1.1, in s. 120 of the *ARNA* have the effect of implicitly abolishing the Assembly’s parliamentary privileges?
- (3) Does the implementation of [TRANSLATION] “control over access to parliamentary precincts”, as part of the privilege to exclude strangers from the Assembly and its precincts, give the President the power to determine who exercises this privilege, including the right to dismiss a person who no longer exercises it?

(See A.F., at pp. 6-8.)

utilisé clandestinement des caméras de surveillance pour observer l’intérieur des chambres de l’hôtel adjacent et que le lien de confiance avec leur employeur a en conséquence été rompu. Représentés par le Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (« Syndicat »), ils réclament au moyen de griefs la réintégration dans leurs emplois respectifs et le remboursement des avantages qu’ils ont perdus. À titre de moyen préliminaire, le président de l’Assemblée, Jacques Chagnon (« Président »), a contesté la compétence de l’arbitre en invoquant l’existence de deux privilèges parlementaires, soit le privilège de gestion du personnel et le privilège d’expulser les étrangers de l’enceinte de l’Assemblée.

[82] L’arbitre a rejeté le moyen préliminaire et conclu qu’il avait compétence pour décider des griefs : 2014 QCTA 696, [2014] AZ-51104370. La Cour supérieure a accueilli la requête du Président et annulé la décision de l’arbitre : 2015 QCCS 883. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel et rétabli la décision de l’arbitre : 2017 QCCA 271, 20 Admin. L.R. (6th) 93.

III. Norme de contrôle

[83] Le Président pose trois questions à la Cour :

- (1) Les fonctions des gardiens de sécurité employés par l’Assemblée appartiennent-elles à une sphère d’activité relevant du privilège de gestion du personnel? Quel est le test applicable à une revendication de ce privilège?
- (2) Le renvoi général à la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1, contenu à l’art. 120 de la *LAN* a-t-il eu pour effet d’abolir implicitement les privilèges parlementaires de l’Assemblée?
- (3) La mise en œuvre du « contrôle de l’accès à l’enceinte parlementaire » compris dans le privilège d’expulser les étrangers de l’Assemblée et de ses environs inclut-elle le pouvoir pour le Président de déterminer qui exerce ce privilège, emportant le droit de congédier une personne qui ne l’exercerait plus?

(Voir m.a., p. 6-8.)

[84] The Union submits that the Court must defer to the arbitrator’s findings that the guards’ duties do not fall within the scope of the privilege over the management of employees and that the guards do not exercise the privilege to exclude strangers on the President’s behalf. According to the Union, these questions relate to the assessment of the facts in this case, which means that the applicable standard is reasonableness.

[85] We cannot accept this argument. In our view, the questions submitted by the President are merely three aspects of the same question, namely the scope of the parliamentary privileges in issue. Moreover, the evidence relating to the tasks performed by the guards is not contested. Therefore, what we are concerned with is not characterizing the role of the guards at the Assembly, but rather defining the scope of the parliamentary privileges — that is clearly a question of law.

[86] We agree with Justice Karakatsanis that the applicable standard of review is correctness because the existence and scope of parliamentary privileges raise a question of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 60, citing *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 62; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26. Like Justice Karakatsanis, we recognize that grievance arbitrators do not have specific expertise in relation to parliamentary privileges. We also recognize that while this appeal involves only the National Assembly of Québec, the conclusions regarding parliamentary privileges could affect other legislative assemblies. The broad and general scope of such a question is clear. It raises the issue of “basic consistency in the fundamental legal order of our country”: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 22; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 26-27. “Because of their impact on the administration of justice as a whole, such

[84] Le Syndicat soutient que la Cour doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de l’arbitre voulant que les fonctions des gardiens ne s’inscrivent pas dans la portée du privilège de gestion du personnel et que les gardiens n’exercent pas le privilège d’expulsion des étrangers au nom du Président. Selon le Syndicat, ces questions ont trait à l’appréciation des faits en l’espèce. Ainsi, la norme applicable serait celle de la décision raisonnable.

[85] Nous ne pouvons accepter cet argument. Selon nous, les questions soumises par le Président ne représentent que trois facettes d’une même question, soit celle de la portée des privilèges parlementaires en cause. D’ailleurs, la preuve relative aux tâches effectuées par les gardiens n’est pas contestée. La question qui nous concerne n’est alors pas celle de qualifier le rôle des gardiens au sein de l’Assemblée, mais plutôt celle de définir la portée des privilèges parlementaires, ce qui est manifestement une question de droit.

[86] Nous sommes d’accord avec la juge Karakatsanis que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, puisque l’existence et la portée des privilèges parlementaires soulèvent une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 60, citant *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26. Nous reconnaissons, comme la juge Karakatsanis, que l’arbitre de grief ne possède aucune expertise particulière en matière de privilèges parlementaires. Nous reconnaissons également que les conclusions relatives aux privilèges parlementaires — bien que le présent pourvoi concerne uniquement l’Assemblée nationale du Québec — sont susceptibles d’affecter d’autres assemblées législatives. La portée large et générale d’une telle question est évidente. Elle met en cause la « cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays » : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 22; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities*

questions require uniform and consistent answers”: *Dunsmuir*, at para. 60.

[87] We would add that the existence and scope of parliamentary privileges also raise a constitutional issue. This Court has previously recognized the constitutional nature of parliamentary privileges: *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 30; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 379. It is well established that the standard of review applicable to “other constitutional” issues is correctness “because of the unique role of . . . courts [mentioned in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*] as interpreters of the Constitution”: *Dunsmuir*, at para. 58; *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504. In *Vaid*, the Court noted the importance of the issue relating to the privilege over the management of employees, stating that “[t]here are few issues as important to our constitutional equilibrium as the relationship between the legislature and the other branches of the State on which the Constitution has conferred powers, namely the executive and the courts”: *Vaid*, at para. 4. The same can be said of issues relating to the Assembly’s inherent, historical privilege to exclude strangers from its precincts, as well as the impact of the *ARNA* on parliamentary privileges. Since all of these issues concern the separation of powers among state institutions, they are constitutional in nature, and the correctness standard must apply.

[88] However, we prefer to refrain from expressing any opinion on the justification put forward by the majority of the Court of Appeal, which found that the correctness standard applied because the case also involved a true question of jurisdiction (paras. 33 and 35). Given that the Court will soon be considering the nature and scope of judicial review — possibly including the concept of “true question of jurisdiction” as used in *Dunsmuir*, at para. 59 — we do not

Commission), 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 26-27. Pareille question « doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » : *Dunsmuir*, par. 60.

[87] Nous ajoutons que l’existence et la portée des privilèges parlementaires soulèvent aussi une question constitutionnelle. La nature constitutionnelle des privilèges parlementaires a été reconnue par la Cour : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 30; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 379. Il est bien établi que la norme de contrôle applicable aux questions « touchant par ailleurs à la Constitution » est celle de la décision correcte « à cause du rôle unique des cours de justice visées à l’art. 96 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*] en tant qu’interprètes de la Constitution » : *Dunsmuir*, par. 58; *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504. Dans *Vaid*, la Cour a relevé l’importance de la question relative au privilège de gestion des employés. Elle a souligné que « [p]eu de questions revêtent autant d’importance pour notre équilibre constitutionnel que le rapport entre la législature et les autres organes de l’État auxquels la Constitution a conféré des pouvoirs, soit l’exécutif et les tribunaux judiciaires » : *Vaid*, par. 4. Cette qualification peut s’appliquer tout autant aux questions relatives au privilège inhérent et historique de l’Assemblée d’expulser des étrangers de son enceinte. C’est aussi le cas au sujet de l’effet de la *LAN* sur les privilèges parlementaires. Puisque ces questions touchent toutes à la séparation des pouvoirs entre les institutions de l’État, elles sont de nature constitutionnelle, et la norme de la décision correcte doit s’appliquer.

[88] Par ailleurs, nous préférons nous abstenir de nous prononcer sur la justification mise de l’avant par les juges majoritaires de la Cour d’appel, selon qui la norme de la décision correcte s’impose, puisqu’il s’agit aussi d’une question touchant véritablement à la compétence (par. 33 et 35). Étant donné que la Cour examinera prochainement la nature et la portée du contrôle judiciaire — incluant possiblement la notion de « question touchant véritablement à la

think it appropriate to address this issue. Nor is it essential to do so, since the reasons stated above are more than sufficient to justify the application of the correctness standard.

IV. Analysis

[89] Since the origins of parliamentary privileges date back to the beginnings of British parliamentary democracy, we believe it will be helpful to start with a historical overview of the legal principles that underlie our reasoning. We will therefore consider the privileges being claimed, which will lead us to conclude that security is a privileged sphere of activity. Since the security guards' tasks fall entirely within this sphere, and since the guards exercise the privilege to exclude strangers on the President's behalf, they are covered by the management privilege. Moreover, the ARNA does not reveal any clear intention by the Assembly to restrict or waive these parliamentary privileges. Allowing the grievance arbitrator to rule on the merits of the dismissal would therefore be tantamount to authorizing interference with the exercise of parliamentary privileges.

A. *Historical Roots of Parliamentary Privileges*

(1) Origins of the Privileges of the Parliament at Westminster

[90] The precise origins of parliamentary privileges remain uncertain. The assertion of these privileges certainly caused many conflicts, sometimes violent in nature, between the Parliament at Westminster, the Crown and the courts: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 344 (concurring reasons of Lamer C.J.); see also S. Pincus, *1688: The First Modern Revolution* (2009), at p. 28.

[91] In the early years of the Westminster system of parliamentary democracy as we know it today, the speaker of the House of Commons asked the monarch to recognize the privileges necessary to the proper functioning of the House on the opening day

compétence » au sens de l'arrêt *Dunsmuir*, par. 59 — il nous paraît inopportun d'aborder cette question. En outre, il n'est pas essentiel de le faire, puisque les motifs énoncés précédemment suffisent amplement à justifier le recours à la norme de la décision correcte.

IV. Analyse

[89] Puisque l'origine des privilèges parlementaires remonte à la même époque que les balbutiements de la démocratie parlementaire britannique, nous croyons utile avant toute chose d'effectuer un survol historique des principes juridiques sur lesquels repose notre raisonnement. Nous examinerons donc les privilèges invoqués, ce qui nous amènera à conclure que le domaine de la sécurité est une sphère d'activité privilégiée. Puisque les tâches des gardiens de sécurité s'inscrivent entièrement dans cette sphère et que ces derniers exercent le privilège d'expulsion des étrangers pour le compte du président, le privilège de gestion couvre les gardiens. En outre, la LAN ne révèle aucune intention claire de la part de l'Assemblée de restreindre ces privilèges parlementaires ou d'y renoncer. Permettre à l'arbitre de grief de se prononcer sur le bien-fondé du congédiement équivaudrait donc à autoriser l'ingérence dans l'exercice des privilèges parlementaires.

A. *Les racines historiques des privilèges parlementaires*

(1) L'origine des privilèges du Parlement de Westminster

[90] L'origine précise des privilèges parlementaires demeure incertaine. Certes, l'assertion de ces privilèges fut la cause de plusieurs conflits, parfois violents, entre le Parlement de Westminster, la Couronne et le pouvoir judiciaire : *New Brunswick Broadcasting*, p. 344 (motifs concordants du juge en chef Lamer); voir aussi S. Pincus, *1688 : The First Modern Revolution* (2009), p. 28.

[91] À l'aube de la démocratie parlementaire de Westminster telle qu'on la connaît aujourd'hui, le président de la Chambre des communes demandait au monarque de reconnaître les privilèges nécessaires à son bon fonctionnement le premier jour où le

of Parliament, in accordance with feudal tradition. The representatives of the Lower House — that is, the knights of the shires and the burgesses — met and chose a speaker to represent them before the monarch. That representative went before the Upper House, where the lords, their authorized representatives, the princes, the barons, the archbishops, the bishops and certain abbots sat. The monarch was usually seated above them in the Upper House and was assisted by a chancellor, who spoke on the monarch's behalf. In the centre of the room were the judges of the realm, the master of the rolls and the secretaries of state: W. Stubbs, *The Constitutional History of England in Its Origin and Development* (3rd ed. 1884), vol. III, at pp. 486-88.

[92] Once in the Upper House, the speaker of the House of Commons began by praising the monarch. The chancellor thanked the Commons for choosing a speaker and called upon the representatives to debate laws. The speaker then asked for recognition of the Commons' privileges so that its members could debate freely without their words being called into question or offending the monarch. He asked that, should such offence occur, the Lower House be permitted to judge and punish the offender itself. The speaker promised not to abuse these powers, and the chancellor then agreed on behalf of the monarch: Stubbs, at pp. 486-88.

[93] We note that, from the start, it was customary for certain parliamentary privileges to protect the servants of members of Parliament as well. The protection extended from the 40th day before the start of each session until the 40th day after the end of each session. The privileges served primarily as a *shield* against attacks by the monarch, which typically took the form of wrongful imprisonment. They therefore also prevented collateral attacks against employees of members of the Parliament at Westminster with respect to all matters except treason, felony or situations endangering public safety: Stubbs, at pp. 514-15.

Parlement était convoqué selon la tradition féodale. Les représentants de la Chambre basse (« *Knights of the shires* » et « *burgesses* ») se réunissaient et désignaient le président (« *Speaker* ») pour les représenter devant le souverain. Ce représentant se rendait devant la Chambre haute, qui réunissait les lords, leurs représentants autorisés, les princes, les barons, les archevêques, les évêques et certains abbés. Dans cette Chambre haute, surélevé se trouvait habituellement le monarque qui était assisté par un chancelier qui parlait en son nom. Au centre de la pièce se trouvaient des juges du royaume, le président de la cour (« *Master of the Rolls* ») ainsi que les secrétaires d'État : W. Stubbs, *The Constitutional History of England in Its Origin and Development* (3^e éd. 1884), vol. III, p. 486-488.

[92] Rendu à la Chambre haute, le président de la Chambre des communes faisait d'abord l'éloge du monarque. Le chancelier remerciait les communes d'avoir désigné un président et enjoignait les représentants à débattre des lois. C'est alors que le président demandait la reconnaissance des privilèges des communes, afin que ses membres puissent débattre librement sans que leur parole ne soit remise en question ou n'offense le monarque. Advenant la survenue d'une telle offense, il demandait que la Chambre basse puisse juger et punir elle-même le coupable. Le président promettait de ne pas abuser de ces pouvoirs. Le chancelier acquiesçait alors au nom du monarque : Stubbs, p. 486-488.

[93] Nous notons que, selon la coutume, dès leur origine, certains privilèges parlementaires protégeaient également les serviteurs au service des membres du Parlement, et ce, pour une période s'échelonnant du 40^e jour avant le début de chaque session au 40^e jour après la fin de chacune d'elles. Les privilèges servaient principalement de *bouclier* contre les attaques du monarque qui prenaient habituellement la forme d'emprisonnements injustifiés. Ils prévenaient donc aussi les attaques collatérales visant les employés des membres du Parlement de Westminster à tous égards, à l'exception des crimes de trahison, de *felony* ou de situations où la sécurité publique était menacée : Stubbs, p. 514-515.

[94] Around 1400, both Houses of Parliament began to avail themselves of the services of a sergeant-at-arms to enforce their privileges. The sergeant-at-arms was responsible for protecting the speaker of the House. It is interesting to note that one of the original functions of the sergeant-at-arms was to act as doorkeeper, a role similar to that of the three employees dismissed in this case: E. Campbell, *Current Issue Paper #68 — The Sergeant-at-Arms: Historical Origins and Contemporary Roles* (1987), at pp. 3-5.

[95] The Parliament at Westminster gradually began to assert its privileges in a more forceful manner. At first, the House of Commons began to exercise its powers of arrest, trial and imprisonment. Later, with the assistance of the sergeant-at-arms, it was able to fight for the recognition of its privileges, especially against the courts, since it now had the coercive power to enforce its independence: P. Marsden, *The Officers of the Commons 1363-1978* (1979), at p. 79; *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (24th ed. 2011), by M. Jack, c. 17.

[96] Privileges were asserted against the common law courts in several phases. Initially, both Houses of Parliament claimed exclusive jurisdiction to judge the existence and scope of their privileges because of their historical status as part of the High Court of Parliament of medieval England: Groves and Campbell, at p. 177.³ With the growth of parliamentary law, known as *lex parliamenti*, the Houses argued in particular that this law was separate from the common law and that the courts therefore had no jurisdiction to decide disputes relating to privileges: Groves and Campbell, at p. 177. Until the 19th century, the courts respected this assertion by Parliament and expressed very few doubts about it.

³ It should be noted that this English constitutional feature virtually disappeared with the reform that led to the creation of the Supreme Court of the United Kingdom and to the elimination of the House of Lords' role as a court of appeal: M.-A. Roy, "Le Parlement, les tribunaux et la Charte canadienne des droits et libertés: vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle" (2014), 55 C. de D. 489, at pp. 495-96; *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 347-48.

[94] Vers l'an 1400, les deux chambres du Parlement ont commencé à bénéficier des services d'un sergent d'armes pour assurer le respect de leurs privilèges. Ce dernier était responsable de veiller à la protection du président de la Chambre. Il est intéressant de noter que, à l'origine, le sergent d'armes assumait notamment le rôle de gardien de porte, un rôle similaire à celui dont s'acquittaient les trois employés congédiés dans la présente affaire : E. Campbell, *Current Issue Paper #68 — The Sergeant-at-Arms : Historical Origins and Contemporary Roles* (1987), p. 3-5.

[95] Peu à peu, le Parlement de Westminster a revendiqué ses privilèges avec davantage de fermeté. D'abord la Chambre des communes a pu exercer ses pouvoirs d'arrestation, de jugement et d'emprisonnement. Plus tard, avec l'aide du sergent d'armes, elle a été en mesure de s'engager dans une lutte pour la reconnaissance de ses privilèges, notamment face au pouvoir judiciaire, puisqu'elle détenait désormais le pouvoir coercitif de faire respecter son indépendance : P. Marsden, *The Officers of the Commons 1363-1978* (1979), p. 79; *Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (24^e éd. 2011), par M. Jack, c. 17.

[96] L'affirmation des privilèges face aux tribunaux de common law a connu plusieurs phases. D'abord, les deux chambres du Parlement soutenaient qu'elles avaient la compétence exclusive de juger de l'existence et de la portée de leurs privilèges en raison de l'appartenance historique de leur chambre à la Haute Cour du Parlement en Angleterre médiévale : Groves et Campbell, p. 177³. Avec l'essor du droit parlementaire, connu sous le nom de *lex parliamenti*, les chambres faisaient notamment valoir que ce droit ne faisait pas partie de la common law. De ce fait, les tribunaux de droit commun n'avaient pas juridiction pour décider des litiges relatifs aux privilèges : Groves et Campbell, p. 177.

³ Il faut noter que ce dernier aspect constitutionnel anglais a pratiquement pris fin lors de la réforme ayant mené à la création de la Cour suprême du Royaume-Uni et la fin du rôle de tribunal d'appel de la Chambre des lords : M.-A. Roy, « Le Parlement, les tribunaux et la Charte canadienne des droits et libertés : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle » (2014), 55 C. de D. 489, p. 495-496; *New Brunswick Broadcasting*, p. 347-348.

Note that the jurisdiction of the common law courts at the time was not as broad as it is today. They did not decide matters relating to equity or ecclesiastical law: *Groves and Campbell*, at p. 177 and fn. 9. The argument was therefore not as ambitious as it might seem today.

[97] The courts subsequently assumed jurisdiction over cases in which the privilege being claimed had an impact on the rights exercised outside Parliament: *Groves and Campbell*, at pp. 177-78 and fn. 10.

[98] A turning point in development of privileges was the famous case of *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.). In that case, Mr. Stockdale, who had published a medical book that was found in the possession of a prisoner in Newgate, brought an action for libel against Messrs. Hansard, printers to the House of Commons. In a report prepared by the prison inspector, Mr. Stockdale's book was described as "disgusting and obscene". The report was later printed by Messrs. Hansard under the authority of the House of Commons and sold to members of the public. In response to the lawsuit, the House of Commons asserted its parliamentary privileges by resolving as follows:

That the power of publishing such of its reports, votes, and proceedings as it shall deem necessary or conducive to the public interests, is an essential incident to the constitutional functions of Parliament, more especially of this House, as the representative portion of it. That by the law and privilege of Parliament, this House has the sole and exclusive jurisdiction to determine upon the existence and extent of its privileges, and that the institution or prosecution of any action, suit, or other proceeding, for the purpose of bringing them into discussion for decision before any court or tribunal elsewhere than in Parliament, is a high breach of such privilege, and renders all parties concerned therein amenable to its just displeasure, and to the punishment consequent thereon: That for any court or tribunal to assume to decide upon matters of privilege inconsistent with the determination of either

Jusqu'au 19^e siècle, les tribunaux respectaient cette assertion du Parlement et n'exprimaient que bien peu de doutes à son sujet. Notez bien qu'à l'époque, l'étendue de la juridiction des tribunaux de common law n'était pas aussi vaste qu'aujourd'hui. Ils ne décidaient pas des questions d'*equity* ou de droit ecclésiastique : *Groves et Campbell*, p. 177 et note en bas de page 9. L'argument n'était donc pas aussi ambitieux qu'il peut sembler l'être aujourd'hui.

[97] Par la suite, les tribunaux se sont saisis de dossiers où le privilège invoqué avait une incidence sur les droits s'exerçant à l'extérieur du Parlement : *Groves et Campbell*, p. 177-178 et note en bas de page 10.

[98] La célèbre affaire *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (B.R.), a été un moment charnière dans l'évolution des privilèges. Dans cette affaire, M. Stockdale, qui avait publié un livre de médecine s'étant retrouvé entre les mains d'un prisonnier de Newgate, a intenté un recours en diffamation contre MM. Hansard, les imprimeurs de la Chambre des communes. Dans un rapport rédigé par l'inspecteur de la prison, le livre de M. Stockdale était qualifié de [TRADUCTION] « dégoûtant et obscène ». Ultérieurement, ce rapport a été imprimé par MM. Hansard sous l'autorité de la Chambre des communes et vendu aux membres du public. En riposte à cette poursuite, la Chambre des communes a invoqué ses privilèges parlementaires au moyen d'une résolution :

[TRADUCTION] Que le pouvoir de publier les rapports, votes et délibérations qu'elle estime soit nécessaires dans l'intérêt public soit favorables à celui-ci est un élément essentiel des fonctions constitutionnelles du Parlement, plus particulièrement cette Chambre, en tant qu'organe représentatif au sein de celui-ci. Que par l'effet de la loi et du privilège du Parlement, cette Chambre a compétence exclusive pour statuer sur l'existence et l'étendue de ses privilèges; et que toute action, poursuite ou autre procédure intentée, afin que ceux-ci fassent l'objet de débats ou décisions, devant quelque cour de justice ou tribunal ailleurs qu'au Parlement, constitue un manquement grave à ce privilège, auquel cas toutes les parties concernées encourrent le mécontentement légitime du Parlement et sont passibles de sanctions en conséquence : Que la décision de quelque cour de justice ou tribunal d'assumer compétence

House of Parliament thereon, is contrary to the law of Parliament, and is a breach and contempt of the privileges of Parliament. [Emphasis added.]

(United Kingdom, House of Commons, *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 49, August 1, 1839, col. 1074-75; see also C. G. Post, *Significant Cases in British Constitutional Law* (1957), at pp. 28-29.)

[99] However, the Court of Queen’s Bench denied the existence of the claimed privilege. In his reasons, Lord Denman C.J. began by rejecting the argument that the House of Commons was the sole and conclusive judge of the existence and scope of its own privileges. For one thing, he found it illogical that the House of Commons and the House of Lords, which together formed Parliament, could claim privileges that might be inconsistent: *Stockdale*, at p. 1154; see also Post, at p. 31. He also noted that the argument that Parliament had *incommunicable* knowledge of its privileges was ludicrous. Clearly, the courts at the time were trying to determine the jurisdictional boundaries of parliamentary privileges. A claim of privilege was not enough to dispose of a case: *Stockdale*, at pp. 1154-56; see also Post, at pp. 31-32.

[100] In the end, Lord Denman C.J. found that it was for the Court of Queen’s Bench to decide the matter, holding that it “is no longer optional with me to decline or accept the office of deciding whether this privilege exist[s] in law”: *Stockdale*, at p. 1169; see also Post, at pp. 33-34.

[101] The saga surrounding the case gave rise to seven separate proceedings and led to the imprisonment of Mr. Hansard, members of his family and certain legal advisors. This dispute concerning the courts’ jurisdiction with respect to privileges caused quite a stir in British society. It was even suggested that there would be armed conflict if tensions escalated: Groves and Campbell, at p. 184.

pour statuer sur des questions relatives au privilège d’une manière incompatible avec les décisions de l’une ou l’autre des chambres du Parlement à cet égard va à l’encontre de la loi du Parlement, et représente un manquement et un outrage aux privilèges du Parlement. [Nous soulignons.]

(Royaume-Uni, Chambre des communes, *Parliamentary Debates*, 3^e sér., vol. 49, 1^{er} août 1839, col. 1074-1075; voir aussi C. G. Post, *Significant Cases in British Constitutional Law* (1957), p. 28-29.)

[99] Pourtant, la Cour du Banc de la Reine a nié l’existence du privilège invoqué. Dans ses motifs, le juge en chef lord Denman a d’abord rejeté l’argument voulant que la Chambre des communes puisse établir l’existence et la portée de ses propres privilèges de façon définitive et exclusive. Selon lui, d’une part, le fait que la Chambre des communes et la Chambre des lords, formant ensemble le Parlement, puissent revendiquer des privilèges potentiellement contradictoires était illogique : *Stockdale*, p. 1154; voir aussi Post, p. 31. D’autre part, il a noté que l’argument voulant que le Parlement possède une connaissance *secrète* relative aux privilèges était saugrenu. De toute évidence, les tribunaux tentaient alors de cerner les contours juridictionnels des privilèges parlementaires. Les invoquer ne suffisait pas pour disposer du litige : *Stockdale*, p. 1154-1156; voir aussi Post, p. 31-32.

[100] En fin de compte, le juge en chef lord Denman a jugé qu’il revenait à la Cour du Banc de la Reine de trancher la question, statuant qu’il [TRADUCTION] « ne m’appartient plus de refuser ou d’accepter la charge de décider si ce privilège existe en droit » : *Stockdale*, p. 1169; voir aussi Post, p. 33-34.

[101] La saga entourant cette affaire a donné lieu à sept poursuites distinctes et mené à l’emprisonnement de M. Hansard, de membres de sa famille et de certains conseillers juridiques. Ce litige relatif à la compétence des tribunaux à l’égard des privilèges a créé beaucoup de remous dans la société britannique. Il a même été suggéré qu’un conflit armé se préparait dans l’éventualité d’une escalade des tensions : Groves et Campbell, p. 184.

[102] In fact, some have speculated that in *Case of the Sheriff of Middlesex* (1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419 (Q.B.), the courts were cautious in order to avoid exacerbating the conflict that had deeply divided the public: Groves and Campbell, at p. 184. In that case, the Sheriff of Middlesex attempted to execute the judgment rendered in *Stockdale*. The House of Commons considered this a breach of parliamentary privileges, and its Sergeant-at-Arms imprisoned the two men who held the sheriff position. Those men sought to free themselves by seeking a court order for *habeas corpus*. In his reasons, Lord Denman C.J. recognized the power of the Sergeant-at-Arms to imprison individuals who were guilty of contempt of Parliament *on the basis that the Houses of Parliament could not function without the power of protecting themselves*:

It is unnecessary to discuss the question whether each House of Parliament be or be not a Court; it is clear that they cannot exercise their proper functions without the power of protecting themselves against interference. The test of the authority of the House of Commons in this respect, submitted by Lord Eldon to the judges in *Burdett v. Abbot* (5 Dow, 199), was, whether, if the Court of Common Pleas had adjudged an act to be a contempt of Court, and committed for it, stating the adjudication generally, the Court of King's Bench, on a habeas corpus setting forth the warrant, would discharge the prisoner because the facts and circumstances of the contempt were not stated. A negative answer being given, Lord Eldon, with the concurrence of Lord Erskine (who had before been adverse to the exercise of jurisdiction), and without a dissentient voice from the House, affirmed the judgment below. And we must presume that what any Court, much more what either House of Parliament, acting on great legal authority, takes upon it to pronounce a contempt, is so. [Emphasis added.]

(*Sheriff of Middlesex*, at p. 426; see also Post, at pp. 35-36.)

[103] Lord Denman C.J. was unable to find any precedent or legal rule that would make it possible to

[102] D'ailleurs, certains ont spéculé que dans *Case of the Sheriff of Middlesex* (1840), 11 Ad. & E. 273, 113 E.R. 419 (B.R.), les tribunaux ont fait preuve de prudence afin d'éviter d'exacerber le conflit qui avait profondément divisé la population : Groves et Campbell, p. 184. Dans cette affaire, le shérif de Middlesex tentait d'exécuter le jugement rendu dans *Stockdale*. La Chambre des communes considérait qu'il s'agissait d'une violation des privilèges parlementaires et son sergent d'armes a emprisonné les deux hommes qui occupaient le poste de shérif. Ceux-ci ont tenté d'obtenir leur libération en demandant à un tribunal judiciaire d'émettre une ordonnance d'*habeas corpus*. Dans ses motifs, le juge en chef lord Denman a reconnu le pouvoir du sergent d'armes d'emprisonner les individus qui commettent un outrage au Parlement *puisque les chambres du Parlement ne peuvent pas fonctionner sans détenir le pouvoir de se protéger* :

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si chacune des chambres du Parlement constitue ou non un tribunal; il est évident qu'elles ne peuvent exercer les fonctions qui leur incombent si elles n'ont pas le pouvoir de se protéger contre les ingérences. L'analyse permettant de déterminer si la Chambre des communes possède ce pouvoir, que lord Eldon a soumise aux juges dans *Burdett c. Abbot* (5 Dow, 199), consistait à se demander, dans le cas où la Cour des plaid communs aurait jugé qu'un acte constituait un outrage au tribunal et fait incarcérer l'accusé à cet égard, en formulant sa décision de façon générale, si la Cour du Banc du Roi, sur présentation d'une demande d'*habeas corpus* faisant état du mandat, pourrait libérer le prisonnier parce que les faits et les circonstances de l'outrage n'étaient pas énoncés. Répondant par la négative, avec l'accord de lord Erskine (qui s'était montré auparavant défavorable à l'exercice de la compétence) et sans qu'aucune voix dissidente ne s'éleva à la Chambre, lord Eldon a confirmé le jugement de première instance. Et nous devons présumer que constitue effectivement un outrage tout ce qu'une cour de justice, et encore davantage l'une ou l'autre des chambres du Parlement, s'appuyant sur de solides assises juridiques, déclare être un outrage. [Nous soulignons.]

(*Sheriff of Middlesex*, p. 426; voir aussi Post, p. 35-36.)

[103] Le juge en chef lord Denman n'a pu trouver de précédent ou de règle de droit permettant

order the Sheriff's release. The new powers of review conferred on the courts in *Stockdale* were thus rather innocuous if, in the same case, Parliament could still exercise its power of imprisonment following a finding of contempt: Groves and Campbell, at p. 184.

[104] Forty years later, the scope of parliamentary privileges was still a point of contention, as evidenced by *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271. In 1883, Charles Bradlaugh was elected to represent the riding of Northampton in the House of Commons. The law required him to swear an oath before he could take his seat. In May 1883, Mr. Bradlaugh asked the Speaker of the House to call him to the table because he wanted to comply with the law and take the oath. The Speaker refused, presumably because Mr. Bradlaugh was a professed atheist. In July 1883, the House of Commons adopted a resolution commanding the Sergeant-at-Arms to exclude Mr. Bradlaugh until he agreed not to further disturb its proceedings. Mr. Bradlaugh brought an action against the Sergeant-at-Arms seeking, among other things, a declaration that the resolution was void and an injunction to prevent the Sergeant-at-Arms from enforcing it: Post, at p. 37.

[105] In *Bradlaugh*, Stephen J. refused to interfere in the internal affairs of Parliament even though, in principle, the *Parliamentary Oaths Act, 1866* (U.K.), 29 Vict., c. 19, authorized Mr. Bradlaugh to take the oath. In his reasons, he explained that he had to show deference. The House of Commons had the exclusive power to interpret that statute because the statute governed its internal proceedings:

This Act requires the plaintiff to take a certain oath. The House of Commons have resolved that he shall not be permitted to take it. Grant, for the purposes of argument, that the resolution of the House and the Parliamentary Oaths Act contradict each other; how can we interfere without violating the principle just referred to? Surely the right of the plaintiff to take the oath in question is "a matter arising concerning the House of Commons," to use the words of

d'ordonner la libération du shérif. Les nouveaux pouvoirs de révision conférés aux tribunaux dans *Stockdale* étaient donc plutôt inoffensifs si le Parlement pouvait malgré tout, dans la même affaire, exercer son pouvoir d'emprisonnement à la suite d'une condamnation pour outrage : Groves et Campbell, p. 184.

[104] Quarante ans plus tard, la portée des privilèges parlementaires faisait toujours l'objet de discordes comme en témoigne l'affaire *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271. En 1883, M. Charles Bradlaugh était élu pour représenter le comté de Northampton à la Chambre des communes. Pour qu'il puisse siéger, la loi lui imposait de prêter un serment. En mai 1883, M. Bradlaugh a demandé au président de la Chambre de l'appeler à la table parce qu'il souhaitait se conformer à la loi et prêter serment. Le président a refusé, prétendument en raison de l'athéisme notoire de M. Bradlaugh. En juillet 1883, la Chambre des communes a adopté une résolution enjoignant au sergent d'armes d'exclure M. Bradlaugh jusqu'à ce qu'il s'engage à cesser de nuire aux travaux de la Chambre. M. Bradlaugh a intenté une poursuite contre le sergent d'armes, sollicitant, entre autres, une déclaration d'invalidité de la résolution et l'émission d'une injonction empêchant au sergent d'armes d'exécuter cette même résolution : Post, p. 37.

[105] Dans *Bradlaugh*, le juge Stephen a refusé de s'ingérer dans les affaires internes du Parlement, même si la loi intitulée *Parliamentary Oaths Act, 1866* (R.-U.), 29 Vict., c. 19, en principe, autorisait M. Bradlaugh à prêter serment. Dans ses motifs, le juge a expliqué qu'il devait faire preuve de déférence. La Chambre des communes avait compétence exclusive pour interpréter cette loi, puisque cette loi régit son fonctionnement interne :

[TRADUCTION] La Loi exige que le demandeur prête serment. La Chambre des communes a décidé qu'il ne peut être autorisé à le faire. Il convient de reconnaître, pour les besoins de la discussion, que la décision de la Chambre et la prescription de la loi susmentionnée se contredisent; comment pouvons-nous intervenir sans violer le principe que nous venons de mentionner? Le droit du demandeur de prêter le serment en cause est certainement une

Blackstone. The resolution to exclude him from the House is a thing “done within the walls of the House,” to use Lord Denman’s words. It is one of those “proceedings in the House of which the House of Commons is the sole judge,” to use the words of Littledale, J. It is a “proceeding of the House of Commons in the House,” and must therefore, in the words of Patteson, J., “be entirely free and unshackled.” It is “part of the course of its own proceedings,” to use the words of Coleridge, J., and is therefore “subject to its exclusive jurisdiction.” These authorities are so strong and simple that there may be some risk of weakening them in adding to them. Nevertheless, the importance of the case may excuse some further exposition of the principle on which it seems to me to depend.

The Parliamentary Oaths Act prescribes the course of proceedings to be followed on the occasion of the election of a member of Parliament. . . . Whatever may be the reasons of the House of Commons for their conduct, it would be impossible for us to do justice without hearing and considering those reasons; but it would be equally impossible for the House, with any regard for its own dignity and independence, to suffer its reasons to be laid before us for that purpose, or to accept our interpretation of the law in preference to its own. It seems to follow that the House of Commons has the exclusive power of interpreting the statute, so far as the regulation of its own proceedings within its own walls is concerned; and that, even if that interpretation should be erroneous, this Court has no power to interfere with it directly or indirectly. [Emphasis added.]

(*Bradlaugh*, at pp. 279-81; see also Post, at pp. 39-40.)

[106] In short, since the decision concerned *a statute dealing with the internal affairs of Parliament and with what happened within its walls*, the courts had no jurisdiction to rule on it.

(2) Parliamentary Privileges in Canada

[107] In the North American colonies, the issue of parliamentary privileges was relegated to the

« question concernant la Chambre des communes », pour reprendre les mots de Blackstone. La résolution visant à exclure le demandeur de la Chambre a été prise « à l’intérieur des murs de la Chambre », selon les termes utilisés par lord Denman. Il s’agit de « procédures à l’intérieur de la Chambre des communes à l’égard desquelles celle-ci est le seul juge », pour reprendre les propos du juge Littledale. De l’avis du juge Patteson, il s’agit d’une « procédure de la Chambre des communes à l’intérieur de la Chambre », laquelle doit donc être « entièrement libre d’agir sans entrave ». Comme l’a affirmé le juge Coleridge, il s’agit d’une instance qui « fait partie des procédures propres à la Chambre », et qui en conséquence « relève de sa compétence exclusive ». Ces assises sont si solides et si simples qu’il pourrait être dangereux de les affaiblir si on y ajoutait. Néanmoins, l’importance de l’affaire peut justifier certaines explications additionnelles au sujet du principe sur lequel la solution de l’instance dépend selon moi.

La Parliamentary Oaths Act prévoit les procédures qui doivent être suivies lors de l’élection d’un membre du Parlement. [. . .] Peu importe les motifs invoqués par la Chambre des communes à l’égard de leur comportement, il nous serait impossible de rendre justice sans être informés de ces motifs et sans les considérer; mais il serait tout aussi impossible pour la Chambre, eu égard à sa propre dignité et à son indépendance, de souffrir que ses motifs soient exposés devant nous à cette fin, ou d’accepter notre interprétation du droit de préférence à la sienne. Il s’ensuit, semble-t-il, que la Chambre des communes possède le pouvoir exclusif d’interpréter la loi [susmentionnée], dans la mesure où la réglementation de ses propres procédures à l’intérieur de ses murs est visée; et que, même si cette interprétation était erronée, la Cour n’a pas le pouvoir d’intervenir directement ou indirectement à cet égard. [Nous soulignons.]

(*Bradlaugh*, p. 279-281; voir aussi Post, p. 39-40.)

[106] En somme, puisque la décision concernait *une loi touchant aux affaires internes du Parlement et à ce qui se déroulait dans son enceinte*, les tribunaux n’avaient pas compétence pour se prononcer à son sujet.

(2) Les privilèges parlementaires au Canada

[107] Dans les colonies nord-américaines, la question des privilèges parlementaires était reléguée au

background as a result of the absence of responsible government and dependency on the Imperial Parliament: M.-A. Roy, “Le Parlement, les tribunaux et la *Charte canadienne des droits et libertés*: vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle” (2014), 55 *C. de D.* 489, at p. 498. Even though the Imperial laws establishing the first legislative assemblies did not expressly provide for parliamentary privileges, the Judicial Committee of the Privy Council ultimately held that the assemblies had such privileges because the privileges were part of the common law.

[108] In *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225 (P.C.), Mr. Kielley argued that the Newfoundland House of Assembly did not have the parliamentary privileges required to arrest and imprison him over a conflict with Mr. Kent, a member of the House, that had arisen outside its precincts. The issue of whether privileges applied in relation to non-members was therefore raised very early in the history of the legislative assemblies of the North American colonies. Although the Judicial Committee of the Privy Council held that the Newfoundland House of Assembly had no power to imprison strangers, it did accept that the House had the inherent privileges that were necessary to its proper functioning. Specifically, it stated that “we feel no doubt that such an Assembly has the right of protecting itself from all impediments to the due course of its proceeding”: p. 234.

[109] Since Confederation, parliamentary privileges have been entrenched in the *Constitution Act, 1867*, whose preamble provides for “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. The preamble had the effect of incorporating British constitutional principles into our law, including those required for the establishment and proper functioning of a British-style parliamentary system, like the privileges held by legislative assemblies: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 375. To that end, the *Constitution Act, 1867* broadened the scope of the parliamentary privileges recognized prior to Confederation: Roy, at p. 499.

second plan en raison de l’absence de gouvernement responsable et de l’assujettissement au Parlement impérial : M.-A. Roy, « Le Parlement, les tribunaux et la *Charte canadienne des droits et libertés* : vers un modèle de privilège parlementaire adapté au XXI^e siècle » (2014), 55 *C. de D.* 489, p. 498. Même si les lois impériales constitutives des premières assemblées législatives ne prévoyaient pas explicitement les privilèges parlementaires, le Comité judiciaire du Conseil privé a éventuellement statué que ces assemblées jouissaient de ces privilèges, puisque ces derniers relèvent de la common law.

[108] En effet, dans *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moo. 63, 13 E.R. 225 (C.P.), M. Kielley plaidait que l’Assemblée législative de Terre-Neuve ne bénéficiait pas des privilèges parlementaires nécessaires pour l’arrêter et l’emprisonner en raison d’un conflit l’opposant au député Kent qui avait éclaté à l’extérieur de l’enceinte de l’assemblée. Ainsi, très tôt dans l’histoire des assemblées législatives des colonies nord-américaines, la question de l’application des privilèges à l’égard des non-membres fut soulevée. Même si le Comité judiciaire du Conseil privé a jugé que l’Assemblée législative de Terre-Neuve ne bénéficiait pas du pouvoir d’emprisonner des étrangers, il a tout de même tenu pour acquis qu’elle jouissait des privilèges inhérents nécessaires pour son bon fonctionnement. Plus particulièrement, le Conseil privé a souligné qu’il [TRADUCTION] « ne fait aucun doute pour nous qu’une telle assemblée a le droit de se protéger de tous les obstacles au bon déroulement de ses travaux » : p. 234.

[109] Depuis la Confédération, les privilèges parlementaires sont consacrés par la *Loi constitutionnelle de 1867* dont le préambule prévoit « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Ce préambule a eu pour effet d’incorporer dans notre droit les principes constitutionnels britanniques. Ces principes incluent ceux nécessaires à l’établissement et au bon fonctionnement d’un système parlementaire de type britannique, tels que les privilèges détenus par les assemblées législatives : *New Brunswick Broadcasting*, p. 375. Pour ce faire, la *Loi constitutionnelle de 1867* a élargi l’étendue des privilèges parlementaires reconnus avant la confédération : Roy, p. 499.

[110] In addition, in 1878, the principles laid down in *Stockdale* were adopted by the Supreme Court of Canada. In *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158, at p. 196, Richards C.J. wrote that “the mere affirmance by that body [the House of Commons] that a certain act is a breach of their privileges will not oust the courts from enquiring and deciding whether the privilege claimed really exists”: cited by Lamer C.J. in *New Brunswick Broadcasting*, at p. 350. This led to the general rule that Canadian courts will inquire into the existence and scope of parliamentary privileges, but not their exercise.

[111] This is borne out by the subsequent case law, particularly the recent decisions in *New Brunswick Broadcasting*, *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, and *Vaid*. These decisions confirmed the constitutional nature of parliamentary privileges and sought to define their scope in light of Canada’s modern constitutional architecture, especially since the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We will consider them in greater detail, since they emphasize the fact that parliamentary privileges rest on solid historical foundations and are part of a long constitutional tradition inherited by Canada and the provinces.

(3) The Modern Approach to Parliamentary Privileges: *New Brunswick Broadcasting*, *Harvey* and *Vaid*

[112] In *New Brunswick Broadcasting*, New Brunswick Broadcasting Co. Limited made an application to the Supreme Court of Nova Scotia for an order allowing it to film the proceedings of the Nova Scotia House of Assembly with its own cameras. The application was based on s. 2(b) of the *Charter*, which guarantees freedom of expression, including freedom of the press. The Speaker of the House of Assembly opposed the application, relying on the privilege to exclude strangers.

[113] McLachlin J., writing for the majority, found that since privileges have constitutional status, they

[110] En outre, en 1878, la Cour suprême du Canada a adopté les principes énoncés dans *Stockdale*. Dans *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158, p. 196, le juge en chef Richards écrivait que [TRADUCTION] « la simple affirmation par cet organisme [la Chambre des communes] qu’un certain acte constitue une violation de ses privilèges n’empêche pas les tribunaux d’examiner et de décider si le privilège revendiqué existe réellement » : cité par le juge en chef Lamer dans *New Brunswick Broadcasting*, p. 350. Il en découle la règle générale que les tribunaux canadiens vérifient l’existence et la portée des privilèges parlementaires, mais non leur exercice.

[111] C’est ce que révèle la jurisprudence subséquente, tout particulièrement les arrêts récents *New Brunswick Broadcasting*, *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, et *Vaid*. Ces arrêts ont confirmé la nature constitutionnelle des privilèges parlementaires et tenté de définir leur portée, eu égard à l’architecture constitutionnelle canadienne moderne, notamment depuis l’avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il convient d’étudier ces décisions plus en détail, puisqu’elles soulignent le fait que les privilèges parlementaires reposent sur des assises historiques solides et font partie d’une longue tradition constitutionnelle dont le Canada et les provinces ont hérité.

(3) L’approche moderne relative aux privilèges parlementaires : *New Brunswick Broadcasting*, *Harvey* et *Vaid*

[112] Dans l’affaire *New Brunswick Broadcasting*, la société New Brunswick Broadcasting Co. Limited a présenté une requête à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse afin d’obtenir une ordonnance l’autorisant à filmer les débats de l’assemblée législative de la Nouvelle-Écosse avec ses propres caméras. Cette requête était fondée sur l’al. 2b) de la *Charte*, qui garantit la liberté d’expression, y compris la liberté de la presse. Le président de l’assemblée législative s’y est opposé en se fondant sur le privilège d’exclusion des étrangers.

[113] Selon la juge McLachlin, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, puisque les privilèges

can be neither abrogated nor limited by the *Charter*: *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 368-69. The preamble to the *Constitution Act, 1867* constitutionally guarantees the continuance of parliamentary governance for both the provincial legislatures and the federal Parliament: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 375. It follows that they hold privileges that are absolute and constitutionally entrenched:

It has long been accepted that in order to perform their functions, legislative bodies require certain privileges relating to the conduct of their business. It has also long been accepted that these privileges must be held absolutely and constitutionally if they are to be effective; the legislative branch of our government must enjoy a certain autonomy which even the Crown and the courts cannot touch. [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 378-79)

[114] In McLachlin J.'s view, the case law clearly established that the scope of these privileges is determined by the test of necessity: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 381. She cited *Stockdale*, in which it was held that “[i]f the necessity can be made out, no more need be said: it is the foundation of every privilege of Parliament, and justifies all that it requires”: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 382. She added that

[t]he test of necessity is not applied as a standard for judging the content of a claimed privilege, but for the purpose of determining the necessary sphere of exclusive or absolute “parliamentary” or “legislative” jurisdiction. If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body. [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, at p. 383)

[115] In concurring reasons, Lamer C.J. stated that the necessity test is applied in a general sense

ont un statut constitutionnel, ils ne peuvent être ni abrogés ni limités par la *Charte* : *New Brunswick Broadcasting*, p. 368-369. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit constitutionnellement le maintien du gouvernement parlementaire tant pour les législatures provinciales que pour le Parlement fédéral : *New Brunswick Broadcasting*, p. 375. Il en découle que ceux-ci jouissent de privilèges absolus et enchâssés dans la Constitution :

Il est accepté depuis longtemps que, pour exercer leurs fonctions, les organismes législatifs doivent bénéficier de certains privilèges relativement à la conduite de leurs affaires. Il est également accepté depuis longtemps que, pour être efficaces, ces privilèges doivent être détenus d’une façon absolue et constitutionnelle; la branche législative de notre gouvernement doit jouir d’une certaine autonomie à laquelle même la Couronne et les tribunaux ne peuvent porter atteinte. [Nous soulignons.]

(*New Brunswick Broadcasting*, p. 378-379)

[114] Selon la juge McLachlin, la jurisprudence établit sans équivoque que les contours de ces privilèges sont définis par le critère de la nécessité : *New Brunswick Broadcasting*, p. 381. Elle a cité *Stockdale* dans lequel il avait été décidé que [TRADUCTION] « [s]i la nécessité peut être prouvée, point n’est besoin d’ajouter autre chose : c’est le fondement de tout privilège du Parlement, et c’est tout ce qui est exigé » : *New Brunswick Broadcasting*, p. 382. Elle a ajouté que

[l]e critère de nécessité est appliqué non pas comme une norme pour juger le contenu du privilège revendiqué, mais pour déterminer le domaine nécessaire de compétence « parlementaire » ou « législative » absolue et exclusive. Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l’efficacité de l’Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n’examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l’organisme législatif. [Nous soulignons.]

(*New Brunswick Broadcasting*, p. 383)

[115] Dans ses motifs concordants, le juge en chef Lamer a précisé que le critère de nécessité s’applique

to a category of privilege — so as to avoid having to consider the specific exercise of the privilege:

It is important to note that, in this context, the justification of necessity is applied in a general sense. That is, general categories of privilege are deemed necessary to the discharge of the Assembly's function. Each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown to be necessary. [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, at p. 343)

[116] McLachlin J. stated that, in this area, the courts have limited jurisdiction. They can only assess whether the claimed privilege is necessary to the proper functioning of the legislature: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 384. If so, the privilege is absolute and the courts must not review its exercise. Indeed, she rejected the argument that the courts should be able to review the exercise of the privilege to exclude strangers for the following reasons:

In my view, this privilege is as necessary to modern Canadian democracy as it has been to democracies here and elsewhere in past centuries. The legislative chamber is at the core of the system of representative government. It is of the highest importance that the debate in that chamber not be disturbed or inhibited in any way. Strangers can, in a variety of ways, interfere with the proper discharge of that business. It follows that the Assembly must have the right, if it is to function effectively, to exclude strangers. The rule that the legislative assembly should have the exclusive right to control the conditions in which that debate takes place is thus of great importance, not only for the autonomy of the legislative body, but to ensure its effective functioning.

But, it is argued, it is not necessary that the right be absolute. The courts should be given the power to monitor the exercise of this power to ensure that only those strangers who are truly disruptive are excluded. In my view, a system of court review, quite apart from the constitutional question of what right the courts have to interfere in the internal process of another branch of government, would bring its own problems. The ruling of the Assembly would not be final. The Assembly would find itself caught up in

généralement à *une catégorie* de privilège — de façon à éviter d'en étudier l'exercice précis :

Il importe de souligner que, dans ce contexte, la justification de la nécessité s'applique globalement. C'est-à-dire que des catégories générales de privilèges sont réputées nécessaires à l'exercice de la fonction de l'Assemblée. Il n'est pas nécessaire de démontrer que chaque cas précis d'exercice d'un privilège est nécessaire. [Nous soulignons.]

(*New Brunswick Broadcasting*, p. 343)

[116] La juge McLachlin a affirmé que, dans ce domaine, les tribunaux ont une compétence limitée. Ils peuvent uniquement évaluer si le privilège revendiqué est nécessaire au bon fonctionnement de la législature : *New Brunswick Broadcasting*, p. 384. Si c'est le cas, le privilège est absolu et les tribunaux ne doivent pas en contrôler l'exercice. D'ailleurs, elle a rejeté, pour les motifs suivants, l'argument selon lequel les tribunaux devraient pouvoir contrôler l'exercice du privilège d'exclusion des étrangers :

À mon avis, ce privilège est tout autant nécessaire pour la démocratie canadienne qu'il l'a été pour les démocraties d'ici et d'ailleurs au cours des siècles passés. L'assemblée législative est l'élément essentiel du système de gouvernement représentatif. Il est de la plus haute importance que les débats qui s'y déroulent ne soient pas perturbés ni paralysés d'aucune façon. Des étrangers peuvent, de diverses façons, entraver la bonne marche des travaux de cette assemblée. L'Assemblée doit donc avoir le droit d'exclure des étrangers si elle veut être en mesure de fonctionner efficacement. La règle selon laquelle l'assemblée législative devrait avoir le droit exclusif de contrôler les conditions dans lesquelles se déroulent ces débats revêt donc une grande importance pour assurer non seulement l'autonomie de l'organisme législatif, mais aussi son fonctionnement efficace.

Toutefois, fait-on valoir, il n'est pas nécessaire que ce droit soit absolu. Les tribunaux devraient pouvoir surveiller l'exercice de ce droit afin d'assurer que seuls les étrangers véritablement gênants soient exclus. À mon avis, un système de contrôle judiciaire créerait ses propres problèmes, indépendamment de la question constitutionnelle de savoir quel droit les tribunaux ont-ils de s'immiscer dans le processus interne d'une autre branche du gouvernement. La décision de l'Assemblée ne serait pas

legal proceedings and appeals about what is disruptive and not disruptive. This in itself might impair the proper functioning of the chamber. This lends support to the venerable and accepted proposition that it is necessary to the proper functioning of a legislative assembly modeled on the Parliamentary system of the United Kingdom that the Assembly possess the absolute right to exclude strangers from its proceedings, when it deems them to be disruptive of its efficacious operation. [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 387-88)

[117] In her concurring reasons in *Harvey*, McLachlin J. expanded on the relationship between the *Charter* and parliamentary privileges. In that case, an elected member of the Legislative Assembly of New Brunswick had violated provisions of the *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3. A provision of the *Legislative Assembly Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-3, prevented him from sitting because of that offence. He tried to have the provision struck down on the ground that it infringed his *Charter* rights.

[118] Writing for the majority, La Forest J. refused to consider the argument relating to parliamentary privileges because the issue had not been seriously argued before the Court but had only been raised by an intervener: *Harvey*, at para. 20. In concurring reasons, McLachlin J., joined by L'Heureux-Dubé J., saw no good reason to ignore the argument: *Harvey*, at para. 56.

[119] This was the context in which McLachlin J. clarified the interaction between the *Charter* and parliamentary privileges, which in case of conflict must be reconciled in the following way:

Because parliamentary privilege enjoys constitutional status it is not “subject to” the *Charter*, as are ordinary laws. Both parliamentary privilege and the *Charter* constitute essential parts of the Constitution of Canada. Neither prevails over the other. While parliamentary privilege and immunity from improper judicial interference in parliamentary processes must be maintained, so must the fundamental democratic guarantees of the *Charter*. Where apparent conflicts between different constitutional

définitive. L'Assemblée se trouverait aux prises avec des poursuites judiciaires et des appels au sujet de ce qui est gênant et de ce qui ne l'est pas, ce qui pourrait en soi entraver son bon fonctionnement. Cela vient appuyer la proposition séculaire et acceptée selon laquelle il est nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée législative inspirée du système parlementaire du Royaume-Uni que cette assemblée possède le droit absolu d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle estime que leur présence l'empêche de fonctionner efficacement. [Nous soulignons.]

(*New Brunswick Broadcasting*, p. 387-388)

[117] Dans une opinion concurrente de l'arrêt *Harvey*, la juge McLachlin a davantage traité de la relation entre la *Charte* et les privilèges parlementaires. Dans cette affaire, un élu provincial membre de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick avait violé des dispositions de la *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, c. E-3. Une disposition de la *Loi sur l'Assemblée législative*, L.R.N.-B. 1973, c. L-3, l'empêchait de siéger en raison de cette infraction. Celui-ci a tenté de la faire invalider au motif qu'elle violait ses droits protégés par la *Charte*.

[118] Au nom des juges majoritaires, le juge La Forest a refusé d'étudier l'argument relatif aux privilèges parlementaires parce qu'il n'avait pas été plaidé activement devant la Cour, mais seulement soulevé par un intervenant : *Harvey*, par. 20. Dans des motifs concordants, la juge McLachlin, à qui la juge L'Heureux-Dubé s'est jointe, n'a vu aucune raison valable d'ignorer l'argument : *Harvey*, par. 56.

[119] C'est dans ce contexte que la juge McLachlin a donné des précisions sur l'interaction entre la *Charte* et les privilèges parlementaires — ceux-ci devant, en cas de conflit, être conciliés comme suit :

Vu que le privilège parlementaire jouit d'un statut constitutionnel, il n'est pas « assujéti » à la *Charte*, comme le sont les lois ordinaires. Le privilège parlementaire et la *Charte* constituent tous deux des parties essentielles de la Constitution du Canada. Ils ne l'emportent pas l'un sur l'autre. De même qu'il faut maintenir le privilège parlementaire et l'immunité contre l'intervention inappropriée des tribunaux dans le processus parlementaire, il faut aussi maintenir les garanties démocratiques fondamentales

principles arise, the proper approach is not to resolve the conflict by subordinating one principle to the other, but rather to attempt to reconcile them.

The necessary reconciliation of parliamentary privilege and s. 3 of the *Charter* is achieved by interpreting the democratic guarantees of s. 3 in a purposive way. The purpose of the democratic guarantees in the *Charter* must be taken to be the preservation of democratic values inherent in the existing Canadian Constitution, including the fundamental constitutional right of Parliament and the legislatures to regulate their own proceedings. Express words would be required to overthrow such an important constitutional principle as parliamentary privilege. It follows that s. 3 of the *Charter* must be read as being consistent with parliamentary privilege. [Emphasis added.]

(*Harvey*, at paras. 69-70)

[120] *Vaid* is the most recent case in which this Court considered the issue of parliamentary privileges. The former Speaker of the House of Commons was accused of constructively dismissing his chauffeur for discriminatory reasons and of engaging in workplace harassment against him within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6. The jurisdiction of the Canadian Human Rights Tribunal to investigate Mr. Vaid's complaint was challenged: para. 1. The House of Commons claimed a privilege over the management of all its employees.

[121] Binnie J., writing for a unanimous Court, set out a 12-point summary of the general principles applicable to parliamentary privileges: *Vaid*, at para. 29. In particular, he reaffirmed the importance of the necessity test on the basis that necessity is the historical foundation of every parliamentary privilege: para. 29(5). Necessity is assessed by reference to the legislative body's "sphere of activity". In other words, parliamentary privilege attaches to a "sphere of activity" if "the dignity and efficiency of the House" require it. This will be the case if the "sphere of activity" cannot be left to be dealt with under the ordinary law of the land without interfering with the assembly's ability to fulfill its constitutional

de la *Charte*. Lorsque surgissent des conflits apparents entre différents principes constitutionnels, il convient non pas de résoudre ces conflits en subordonnant un principe à l'autre, mais plutôt d'essayer de les concilier.

La conciliation nécessaire du privilège parlementaire et de l'art. 3 de la *Charte* est réalisée en donnant aux garanties démocratiques de l'art. 3 une interprétation fondée sur l'objet visé. Il faut considérer que les garanties démocratiques de la *Charte* visent à préserver les valeurs démocratiques inhérentes à la Constitution canadienne actuelle, dont le droit constitutionnel fondamental du Parlement et des législatures de réglementer leurs propres débats. Un principe constitutionnel aussi important que le privilège parlementaire ne peut être renversé que de façon expresse. Il s'ensuit que l'art. 3 de la *Charte* doit être interprété comme étant compatible avec le privilège parlementaire. [Nous soulignons.]

(*Harvey*, par. 69-70)

[120] C'est dans l'affaire *Vaid* que la Cour s'est penchée le plus récemment sur la question des privilèges parlementaires. Il était reproché à l'ancien président de la Chambre des communes d'avoir indirectement congédié son chauffeur pour des motifs discriminatoires, en plus de l'avoir harcelé dans le cadre de son emploi au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6. La compétence du Tribunal canadien des droits de la personne pour examiner la plainte de M. Vaid a été contestée : par. 1. La Chambre des communes a soulevé le privilège de gestion de l'ensemble de ses employés.

[121] Le juge Binnie, écrivant pour une cour unanime, a résumé en 12 points les principes généraux concernant les privilèges parlementaires : *Vaid*, par. 29. Il y a réaffirmé notamment l'importance du critère de la nécessité, puisqu'il s'agit selon lui du fondement historique de tout privilège parlementaire : par. 29(5). La nécessité est évaluée en fonction de la « sphère d'activité » de l'organe législatif. C'est-à-dire que le privilège parlementaire se rattache à une « sphère d'activité » si « la dignité et l'efficacité de l'Assemblée » le requiert. Ce sera le cas si cette « sphère d'activité » ne peut pas relever du régime de droit commun du pays sans que cela nuise à la capacité de l'assemblée de s'acquitter de

functions: para. 29(5) and (7). The necessity test is to be interpreted *broadly*: para. 29(7). Binnie J. also noted that while the recognition of a privilege means that the ordinary law of the land does not apply to the sphere of activity, it would be incorrect to say that parliamentary privilege creates a gap in the general public law of Canada; rather, it is an important part of that law, inherited from the parliamentary system of the United Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*: para. 29(3).

[122] Having affirmed the place of the necessity test in our constitutional order, Binnie J. described categories of privilege that had already been recognized by the courts and had solid historical foundations. Some of the noteworthy examples he gave were: “the power to exclude strangers from proceedings . . . ; disciplinary authority over members . . . ; and non-members who interfere with the discharge of parliamentary duties” (*Vaid*, at para. 29(10) (emphasis added)).

[123] The issue in *Vaid* was whether a management privilege attaches to all relations between the House of Commons and its employees. Binnie J. reaffirmed the applicable test:

In order to sustain a claim of parliamentary privilege, the assembly or member seeking its immunity must show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly’s work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency. [Emphasis added.]

(*Vaid*, at para. 46)

[124] Binnie J. stressed the importance of the view taken by the Speaker of the House of Commons regarding what is necessary to ensure a sufficient degree of autonomy for a legislative assembly, even where the exercise of powers affects non-members. In this regard, he noted that “[o]f course . . . the

ses fonctions constitutionnelles : par. 29(5) et (7). Le critère de nécessité doit être interprété *largement* : par. 29(7). D’ailleurs, le juge Binnie a noté que, bien que la reconnaissance d’un privilège signifie que le régime de droit commun du pays ne s’applique pas à cette sphère d’activité, il serait faux d’affirmer que le privilège parlementaire crée un hiatus dans le droit public général du Canada; il en est plutôt une composante importante, héritée du régime parlementaire du Royaume-Uni aux termes du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* : para. 29(3).

[122] Ayant affirmé la place du critère de nécessité dans notre ordre constitutionnel, le juge Binnie a décrit des catégories de privilèges ayant déjà été reconnues dans la jurisprudence et dont les assises historiques sont solides. Il a notamment cité à titre d’exemples : « le pouvoir d’exclure les étrangers des débats [. . .] ; le pouvoir disciplinaire du Parlement à l’endroit de ses membres [. . .] ; et des non-membres qui s’ingèrent dans l’exercice des fonctions du Parlement » (*Vaid*, par. 29(10) (nous soulignons)).

[123] Dans *Vaid*, il est question de savoir s’il existe un privilège de gestion qui s’applique à l’ensemble des relations entre la Chambre des communes et ses employés. Le juge Binnie réaffirme le critère applicable :

Pour justifier la revendication d’un privilège parlementaire, l’assemblée ou le membre qui cherchent à bénéficier de l’immunité qu’il confère doivent démontrer que la sphère d’activité à l’égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l’exercice, par l’assemblée ou son membre, de leurs fonctions d’assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu’une intervention externe saperait l’autonomie dont l’assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement. [Nous soulignons.]

(*Vaid*, par. 46)

[124] Le juge Binnie a insisté sur l’importance de l’opinion du président de la Chambre des communes quant à ce qui est nécessaire pour assurer un degré suffisant d’autonomie à une assemblée législative, et ce, même lorsque l’exercice touche à des non membres. À cet égard, il a souligné que « les

courts will clearly give considerable deference to our own Parliament's view of the scope of autonomy it considers necessary to fulfill its functions": *Vaid*, at para. 40.

[125] In reviewing the Canadian and British case law, Binnie J. was unable to find any decisions supporting a privilege for *all* parliamentary employees: *Vaid*, at paras. 55-70. However, he did state that he had no doubt that privilege covers *some* employees: para. 75. The issue is whether "those categories of employees have any connection (or nexus) with [the House's] legislative or deliberative functions, or its role in holding the government accountable": *Vaid*, at para. 70; see also para. 62.

[126] As mentioned, once a claim to privilege is made out, the Court need not inquire into the merits of its exercise. At para. 48 of *Vaid*, Binnie J. sounded a note of caution that is very relevant in the instant case:

Once the issue of scope is resolved, it will be for the House to deal with the categories of employees who are covered by the privilege, and the courts will not enquire into its exercise in a particular case. The limitation is of great practical importance. If the courts below were correct about a "human rights exception", for example, any person dealing with the House of Commons could circumvent the jurisdictional immunity conferred by privilege simply by alleging discrimination on grounds contrary to the Canadian Human Rights Act. Such a rule would amount to an invitation to an outside body to review the reasons behind the exercise of the privilege in each particular case. This would effectively defeat the autonomy of the legislative assembly which is the *raison d'être* for the doctrine of privilege in the first place. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(4) Summary

[127] In our opinion, this historical overview highlights the following principles that guide our analysis of the present case:

tribunaux feront certes preuve d'une grande retenue quant au degré d'autonomie dont notre propre Parlement estime devoir bénéficier pour s'acquitter de ses fonctions » : *Vaid*, par. 40.

[125] En étudiant la jurisprudence canadienne et britannique, le juge Binnie a été incapable de trouver des décisions justifiant l'existence d'un privilège pour l'ensemble des employés du Parlement : *Vaid*, par. 55-70. Il a cependant précisé ne pas douter que le privilège couvre *certain*s employés : par. 75. La question est de savoir si les employés visés « appartiennent à une catégorie d'employés ayant quelque chose à voir (un lien) avec les fonctions législatives ou délibératives de la Chambre ou avec sa tâche de demander des comptes au gouvernement » : *Vaid*, par. 70; voir aussi par. 62.

[126] Rappelons que, une fois l'existence d'un privilège établie, la Cour n'a pas à évaluer le bien-fondé de son exercice. D'ailleurs au par. 48 de *Vaid*, le juge Binnie a émis un avertissement fort pertinent en l'espèce :

Une fois la question de l'étendue du privilège résolue, il reviendra à la Chambre d'agir à l'égard des employés appartenant aux catégories visées par le privilège et l'exercice du privilège dans un cas particulier ne sera pas assujéti à l'examen des tribunaux. Il s'agit d'une restriction fort importante sur le plan pratique. À supposer, par exemple, que les tribunaux d'instance inférieure aient eu raison de conclure à l'existence d'une « exception fondée sur les droits de la personne », quiconque traite avec la Chambre des communes pourrait contourner l'immunité juridictionnelle conférée par un privilège simplement en alléguant qu'un acte discriminatoire a été commis en violation de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Une telle règle équivaldrait à inviter un organe externe à contrôler les raisons qui sous-tendent l'exercice du privilège dans chaque cas particulier. L'autonomie de l'assemblée législative, qui au départ est la raison d'être de la doctrine du privilège parlementaire, serait ainsi, de fait, réduite à néant. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

(4) Sommaire

[127] À notre avis, ce survol historique met en évidence les principes suivants qui guident notre analyse du présent dossier :

1. Since 1867, parliamentary privileges have been entrenched in the Constitution. They are absolute. Because they have equivalent constitutional status, the *Charter* must be read as being consistent with them and not as limiting or abrogating them;
 2. Because parliamentary privileges flow from the fundamental principles of our constitutional system, the fact that the ordinary law does not apply to them is not in any way inconsistent with the rule of law;
 3. The jurisdiction of the courts with respect to parliamentary privileges is narrow — they can only ascertain the existence and scope of such privileges. Even then, they must give considerable deference to the view taken by legislative assemblies and their speakers or presidents of the scope of autonomy they consider necessary to fulfill their functions;
 4. Only legislative assemblies have jurisdiction over the exercise of their privileges. Furthermore, where a statute appears to limit the exercise of a privilege within a protected sphere, the interpretation proposed by the speaker or president must be given predominant weight in the analysis;
 5. The courts must rely on the necessity test to ascertain the existence and scope of privileges. The onus is on the legislative assembly to show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly's work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency;
 6. The necessity test is concerned with a “sphere of activity” of the legislative body that will be excluded from the ordinary law. Within a sphere, each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown by the legislative assembly to be necessary;
1. Depuis 1867, les privilèges parlementaires sont consacrés par la Constitution. Ils sont absolus. Vu leur statut constitutionnel équivalent, la *Charte* doit être interprétée comme étant compatible avec ces privilèges, sans les limiter ni les abroger;
 2. Puisque les privilèges parlementaires découlent des principes fondamentaux de notre régime constitutionnel, le fait que le droit commun ne s'applique pas à leur égard n'est pas du tout incompatible avec la primauté du droit;
 3. Les tribunaux jouissent d'une compétence étroite en ce qui concerne les privilèges parlementaires — ils peuvent uniquement constater leur existence et leur portée. Même, ce faisant, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande retenue quant au degré d'autonomie dont les assemblées législatives et les présidents de ces assemblées estiment devoir bénéficier pour s'acquitter de leurs fonctions;
 4. Seules les assemblées législatives ont juridiction quant à l'exercice de leurs privilèges. D'ailleurs, lorsqu'une loi paraît limiter l'exercice d'un privilège à l'intérieur d'une sphère protégée, l'interprétation proposée par le président doit jouir d'un poids prépondérant dans l'analyse;
 5. C'est en fonction du critère de la nécessité que les tribunaux doivent constater l'existence et l'étendue des privilèges. Les assemblées législatives ont le fardeau de démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement;
 6. Le critère de la nécessité s'attache à une « sphère d'activité » de l'organe législatif, qui sera exclue du régime de droit commun. À l'intérieur d'une sphère, il n'est pas nécessaire pour l'assemblée législative de démontrer que chaque cas précis d'exercice d'un privilège est nécessaire;

7. It is well established that legislative assemblies have the privilege to exclude strangers from their proceedings. This privilege is necessary for them to protect themselves from any impediment to their proper functioning. The sergeant-at-arms has historically played an important role in the exercise of this privilege and represents the coercive power required to enforce the independence of a legislative assembly;
8. Though legislative assemblies do not have any privilege over the management of all their employees, a privilege undoubtedly attaches to an assembly's relations with *some* of its employees, namely those who have a connection with its legislative or deliberative functions.

[128] Having identified the applicable principles, we turn to a discussion of the case before us.

B. *The Guards Were Dismissed in the Exercise of the Assembly's Parliamentary Privilege*

[129] In this Court, the President relied on two privileges to ground his jurisdiction: the privilege over the management of employees and the privilege to exclude strangers. In our view, this case lies at the intersection of these two privileges.

[130] We begin by acknowledging that there is some overlap among the different types of privilege. In addition, the privileges claimed in this case are unwritten constitutional principles, which gives them a considerable degree of flexibility. They are subject to just one rule: necessity.

[131] Our position is simple. All of the guards' tasks fall within a *sphere of activity* that is necessary to the proper functioning of the Assembly, namely security. In particular, the guards exercise the privilege to exclude strangers on the President's behalf. In our view, employees to whom the exercise of a recognized parliamentary privilege is delegated necessarily perform a function that is closely and directly connected with the Assembly's activities. As

7. Il est bien établi que les assemblées législatives jouissent du privilège d'exclure les étrangers de leurs débats. Celui-ci est nécessaire pour que les assemblées législatives puissent se protéger contre tout obstacle à leur bon fonctionnement. Historiquement, le sergent d'armes a joué un rôle important dans l'exercice de ce privilège; il représente le pouvoir coercitif nécessaire pour faire respecter l'indépendance des assemblées législatives;
8. Bien que les assemblées législatives ne jouissent d'aucun privilège de gestion sur l'ensemble de leurs employés, il ne fait aucun doute que les relations entre l'assemblée et *certaines* de ses employés sont sujettes au privilège, soit les employés qui ont un lien avec les fonctions législatives ou délibératives de l'assemblée.

[128] Ayant cerné les principes applicables, nous abordons l'analyse du cas d'espèce.

B. *Le congédiement des gardiens fait partie de l'exercice du privilège parlementaire de l'Assemblée*

[129] Devant la Cour, le Président a invoqué deux privilèges pour établir sa compétence : le privilège de gestion des employés et le privilège d'expulsion des étrangers. Selon nous, la présente affaire se trouve à l'intersection de ces deux privilèges.

[130] D'emblée, nous reconnaissons qu'il existe un certain chevauchement entre les différents types de privilèges. D'ailleurs, les privilèges invoqués en l'espèce sont des principes constitutionnels non écrits, ce qui leur confère un degré considérable de flexibilité. Ils obéissent à une seule règle : la nécessité.

[131] Notre position est simple. L'entièreté des tâches qui relèvent des gardiens fait partie d'une *sphère d'activité* nécessaire au bon fonctionnement de l'Assemblée, soit la sécurité. Ils exercent notamment, au nom du Président, le privilège d'expulsion des étrangers. Selon nous, un employé à qui est délégué l'exercice d'un privilège parlementaire reconnu exerce nécessairement une fonction présentant un lien étroit et direct avec les activités de l'Assemblée.

a result, their labour relations fall within the scope of the privilege over the management of employees. We are therefore of the opinion that a decision concerning their dismissal is made in the *exercise* of this privilege — and that it is not reviewable by a court or tribunal.

[132] As we have seen, the cases clearly establish that parliamentary privilege attaches to a *sphere of activity* that is necessary to the proper functioning of the Assembly.

[133] In light of the fact that both the Assembly and the Parliament of Canada have been the victims of armed attacks in our recent history, we have no difficulty concluding that security is essential to the proper functioning of legislative assemblies. In a parliamentary democracy, there can be no free debate without security. Security is one of the spheres of activity necessary to proceedings in an assembly. This view is not controversial. Indeed, it is shared by our colleague Karakatsanis J. (para. 38), the majority of the Quebec Court of Appeal (para. 79) and Morin J.A., dissenting (paras. 101-2). It should be borne in mind that the coercive power of the Assembly, which has historically been vested in the sergeant-at-arms, has been recognized by the courts as being essential to its functioning. The guards' tasks therefore fall within a *sphere of activity* “so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly's work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency”: *Vaid*, at para. 46.

[134] Only by carving up this sphere of activity have the majority of the Court of Appeal and our colleague Karakatsanis J. been able to find that the guards' employment is not covered by parliamentary privileges. In particular, Karakatsanis J. states that it might be easier to satisfy the necessity test if the management privilege could protect a limited part of the functions performed by a category of employees: para. 37. This proposition is unworkable and

Par conséquent, ses relations de travail sont visées par le champ d'application du privilège de gestion des employés. Ainsi, nous sommes d'avis que la décision relative à son congédiement relève de l'*exercice* de ce privilège — et qu'elle ne peut être révisée par les tribunaux.

[132] Comme nous l'avons déjà constaté, la jurisprudence établit de façon évidente que le privilège parlementaire se rattache à une certaine *sphère d'activité* nécessaire au bon fonctionnement de l'Assemblée.

[133] Considérant que tant l'Assemblée que le Parlement du Canada ont été victimes d'attaques armées dans notre histoire récente, nous n'avons aucune difficulté à conclure que la sécurité est essentielle au bon fonctionnement des assemblées législatives. Dans une démocratie parlementaire, il ne peut y avoir de débats libres sans sécurité. La sécurité est une telle sphère d'activité nécessaire aux travaux de l'assemblée. Cette opinion n'est pas controversée. D'ailleurs, notre collègue la juge Karakatsanis (par. 38), les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec (par. 79) et le juge Morin, dissident (par. 101-102), y souscrivent. Rappelons que le pouvoir coercitif de l'Assemblée, historiquement attribué au sergent d'armes, a été reconnu par les tribunaux comme essentiel à son fonctionnement. Ainsi, les tâches des gardiens s'insèrent dans une *sphère d'activité* « si étroitement et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement » : *Vaid*, par. 46.

[134] C'est uniquement en morcelant cette sphère d'activité que les juges majoritaires de la Cour d'appel et notre collègue, la juge Karakatsanis, peuvent conclure que l'emploi des gardiens n'est pas visé par les privilèges parlementaires. En effet, la juge Karakatsanis indique notamment qu'il pourrait être plus facile de respecter le test de la nécessité si une partie limitée des fonctions d'une catégorie d'employés pouvait être protégée par le privilège

unrealistic: see *President of the Legislative Council v. Kosmas*, [2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269, at para. 31. *Vaid*, a recent decision of this Court, indicates that the analysis must focus on the “sphere of activity” and “categories of employees”, not on each employee’s specific tasks (para. 29(5) and (6) and para. 62). In any event, *all* of the guards’ tasks relate to the sphere of security. Since security is a “necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld” (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 383), courts and tribunals have no jurisdiction over it.

[135] Morin J.A., dissenting in the Court of Appeal, also noted that the majority of that court had artificially carved up the relevant sphere of activity. He wrote:

[TRANSLATION] Even though the guards are not armed and have no power of arrest, they clearly help ensure the security of the National Assembly. It is true that special constables and officers of the Sûreté du Québec are also involved in providing security services. However, this sphere of activity cannot be carved up, as the arbitrator did, in an attempt to play down the importance of the duties performed by the National Assembly’s guards, at the risk of undermining the coherence and efficiency of the security system established by the Assembly. [Emphasis added; para. 101.]

[136] The coherence and efficiency of security in general are essentially a matter falling within the exercise of the President’s privilege to ensure the security of the Assembly’s precincts. The decisions made on the front lines are often the most important ones.

[137] Not only is the sphere of activity, which includes all of the guards’ tasks, necessary to the proper functioning of the Assembly — which would be enough in itself to establish the management privilege — but the guards also exercise one of the President’s parliamentary privileges: the privilege to exclude strangers. This is a conclusive reason why the President should succeed; it does not “merely demonstrat[e] that a category of employees performs important tasks that promote the ability of

de gestion : par. 37. Cette affirmation est impraticable et irréaliste : voir *President of the Legislative Council c. Kosmas*, [2008] SAIRC 41, 175 I.R. 269, par. 31. *Vaid*, un précédent récent de la Cour, indique que c’est la « sphère d’activité » et les « catégories d’emploi » qui font l’objet de l’analyse, pas les tâches précises de chaque employé (par. 29(5), (6) et par. 62). De toute façon, *l’ensemble* des tâches des gardiens sont reliées à la sphère de la sécurité. La sécurité étant une « catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l’efficacité de l’Assemblée ne sauraient être maintenues » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 383), les tribunaux n’ont pas compétence en la matière.

[135] Le juge Morin, dissident à la Cour d’appel, a également relevé ce morcellement artificiel auquel ont procédé les juges majoritaires de la Cour d’appel. Il a écrit :

Même si les gardiens ne sont pas armés et n’ont pas le pouvoir d’arrestation, ils contribuent de façon évidente à assurer la sécurité de l’Assemblée nationale. Il est vrai que des constables spéciaux et des agents de la Sûreté du Québec sont aussi impliqués dans les services de sécurité. On ne peut toutefois morceler cette sphère d’activité, comme l’arbitre l’a fait, pour tenter de diminuer l’importance des fonctions exercées par les gardiens de l’Assemblée nationale, au risque de nuire à la cohérence et à l’efficacité du système de sécurité mis en place à l’Assemblée. [Nous soulignons; par. 101.]

[136] Cette cohérence et cette efficacité de la sécurité en général sont en somme une question relevant de l’exercice du privilège du Président d’assurer la sécurité de l’enceinte de l’Assemblée. Les décisions qui sont prises en première ligne sont souvent les plus importantes.

[137] Non seulement la sphère d’activité, dans laquelle s’inscrivent toutes les tâches des gardiens, est-elle nécessaire au bon fonctionnement de l’Assemblée — ce qui serait suffisant en soi pour établir le privilège de gestion — mais ces gardiens exercent aussi un des privilèges parlementaires du Président : soit le privilège d’exclure les étrangers. C’est un motif déterminant pour justifier que le Président doit avoir gain de cause; en effet, il ne fait pas que « démontrer simplement qu’une catégorie d’employés

the assembly to discharge its functions”: reasons of Karakatsanis J., at para. 40. This category of employees does far more than simply *promote* the Assembly’s ability to discharge its functions; it *exercises, on the President’s behalf*, a privilege that is essential to the Assembly’s sovereignty. Karakatsanis J. errs in disregarding this distinction.

[138] It is essential that the Assembly be able to perform its constitutional functions with dignity and efficiency, without any disturbance of its proceedings. Both members of the public and parliamentarians themselves may, through their misbehaviour, interfere with the orderly conduct of proceedings. This is why the Assembly has the parliamentary privilege to exclude strangers and the exclusive power to discipline its members and *non-members* who interfere with the discharge of its duties. For this purpose, the President may order any person to maintain order and decorum. This inherent privilege was recognized by this Court in *New Brunswick Broadcasting and Vaid*. These functions, historically performed by the sergeant-at-arms, are closely and directly connected with proceedings in the Assembly; they are essential to the expression of its sovereignty: H. Cauchon, *Le privilège parlementaire de gestion du personnel des assemblées législatives au Canada* (2008) (online), at p. 83; see also *Thompson v. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 39-41.

[139] In our view, there is no doubt that the connection required to ground a management privilege (*Vaid*, at paras. 70 and 75) will be established if it is shown that a category of employees exercises or participates in exercising, in whole or in part, a parliamentary privilege that is both recognized and *necessary*. The reason is obvious. The President cannot exercise the Assembly’s privileges alone. For example, the exercise of the privilege to exclude strangers and to maintain discipline within parliamentary precincts was historically delegated to the sergeant-at-arms. However, as shown by *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400, at pp. 416-17, where a speaker or president orders that someone be removed, the order can be carried out by another person, such

accomplir des tâches importantes qui contribuent à la capacité de l’assemblée de s’acquitter de ses fonctions » : motifs de la juge Karakatsanis, par. 40. Bien plus que simplement *promouvoir* la capacité de l’Assemblée d’assumer ses fonctions, cette catégorie d’employés *exerce au nom du Président* un privilège essentiel à la souveraineté de l’Assemblée. La juge Karakatsanis erre en ignorant cette distinction.

[138] Il est essentiel que l’Assemblée puisse s’acquitter de ses fonctions constitutionnelles digne-ment et efficacement, sans que le déroulement de ses travaux ne soit perturbé. Tant les membres du public que les parlementaires eux-mêmes peuvent, par leur mauvaise conduite, entraver le bon fonctionnement des délibérations. C’est pourquoi l’Assemblée possède le privilège parlementaire d’exclure des étrangers et la compétence exclusive d’assurer la discipline à l’égard de ses membres et des *non-membres* qui s’ingèrent dans l’exercice de ses fonctions. Pour ce faire, le Président peut ordonner à quiconque de faire maintenir l’ordre et le décorum. Ce privilège inhérent a été reconnu par notre Cour dans *New Brunswick Broadcasting et Vaid*. Ces fonctions, exercées historiquement par le sergent d’armes, ont un lien étroit et direct avec les travaux de l’Assemblée; elles sont essentielles à l’expression de sa souveraineté : H. Cauchon, *Le privilège parlementaire de gestion du personnel des assemblées législatives au Canada* (2008) (en ligne), p. 83; voir aussi *Thompson c. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 39-41.

[139] Selon nous, il n’y a aucun doute que le lien nécessaire pour établir l’existence d’un privilège de gestion (*Vaid*, par. 70 et 75) est établi s’il est démontré qu’une catégorie d’employés exerce ou participe à l’exercice, en tout ou en partie, d’un des privilèges parlementaires reconnus et *nécessaires*. Cela s’explique aisément. Le Président ne peut exercer seul les privilèges de l’Assemblée. Par exemple, l’exercice du privilège d’expulsion des étrangers et de discipline dans l’enceinte du Parlement était historiquement délégué au sergent d’armes. Toutefois, comme l’a démontré l’affaire *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400, p. 416-417, l’ordre d’expulsion donné par le président peut être exécuté notamment par un gardien de portes, qui, en exerçant un

as a doorkeeper. In exercising a parliamentary privilege, that person comes within a protected sphere of activity and therefore has the immunity conferred by the privilege to exclude strangers. Conversely, the speaker or president — who has the last word within this protected sphere of activity — can at any time revoke this delegation and prevent a guard from exercising this privilege on his or her behalf.

[140] Karakatsanis J. argues that it is irrelevant that the employees exercise a delegated privilege in the performance of their duties, since the issue here is whether “the dismissals of employees who implement this privilege on the President’s behalf must be immune from external review for the Assembly to be able to discharge its legislative mandate”: para. 55 (emphasis added). This distinction disregards the jurisdictional aspect of the issue. In our view, the dismissal of an employee to whom a privilege has been delegated is the ultimate exercise of the management privilege. Otherwise, the delegation of a privilege would automatically mean its extinction, since the President would lose *effective* control of it — that is, control over the identity of the employees responsible for obeying the orders and instructions given by the President for the benefit of parliamentarians.

[141] To preserve the integrity of the privileges of the Assembly and its members, the President must be able to manage the employees who exercise these privileges without having his or her decisions called into question. The courts cannot dictate to the Assembly how it must go about ensuring the security of its members within its walls by forcing it to employ people the President no longer trusts. It would be a subversion of parliamentary privileges to make them subject to judicial discretion.

[142] If the President no longer trusts a guard, for whatever reason, and claims privilege, an arbitration tribunal cannot force the President to rely on such an individual to exercise a privilege. In the present case, the employees concerned are seeking reinstatement. This decision directly affects the *exercise* of the President’s privilege over the management of employees and indirectly affects the President’s privilege to exclude strangers. It has a direct impact

privilège parlementaire intègre une sphère d’activité protégée et, de ce fait, bénéficie de l’immunité que procure le privilège d’expulsion. Inversement, le président — qui a le dernier mot à l’intérieur de cette sphère d’activité protégée — peut à tout moment révoquer cette délégation et empêcher un gardien d’exercer ce privilège en son nom.

[140] La juge Karakatsanis soutient qu’il n’est pas pertinent que les employés exercent un privilège délégué dans le cadre de leurs fonctions, puisque la question en l’espèce est celle de savoir si « la décision de congédier des employés qui exercent ce privilège au nom du président doit être à l’abri de toute révision externe pour que l’Assemblée puisse s’acquitter de son mandat législatif » : par. 55 (nous soulignons). Cette distinction ignore l’aspect de la question relatif à la compétence. À notre avis, le congédiement d’un employé à qui un privilège a été délégué est l’exercice ultime du privilège de gestion. Autrement, la délégation d’un privilège signifierait automatiquement son extinction puisque le Président en perdrait le contrôle *effectif*, soit le contrôle sur l’identité des employés ayant la responsabilité d’obéir à ses ordres et directives données au bénéfice des parlementaires.

[141] Pour préserver l’intégrité des privilèges de l’Assemblée et de ses membres, le Président doit pouvoir gérer le personnel qui les exerce sans que ses décisions ne soient remises en cause. Les tribunaux ne peuvent dicter à l’Assemblée la manière dont elle veille à la sécurité de ses membres à l’intérieur de ses murs en lui imposant des employés en qui le Président n’a plus confiance. Ce serait dénaturer les privilèges parlementaires que de les soumettre au bon vouloir des tribunaux judiciaires.

[142] Si le Président n’a plus confiance en un gardien, peu importe le motif, et qu’il invoque son privilège, un tribunal d’arbitrage ne peut le forcer à compter sur un tel individu pour exercer son privilège. Dans le présent dossier, les employés visés demandent leur réintégration. Cette décision touche directement à l’*exercice* du privilège de gestion des employés et indirectement au privilège d’expulsion des étrangers du Président. En effet, cette décision

on the exercise of the President's absolute privilege to determine the identity and conduct of security staff and the manner in which they ensure that parliamentary proceedings are not unduly interrupted or disturbed. After all, responsibility for the security of the Assembly's precincts rests squarely on the shoulders of its President: s. 116 of the *ARNA*. All decisions relating to security — including decisions concerning the employees to whom the exercise of privileges is delegated — therefore fall within this “sphere of activity”.

[143] Once the courts have found that the sphere of activity and the category of employees are necessary to the proper functioning of the Assembly, the inquiry ends, since the privilege has been established. There is thus no need to consider, as Karakatsanis J. does, whether grievance arbitration — a procedure for reviewing a decision that unquestionably concerns the exercise of privilege — may interfere with the proper functioning of the Assembly: para. 4. This is a serious jurisdictional error that distorts the test laid down in *Vaid*.

[144] Furthermore, Karakatsanis J. does not focus her analysis on the existence of a privilege with respect to a category of employees or a sphere of activity, as required by this Court's decisions: *New Brunswick Broadcasting*, at p. 383; *Vaid*, at paras. 29(5), (6), (7), (9) and (10) and paras. 62 and 70. She erroneously considers whether grievance arbitration may jeopardize the dignity of the institution, even though this question has nothing to do with the necessity test itself. Grievance arbitration as a dispute resolution mechanism is certainly not *undignified*. In truth, this reasoning could always justify interference by a court or tribunal with the labour relations of *all* of the Assembly's employees, regardless of whether their functions are directly connected with its proceedings.

[145] In practice, if a grievance arbitrator could review the President's decision to terminate the guards' employment, this would mean that part of the exercise of the President's own duties becomes *de facto* reviewable by a court or tribunal. The Assembly

affecte directement l'exercice du privilège absolu du Président de décider de l'identité et de la conduite du personnel de sécurité ainsi que de la manière dont celui-ci veille à ce que les travaux parlementaires ne soient pas indûment interrompus ou dérangés. Après tout, la responsabilité d'assurer la sécurité de l'enceinte de l'Assemblée repose directement sur les épaules de son président : art. 116 de la *LAN*. De ce fait, toutes les décisions relatives à la sécurité — notamment celles qui concernent les employés à qui l'exercice des privilèges est délégué — sont comprises dans cette « sphère d'activité ».

[143] Une fois que les tribunaux ont conclu que la sphère d'activité et la catégorie d'emploi sont nécessaires au bon fonctionnement de l'Assemblée, l'analyse prend fin puisque l'existence du privilège est établie. Il n'y a alors pas lieu de se demander, comme le fait la juge Karakatsanis, si l'arbitrage de grief — une procédure visant à réviser une décision qui touche sans contredit l'exercice du privilège — peut interférer avec le bon fonctionnement de l'Assemblée : par. 4. Il s'agit d'une erreur juridictionnelle grave qui dénature le test établi dans l'arrêt *Vaid*.

[144] D'ailleurs, la juge Karakatsanis ne centre pas son analyse sur l'existence d'un privilège à l'égard d'une catégorie d'emplois ou d'une sphère d'activité, tel que le requiert la jurisprudence de la Cour : *New Brunswick Broadcasting*, p. 383; *Vaid*, par. 29(5), (6), (7), (9) et (10) et par. 62 et 70. Elle se demande erronément si l'arbitrage de grief peut porter atteinte à la dignité de l'institution. Pourtant, cette question n'a rien à voir avec le critère de nécessité lui-même. L'arbitrage de grief, comme mécanisme de règlement des différends, n'est certainement pas *indigne*. En vérité, ce raisonnement pourrait toujours justifier l'ingérence des tribunaux dans les relations de travail de la *totalité* des employés de l'Assemblée, que leurs fonctions aient ou non un lien direct avec ses travaux.

[145] En pratique, si un arbitre de grief pouvait réviser la décision du Président de mettre fin à l'emploi des gardiens, cela signifierait qu'une partie de l'exercice des fonctions du Président lui-même devient *de facto* sujette au contrôle par les tribunaux.

would therefore lose control over decisions concerning its security. Courts and tribunals may not interfere in the Assembly's internal affairs in this manner. The sphere of activity relating to security, and most certainly the category of employees that includes the guards, are subject to an absolute privilege. The Assembly is sovereign in this regard, and it is not the role of a court or tribunal to assess the exercise of the privilege over the management of employees once it is claimed.

[146] We explicitly reject the other grounds that appear to underlie Karakatsanis J.'s narrow interpretation of parliamentary privileges.

[147] Karakatsanis J. relies on the concurring reasons of McLachlin J. in *Harvey* to adopt a narrow interpretation of these privileges on the basis that they might undermine the guards' rights under s. 2(d) of the *Charter* (paras. 28 and 56). However, this was not the position taken by McLachlin J. Rather, she stated that since the *Charter* and parliamentary privilege are both part of the Constitution, "[n]either prevails over the other", and it is the *Charter* that "must be read as being consistent with parliamentary privilege": *Harvey*, at paras. 69-70. Yet the argument that a privilege repeatedly recognized as full and absolute must have its *scope* determined in light of the *Charter* subordinates parliamentary privileges to the *Charter*. To be clear, the necessity test is entirely unrelated to *Charter* rights.

[148] Karakatsanis J. readily justifies her narrow analysis of privilege on the basis of the impact that recognizing a privilege over non-members of the Assembly would have: paras. 25 and 56. While it is true that courts are apt to look "more closely" at cases in which privilege has an impact on non-members of a legislative assembly, this statement is of little assistance: *Vaid*, at para. 29(12). Because such issues are especially important to the balance struck by our constitutional system, close scrutiny is required in every case.

L'Assemblée perdrait donc le contrôle sur les décisions touchant à sa sécurité. Les tribunaux ne peuvent s'immiscer ainsi dans les affaires internes de l'Assemblée. La sphère d'activité relative à la « sécurité », et très certainement la catégorie d'emplois qu'occupent les gardiens, est visée par un privilège absolu. L'Assemblée est souveraine à cet égard et il ne revient pas aux tribunaux d'évaluer l'exercice du privilège de gestion des employés lorsqu'il est invoqué.

[146] Nous rejetons explicitement les autres motifs qui semblent sous-tendre l'interprétation restreinte donnée par la juge Karakatsanis aux privilèges parlementaires.

[147] La juge Karakatsanis se fonde sur les motifs concordants de la juge McLachlin dans l'arrêt *Harvey* pour adopter une interprétation restreinte des privilèges parce que ceux-ci pourraient porter atteinte au droit des gardiens protégés par l'al. 2d) de la *Charte* (par. 28 et 56). Or, ce n'est pas la position qu'a défendue la juge McLachlin. Elle a plutôt affirmé que, la *Charte* et les privilèges parlementaires étant tous deux des éléments de la Constitution, ils « ne l'emportent pas l'un sur l'autre », et c'est la *Charte* qui « doit être interprété[e] comme étant compatible avec le privilège parlementaire » : *Harvey*, par. 69-70. Pourtant, l'argument voulant que la *portée* d'un privilège, dont le caractère complet et absolu a été reconnu à maintes reprises, soit déterminée à la lumière de la *Charte* subordonne les privilèges parlementaires à cette dernière. Pour être clair, le critère de la nécessité est totalement indépendant des droits protégés par la *Charte*.

[148] D'emblée, la juge Karakatsanis justifie son analyse restrictive des privilèges à la lumière de l'incidence qu'aurait la reconnaissance du privilège sur les non-membres de l'Assemblée : par. 25 et 56. S'il est vrai que les tribunaux peuvent examiner « de plus près » les affaires où le privilège a des répercussions sur des non-membres d'une assemblée législative, cette affirmation est d'un secours limité : *Vaid*, par. 29(12). Puisque ces questions revêtent une importance particulière pour l'équilibre de notre régime constitutionnel, un examen minutieux est de mise dans tous les cas.

[149] As we have already stated, the fact that parliamentary privileges may exclude a sphere of activity from the application of the ordinary law does not make them an exception to the rule of law; they are a distinct and undeniably important pillar in Canada's constitutional architecture. Binnie J. put this as follows in *Vaid*:

Parliamentary privilege does not create a gap in the general public law of Canada but is an important part of it, inherited from the Parliament at Westminster by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867* and in the case of the Canadian Parliament, through s. 18 of the same Act (*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 374-78; *Telezona Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), at p. 165; and *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2004] 1 F.C.R. 556, 2003 FC 975).

(*Vaid*, at para. 29(3))

[150] In fact, the rule of law is upheld by recognizing that courts and tribunals do not have jurisdiction over the exercise of parliamentary privileges, not by creating exceptions that limit the sovereignty of a legislative assembly and by negating constitutional principles.

[151] We therefore have no choice but to conclude that the guards' employment falls within a privileged sphere of activity, that they were dismissed in the exercise of a parliamentary privilege and that, as a result, courts and tribunals have no jurisdiction to interfere.

C. *Impact of the ARNA*

[152] Having found that the President has a privilege in relation to the employees concerned, we must now consider the impact of the *ARNA* and determine whether the Assembly waived its privilege by enacting this statute. In our view, it did not.

[153] First, it is important to note the specificity of the *ARNA* of Quebec as legislation governing the internal affairs of the National Assembly, which are

[149] Comme nous l'avons déjà affirmé, le fait que les privilèges parlementaires peuvent soustraire une sphère d'activité à l'application du droit commun ne signifie pas que ceux-ci constituent une exception à la primauté du droit; ils sont un pilier distinct de l'architecture constitutionnelle canadienne dont l'importance est indéniable. Le juge Binnie l'a exprimé en ces termes dans *Vaid* :

Le privilège parlementaire ne crée pas un hiatus dans le droit public général du Canada; il en est plutôt une composante importante, héritée du Parlement du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, dans le cas du Parlement du Canada, en vertu de l'art. 18 de cette même loi (*New Brunswick Broadcasting*, p. 374-378; *Telezona Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), p. 165; et *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [2004] 1 R.C.F. 556, 2003 CF 975).

(*Vaid*, par. 29(3))

[150] En fait, la primauté du droit est maintenue en reconnaissant que les tribunaux n'ont pas compétence sur l'exercice des privilèges parlementaires, plutôt qu'en créant des exceptions limitant la souveraineté d'une assemblée législative et en réduisant à néant des principes de nature constitutionnelle.

[151] Nous n'avons donc d'autre choix que de conclure que l'emploi des gardiens appartient à une sphère d'activité privilégiée, que leur congédiement s'inscrit dans l'exercice d'un privilège parlementaire, et que les tribunaux n'ont donc pas compétence pour intervenir à cet égard.

C. *L'effet de la LAN*

[152] Maintenant que nous avons conclu que le président détient un privilège à l'égard des employés visés, il y a lieu que nous nous questionnions sur l'incidence de la *LAN*, et que nous nous demandions si l'Assemblée a renoncé à son privilège en adoptant cette loi. Nous sommes d'avis que non.

[153] D'abord, il importe de souligner que la *LAN* du Québec est particulière puisqu'elle régit les affaires internes de l'Assemblée nationale, affaires qui

outside the scope of the courts' jurisdiction. It bears repeating that in *Bradlaugh*, the Court of Queen's Bench held that the House of Commons "has the exclusive power of interpreting the [*Parliamentary Oaths Act*], so far as the regulation of its own proceedings within its own walls is concerned; and that, even if that interpretation should be erroneous, this Court has no power to interfere with it directly or indirectly": pp. 280-81 (emphasis added). In the same case, Stephen J. found that the "House of Commons is not subject to the control of Her Majesty's Courts in its administration of that part of the statute-law which has relation to its own internal proceedings": p. 278; see also Post, at p. 38. In its report entitled *Parliamentary Privilege: Report of Session 2013-14* (July 3, 2013), to which Karakatsanis J. refers, the House of Lords and House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege expressed the view that this statement "holds true to this day and should do so in perpetuity": p. 8, para. 18 (emphasis added).

[154] Though not a definitive answer to the question, the interpretation proposed by the President must certainly be given predominant weight in determining whether the Assembly intended to limit its privileges. As Binnie J. recognized in *Vaid*, the courts must respect the view taken by a speaker or president of a statute dealing with the internal affairs of a legislative assembly: para. 40; *Telezona Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 32. In any event, we come to the same conclusion, namely that the ARNA does not have the effect of limiting the privileges held by the President, who may assert them when deemed necessary.

[155] The necessary starting point in interpreting the ARNA is undoubtedly its preamble, which recognizes that the Assembly must, among other things, protect its proceedings from all interference:

WHEREAS the people of Québec have a deep attachment to democratic principles of government;

sont hors de la portée juridictionnelle des tribunaux. Il faut rappeler que dans *Bradlaugh*, la Cour du Banc de la Reine a jugé que la Chambre des communes [TRADUCTION] « possède le pouvoir exclusif d'interpréter la [*Parliamentary Oaths Act*], dans la mesure où la réglementation de ses propres procédures à l'intérieur de ses murs est visée; et que, même si cette interprétation était erronée, la Cour n'a pas le pouvoir d'intervenir directement ou indirectement à cet égard » : p. 280-281 (nous soulignons). Dans cette même affaire, le juge Stephen a conclu que « la Chambre des communes n'est pas assujettie au contrôle des tribunaux de Sa Majesté lorsqu'elle applique les dispositions législatives portant sur sa procédure interne » : p. 278; voir aussi Post, p. 38. Dans le rapport intitulé *Parliamentary Privilege : Report of Session 2013-14* (3 juillet 2013), rédigé par le Joint Committee on Parliamentary Privilege de la Chambre des lords et de la Chambre des communes, rapport auquel le juge Karakatsanis fait référence, le comité conjoint a estimé que cette affirmation [TRADUCTION] « demeure vraie encore aujourd'hui et devrait le rester perpétuellement » : p. 8, par. 18 (nous soulignons).

[154] Sans qu'il s'agisse d'une réponse définitive sur la question, l'interprétation proposée par le Président doit certainement jouir d'un poids prépondérant lorsqu'il s'agit de déterminer si l'Assemblée avait l'intention de limiter ses privilèges. Comme l'a reconnu le juge Binnie dans *Vaid*, les tribunaux doivent faire preuve de respect à l'égard de l'opinion du président sur une loi portant sur les affaires internes d'une assemblée législative : par. 40; *Telezona Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 32. Dans tous les cas, nous tirons la même conclusion, soit que la LAN n'a pas pour effet de limiter les privilèges du président, qui peut les invoquer lorsqu'il l'estime nécessaire.

[155] Pour interpréter la LAN, il faut sans aucun doute commencer par étudier son préambule, qui reconnaît que l'Assemblée doit notamment protéger ses travaux de toute interférence :

CONSIDÉRANT le profond attachement du peuple du Québec aux principes démocratiques de gouvernement;

Whereas the National Assembly is, through the elected representatives who compose it, the supreme and legitimate organ by which those principles are expressed and applied;

Whereas it behooves this Assembly, as the guardian of the historical and inalienable rights and powers of the people of Québec, to defend it against any attempt to despoil it of its rights and powers or to derogate from them;

Whereas it is befitting, therefore, that the perdurance, the sovereignty and the independence of the National Assembly be affirmed, and that its proceedings be protected against all interference,

[156] Upon reading this preamble, we must consider the scope given by the Union to ss. 110 and 120 of the *ARNA*. These sections are worded as follows:

110. Subject to this Act, the Assembly shall continue to be managed within the scope of the Acts, regulations and rules applicable.

The Office may, however, by regulation, derogate from the applicable Acts, regulations and rules by specifically indicating the provisions derogated from and the provisions that are to apply in their place and stead.

120. Every member of the personnel of the Assembly, except a casual employee, is a member of the personnel of the civil service, whether appointed under the Public Service Act (chapter F-3.1.1) or by derogation by virtue of the second paragraph of section 110, unless, in the latter case, the Office excludes him therefrom.

The Secretary General has, in respect of the personnel of the Assembly, the powers vested in a deputy minister by the Public Service Act.

[157] We have two comments on these provisions. First, s. 110 states that the Assembly “shall continue to be managed within the scope of the Acts, regulations and rules applicable”. In our view, this means that the ordinary law that continues to apply to the Assembly is necessarily defined by privilege, which has been a constant in Canada’s constitutional history. It seems clear to us that, except in cases where the Assembly has expressly provided otherwise, the Acts, regulations and rules of the ordinary law have

CONSIDÉRANT que l’Assemblée nationale, par l’intermédiaire des représentants élus qui la composent, est l’organe suprême et légitime d’expression et de mise en œuvre de ces principes;

CONSIDÉRANT qu’il incombe à cette Assemblée, en tant que dépositaire des droits et des pouvoirs historiques et inaliénables du peuple du Québec, de le défendre contre toute tentative de l’en spolier ou d’y porter atteinte;

CONSIDÉRANT qu’il convient, en conséquence, d’affirmer la pérennité, la souveraineté et l’indépendance de l’Assemblée nationale et de protéger ses travaux contre toute ingérence;

[156] À la lecture de ce préambule, il y a lieu de se questionner sur la portée que le Syndicat donne aux art. 110 et 120 de la *LAN* dont le libellé est le suivant :

110. Sous réserve de la présente loi, la gestion de l’Assemblée continue de s’exercer dans le cadre des lois, règlements et règles qui lui sont applicables.

Toutefois, le Bureau peut, par règlement, déroger à ces lois, règlements et règles en indiquant précisément les dispositions auxquelles il est dérogé et les dispositions qui s’appliqueront en leur lieu et place.

120. Tout membre du personnel de l’Assemblée, à l’exception d’un employé occasionnel, fait partie du personnel de la fonction publique, qu’il soit nommé en vertu de la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1) ou par dérogation en vertu du deuxième alinéa de l’article 110, à moins que, dans ce dernier cas, le Bureau ne l’en exclue.

Le secrétaire général exerce, à l’égard du personnel de l’Assemblée, les pouvoirs que la Loi sur la fonction publique attribue au sous-ministre.

[157] Nous formulons deux remarques sur ces dispositions. Premièrement, l’art. 110 souligne que la gestion de l’Assemblée « continue de s’exercer dans le cadre des lois, règlements et règles qui lui sont applicables ». Ainsi, à notre avis, le régime de droit commun qui continue de s’appliquer à l’Assemblée est nécessairement défini par le privilège, qui a été une constante dans l’histoire constitutionnelle du Canada. Il nous semble évident que, sauf dans le cas où l’Assemblée l’a expressément prévu, les lois,

never applied to a sphere of activity that is subject to parliamentary privileges.

[158] Second, s. 120 of the *ARNA* deals with the power of the Office of the Assembly to exclude categories of employees from the personnel of the civil service, *but it does not mention the privileges of the President*, the person who holds and exercises privileges on the Assembly's behalf. Did the Assembly thus implicitly abolish the privilege over the management of employees *entirely* by incorporating its employees into the public service, even those who have a direct and necessary connection with its legislative and deliberative functions? Section 120 of the *ARNA* also deals with the management powers granted to the Secretary General. Did this delegation just as implicitly have the effect of partially withdrawing the privilege to exclude strangers from the President? It must be acknowledged that the wording of the *ARNA* is not clear. Moreover, the Union did not identify any parliamentary debates or proceedings showing that the members had parliamentary privileges in mind when they were studying the provisions of the *ARNA* dealing with employees' conditions of employment. In contrast, when the British House of Commons studied a bill that would apply labour legislation to its employees, the Deputy Speaker stated: "I have to call the attention of the House to the fact that privilege is involved in these amendments": United Kingdom, House of Commons, *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 898, October 29, 1975, col. 1693-99. The amendments in question clearly indicated that "(3) Nothing in any rule of law or the law or practice of Parliament shall prevent proceedings under any enactment applied by subsection (1) or (2) above being instituted before an industrial tribunal": *Employment Protection Act 1975* (U.K.), 1975, c. 71, s. 122(3).

[159] This Court has recognized that parliamentary privileges have constitutional status. Logically, therefore, the statute must be interpreted in such a way that it does not implicitly abrogate some of these privileges: *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 391-92. Conversely, it is undesirable to adopt

règlements et règles du droit commun ne se sont jamais appliqués à une sphère d'activité sujette aux privilèges parlementaires.

[158] Deuxièmement, l'art. 120 de la *LAN* traite des pouvoirs du Bureau de l'Assemblée d'exclure des catégories d'emploi du personnel de la fonction publique, *sans faire mention des privilèges du Président* — celui qui détient et exerce les privilèges au nom de l'Assemblée. Cette dernière a-t-elle ainsi implicitement aboli *entièrement* son privilège de gestion du personnel en intégrant ses employés à la fonction publique, même ceux ayant un lien direct et nécessaire avec ses fonctions législatives et délibératives? L'article 120 de la *LAN* traite également des pouvoirs de gestion attribués au secrétaire général. De façon tout aussi implicite, est-ce que cette délégation a eu pour effet de retirer au Président une partie du privilège d'expulsion des étrangers? Force est de constater que le libellé de la *LAN* n'est pas clair. Le Syndicat n'a d'ailleurs identifié ni débats ni travaux parlementaires qui démontreraient que les députés avaient les privilèges parlementaires à l'esprit lorsqu'ils ont étudié les articles de la *LAN* portant sur les conditions d'emploi du personnel. En revanche, lorsque la Chambre des communes britannique a étudié un projet de loi visant à assujettir ses employés à une loi du travail, le vice-président (« *Deputy Speaker* ») a déclaré : [TRADUCTION] « Je me dois de porter à l'attention de la Chambre le fait que ces amendements mettent en jeu la question du privilège » : Royaume-Uni, Chambre des communes, *Parliamentary Debates*, 5^e sér., vol. 898, 29 octobre 1975, col. 1693-1699. Les amendements en question indiquaient clairement que : [TRADUCTION] « (3) Aucune règle de droit ni aucune loi ou pratique du Parlement n'a pour effet d'empêcher l'engagement devant un tribunal du travail d'une instance fondée sur les textes de loi applicables en vertu du paragraphe (1) ou (2) qui précède » : *Employment Protection Act 1975* (R.-U.), 1975, c. 71, par. 122(3).

[159] Notre Cour a reconnu que les privilèges parlementaires jouissent d'un statut constitutionnel. Logiquement, il faut donc interpréter la loi de telle sorte qu'elle n'abroge pas implicitement certains de ces privilèges : *New Brunswick Broadcasting*, p. 391-392. À l'inverse, il n'est pas souhaitable de

an interpretation to the effect that the Assembly *implicitly* considers a privilege unnecessary, thereby denying its existence. Yet this is what Karakatsanis J. does. She gives with one hand and takes with the other. This criticism also applies to the reasons of Justice Rowe, who finds that the ARNA must take precedence in this case, even in respect of privileges that are otherwise *necessary*. In his view, the fact that the Assembly's employees are members of the public service and that powers to manage employees have been delegated to the Secretary General means that the management privilege and part of the privilege to exclude strangers have been *implicitly* abrogated.

[160] Considered as a whole, the material before us leads us to adopt the interpretation proposed by the President. In our opinion, more is needed to abrogate a constitutional privilege. In his reasons, Rowe J. argues that ss. 110 and 120 of the ARNA are also constitutional in nature because they are part of the constitution of the province: paras. 68-69. In our view, that conclusion has no bearing on the analysis. As in *New Brunswick Broadcasting*, it is necessary to reconcile constitutional rights rather than subordinating one to the other. The ARNA governs labour relations in the event that the Assembly does not assert its privileges. As a result, neither privilege nor the provisions of the ARNA are rendered meaningless.

[161] The Court of Appeal therefore did not err in its decision in *Association des juristes de l'État v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900. While it is true that Levesque J.A. cited with approval Brun, Tremblay and Brouillet, who themselves cited *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661 — a decision criticized by Binnie J. in *Vaid* — he did not err in interpreting the ARNA in light of constitutional principles of interpretation:

[TRANSLATION] These authors clearly illustrate their thinking when they add:

Finally, a parliamentary privilege prevails over laws that do not specifically contradict it: *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661. This is why, under

privilegier une interprétation selon laquelle, *implicitement*, l'Assemblée n'estimerait pas ce privilège nécessaire, niant ainsi du même coup son existence. C'est pourtant ce que fait la juge Karakatsanis. Elle donne d'une main et reprend de l'autre. Cette critique s'applique également aux motifs du juge Rowe qui retient que la LAN doit avoir préséance en l'espèce, même à l'égard de privilèges autrement *nécessaires*. Pour le juge Rowe, le fait que les employés de l'Assemblée fassent partie de la fonction publique et que les pouvoirs de gestion des employés aient été délégués au secrétaire général a *implicitement* abrogé le privilège de gestion et une partie du privilège d'expulsion des étrangers.

[160] Considérés dans leur ensemble, les éléments dont nous disposons nous poussent à adopter l'interprétation proposée par le Président. Selon nous, il faut plus pour abroger un privilège de nature constitutionnelle. Dans ses motifs, le juge Rowe soutient que les art. 110 et 120 de la LAN sont aussi de nature constitutionnelle, en ce sens qu'ils feraient partie de la constitution de la province : par. 68-69. Selon nous, cette conclusion n'a aucune incidence sur l'analyse. Comme dans *New Brunswick Broadcasting*, il faut concilier les droits constitutionnels, plutôt que d'en assujettir un à l'autre. La LAN régit les relations de travail advenant que l'Assemblée n'invoque pas ses privilèges. Ni le privilège ni les dispositions de la LAN ne sont ainsi vidés de leur sens.

[161] L'arrêt de la Cour d'appel dans *Association des juristes de l'État c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1900, ne souffre donc d'aucune erreur. Certes, le juge Levesque cite en approuvant leurs propos les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, qui eux-mêmes citent *Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661 — une décision critiquée par le juge Binnie dans *Vaid*; il ne commet toutefois pas d'erreur lorsqu'il interprète la LAN à la lumière des principes d'interprétation constitutionnels :

Ces auteurs illustrent bien leur pensée lorsqu'ils ajoutent :

Enfin, un privilège parlementaire prévaut sur les lois qui n'y contreviennent pas spécifiquement : *Duke of Newcastle c. Morris*, (1870) L.R. 4 H.L. 661. C'est

the general provisions of the *Act respecting public inquiry commissions*, R.S.Q., c. C-37, a member cannot be forced to testify while Parliament is in session. Similarly, general labour legislation was found to be inapplicable to employees of the Legislative Assembly in *M.G.E.A. v. Manitoba (Legislative Assembly Management Commission)* (1990), 63 Man. R. (2d) 37 (Q.B.), and *House of Commons v. Canada Labour Relations Board*, [1986] 2 F.C. 372 (C.A.), at p. 384. Also, the Ontario *Human Rights Code* could not be used to challenge the recital of a prayer every day the Legislative Assembly met, as provided for in its Standing Orders: *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 201 D.L.R. (4th) 698 (Ont. C.A.). Although it was qualified in *Vaid*, at pp. 703 and 713-15, the rule of interpretation referred to here can still apply in appropriate cases, in our view.

In short, to say that parliamentary privileges prevail over labour legislation does not necessarily mean that sections 110 and 120 of the ARNA have been stripped of all effect. All aspects of labour relations within the precincts of the National Assembly that are not covered by the parliamentary privilege over the management of employees remain subject to these provisions. It is necessary here to adopt an interpretation that is consistent with the application of constitutional principles. [Emphasis added.]

(paras. 30-31 (CanLII))

[162] Contrary to what Rowe J. argues, it is not a matter here of requiring *express language* in the ARNA; rather, it is a matter of requiring clear, unequivocal legislative intent. Such a requirement is not a retreat from the modern approach to statutory interpretation. In our view, the fact that the employees are members of the public service and that management of the Assembly's day-to-day business has been delegated to the Secretary General is not enough to abolish or modify parliamentary privileges that have such deep historical roots and that are still *necessary*. In fact, the interpretation adopted by Rowe J. implies that an express provision in the ARNA would be required to preserve the Assembly's privileges. In addition, it should be noted that Rowe J. deals only with the management privilege and disregards the impact of his interpretation on the exercise of the inherent privilege to

ainsi qu'on ne peut, en vertu des dispositions générales de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37, forcer un député à témoigner pendant une session du Parlement. De même, les lois du travail générales furent jugées inapplicables aux employés d'Assemblée législative dans *M.G.E.A. c. Manitoba (Legislative Assembly Management Commission)*, (1990) 63 Man. R. (2d) 37 (B.R.) et *Chambre des communes c. Conseil canadien des relations du travail*, [1986] 2 C.F. 372 (C.A.), 384. Aussi, le *Code ontarien des droits de la personne* n'a pu permettre d'attaquer la récitation de la prière prévue pour chaque séance par le Règlement de l'Assemblée législative : *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 201 D.L.R. (4th) 698 (C.A. Ont.). Même si elle fut nuancée dans *Vaid*, aux p. 703 et 713-715, nous croyons que la règle d'interprétation ici évoquée peut encore jouer dans les cas appropriés.

Bref, affirmer que les privilèges parlementaires ont préséance sur les lois du travail ne signifie pas pour autant que l'on purge les articles 110 et 120 de la LAN de tout effet. Tous les aspects des relations de travail réalisés dans l'enceinte de l'Assemblée nationale qui ne relèvent pas du privilège parlementaire de gestion du personnel restent assujettis à ces dispositions. Il y a lieu ici de privilégier une interprétation qui respecte l'application des principes constitutionnels. [Nous soulignons.]

(par. 30-31 (CanLII))

[162] Contrairement à ce que soutient le juge Rowe, il ne s'agit pas en l'espèce d'exiger la présence de *termes exprès* dans la LAN, mais plutôt de requérir une intention législative claire et non équivoque. Une telle exigence ne constitue pas un abandon de la méthode moderne d'interprétation des lois. Nous sommes d'avis que l'intégration des employés à la fonction publique et la délégation de la gestion des activités courantes de l'Assemblée au secrétaire général ne sont pas suffisantes pour abolir ou modifier des privilèges parlementaires dont les racines historiques sont aussi profondes et qui sont encore *nécessaires*. En vérité, l'interprétation du juge Rowe sous-entend que la LAN devrait contenir une disposition expresse à cet effet pour que les privilèges de l'Assemblée soient préservés. De surcroît, il faut souligner que le juge Rowe traite uniquement du privilège de gestion et ignore l'incidence de son

exclude strangers, an aspect that affects the employment of the security guards.

[163] In the end, the *ARNA* did not abolish any parliamentary privileges. Moreover, in view of the real ambiguity in ss. 110 and 120 of the *ARNA*, it is preferable to adopt the interpretation proposed by the President. The National Assembly of Québec is sovereign. Courts and tribunals cannot assume jurisdiction without a clear indication that the Assembly has conferred it on them.

V. Conclusion

[164] Over the centuries, parliamentary privileges have gradually taken their place within the broader principle of sovereignty of legislative assemblies. Indeed, the assertion of parliamentary privileges, defended on Parliament's behalf by a sergent-at-arms, among others, has enabled Parliament to achieve a degree of independence from the other branches of government. Parliamentary privileges are not a tool for *protecting* the independence and sovereignty of legislative assemblies, but are in fact what has allowed them to exist. It was the assertion of privileges that ensured the development of a model in which the various branches acquired some independence from one another. Recognition of the fact that parliamentary privileges are an expression of the Assembly's sovereignty makes it all the more necessary to respect the Assembly's jurisdiction.

[165] For these reasons, we are of the opinion that the grievance arbitrator had no jurisdiction to hear the matter. The appeal should be allowed and the grievances dismissed.

Appeal dismissed with costs throughout, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Langlois avocats, Québec; National Assembly of Québec, Québec.

Solicitors for the respondent: Poudrier Bradet, Québec.

interprétation sur l'exercice du privilège inhérent d'expulsion des étrangers, une particularité qui touche à l'emploi des gardiens de sécurité.

[163] En définitive, la *LAN* n'a pas aboli de privilèges parlementaires. De plus, compte tenu de l'ambiguïté réelle des art. 110 et 120 de la *LAN*, il est préférable de privilégier l'interprétation proposée par le Président. L'Assemblée nationale du Québec est souveraine. Les tribunaux ne peuvent s'arroger une juridiction sans une indication claire que l'Assemblée la leur confère.

V. Conclusion

[164] Au fil des siècles, les privilèges parlementaires se sont progressivement inscrits dans le principe plus large de la souveraineté des assemblées législatives. En effet, l'affirmation de l'existence des privilèges parlementaires, défendus au nom du Parlement notamment par le sergent d'armes, a permis au Parlement de faire preuve d'un certain niveau d'indépendance par rapport aux autres branches du gouvernement. Les privilèges parlementaires ne sont pas un outil pour *protéger* l'indépendance et la souveraineté des assemblées législatives, ils sont bel et bien ce qui leur a permis d'exister. C'est l'affirmation de l'existence des privilèges qui a assuré l'évolution vers un modèle où les différents pouvoirs ont acquis un certain degré d'indépendance les uns vis-à-vis des autres. Vu la reconnaissance du fait que les privilèges parlementaires sont une expression de la souveraineté de l'Assemblée, le respect de la compétence de cette dernière est d'autant plus nécessaire.

[165] Pour ces motifs, nous sommes d'avis que l'arbitre de grief n'était pas compétent pour entendre l'affaire. Il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi et de déclarer les griefs irrecevables.

Pourvoi rejeté avec dépens dans toutes les cours, les juges CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Langlois avocats, Québec; Assemblée nationale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intimé : Poudrier Bradet, Québec.

Solicitors for the intervener the Honourable Serge Joyal, P.C.: Serge Joyal, Ottawa; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'honorable Serge Joyal, c.p. : Serge Joyal, Ottawa; Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le président de l'Assemblée législative de l'Ontario : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Chief Steve Courtoreille on behalf of himself and the members of the Mikisew Cree First Nation *Appellant*

v.

Governor General in Council, Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development, Minister of Finance, Minister of the Environment, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Transport and Minister of Natural Resources *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society, Assembly of First Nations, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee), Cree Nation Government, Manitoba Metis Federation Inc., Advocates for the Rule of Law, Federation of Sovereign Indigenous Nations and Gitanyow Hereditary Chiefs *Interveners*

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL)
2018 SCC 40

File No.: 37441.

2018: January 15; 2018: October 11.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Judicial review — Parliament adopting legislation amending

Le chef Steve Courtoreille, en son nom et au nom des membres de la Mikisew Cree First Nation *Appelant*

c.

Gouverneur général en conseil, ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, ministre des Finances, ministre de l'Environnement, ministre des Pêches et des Océans, ministre des Transports et ministre des Ressources naturelles *Intimés*

et

Procureure générale du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society, Assemblée des Premières Nations, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Gouvernement de la nation crie, Fédération métisse du Manitoba, Advocates for the Rule of Law, Federation of Sovereign Indigenous Nations et Gitanyow Hereditary Chiefs *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MIKISEW CREE FIRST NATION c. CANADA (GOVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL)
2018 CSC 40

N° du greffe : 37441.

2018 : 15 janvier; 2018 : 11 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Contrôle judiciaire — Adoption par le Parlement de lois modifiant

Canada's environmental protection regime — First Nation bringing application for judicial review with respect to development and introduction of legislation — Whether Federal Court had jurisdiction to consider First Nation's application — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal", 2(2), 17, 18, 18.1.

Constitutional law — Aboriginal peoples — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Parliament adopting legislation amending Canada's environmental protection regime — First Nation not consulted on legislation at any stage of development or prior to granting of royal assent — First Nation seeking declaration that Crown owed and breached duty to consult since legislation had potential to adversely affect treaty rights to hunt, trap, and fish — Whether duty to consult applies to law-making process.

In April 2012, two pieces of omnibus legislation with significant effects on Canada's environmental protection regime were introduced into Parliament. The Mikisew Cree First Nation was not consulted on either of these omnibus bills at any stage in their development or prior to the granting of royal assent. The Mikisew brought an application for judicial review in Federal Court, arguing that the Crown had a duty to consult them on the development of the legislation, since it had the potential to adversely affect their treaty rights to hunt, trap, and fish under Treaty No. 8. The reviewing judge granted a declaration to the effect that the duty to consult was triggered and that the Mikisew were entitled to notice of the relevant provisions of the bills, as well as an opportunity to make submissions. On appeal, a majority of the Federal Court of Appeal concluded that the reviewing judge erred by conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*. The majority held that when ministers develop policy, they act in a legislative capacity and their actions are immune from judicial review. It deemed the reviewing judge's decision to be inconsistent with the principles of parliamentary sovereignty, the separation of powers, and parliamentary privilege. The Mikisew appealed.

le régime canadien de protection de l'environnement — Présentation par une première nation d'une demande de contrôle judiciaire concernant l'élaboration et le dépôt de projets de loi — La Cour fédérale avait-elle compétence pour se prononcer quant à la demande de la première nation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1.

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consulter — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l'environnement — Absence de consultation d'une première nation pendant toute l'élaboration des projets de loi et avant que ceux-ci reçoivent la sanction royale — Demande par la première nation d'un jugement déclarant que la Couronne avait l'obligation de la consulter parce que les mesures législatives étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasser, de piéger et de pêcher issus de traité et qu'elle a manqué à cette obligation — L'obligation de consulter s'applique-t-elle au processus législatif?

Au mois d'avril 2012, deux projets de lois omnibus ayant une incidence importante sur le régime canadien de protection environnementale ont été déposés au Parlement. Aucune consultation n'a été menée auprès de la Mikisew Cree First Nation quant aux deux projets de loi omnibus ni à quelque étape que ce soit de leur élaboration ni avant qu'ils ne reçoivent la sanction royale. Les Mikisew ont présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, plaidant que la Couronne avait l'obligation de les consulter en ce qui concerne l'élaboration des mesures législatives, car celles-ci étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche, qui leur sont garantis par le Traité n° 8. Le juge saisi de la demande de contrôle a rendu un jugement déclaratoire portant que l'obligation de consulter s'appliquait et que les Mikisew avaient le droit de recevoir un avis les informant des dispositions pertinentes des projets de loi et de se voir offrir la possibilité de présenter des observations. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont statué que le juge saisi de la demande de contrôle avait commis une erreur en procédant au contrôle judiciaire d'une mesure législative en contravention de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les juges majoritaires ont conclu que lorsque les ministres élaborent une politique, ils agissent à titre de législateurs et leurs actions ne sont pas assujetties au pouvoir de contrôle des tribunaux. Selon eux, la décision de première instance ne respectait pas les principes de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire. Les Mikisew ont porté la décision en appel.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis and Gascon J.J.: The Federal Court lacked jurisdiction to consider the Mikisew's application for judicial review. For the Federal Court to have jurisdiction over a claim, it must have a statutory grant of jurisdiction. Section 17(1) of the *Federal Courts Act* provides that the Federal Court has concurrent original jurisdiction where relief is claimed against the Crown, which the Act defines as Her Majesty in right of Canada. However, this definition does not extend to executive actors when they are exercising legislative power. In this case, the Mikisew challenge actions which are uniformly legislative in character, therefore, their application is not against the Crown in its executive capacity. In addition, ss. 18 and 18.1 of the Act only grant the Federal Court jurisdiction to judicially review action taken by a "federal board, commission or other tribunal", defined in s. 2(1) of the Act as a body exercising statutory powers or powers under an order made pursuant to a prerogative of the Crown. Section 2(2) specifies that the Senate, the House of Commons, or any committee or member of either House is not included in this definition. Ministers do not act pursuant to statutory powers when developing legislation; rather, they act pursuant to powers under Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As such, when developing legislation, they do not act as a federal board, commission or other tribunal and their actions are immune from judicial review. Accordingly, the Federal Court was not validly seized of the Mikisew's application for judicial review in this case.

With respect to the duty to consult, the development of legislation by ministers is legislative action that does not trigger this duty. The duty to consult is an obligation that flows from the honour of the Crown, a foundational principle of Aboriginal law which governs the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. This duty requires the Crown to consult Aboriginal peoples before taking action that may adversely affect their asserted or established rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and ensures that the Crown acts honourably by preventing it from acting unilaterally in ways that undermine s. 35 rights. Although the duty to consult has been recognized in a variety of contexts, Crown conduct sufficient to trigger the duty has only been found to include executive action or action taken on behalf of the executive.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis et Gascon : La Cour fédérale n'avait pas la compétence requise pour se prononcer sur la demande de contrôle judiciaire des Mikisew. Pour que la Cour fédérale ait compétence, elle doit lui avoir été attribuée par la loi. Le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, en cas de demande de réparation contre la Couronne, terme que la Loi définit comme étant Sa Majesté du chef du Canada. Toutefois, cette définition ne s'étend pas aux acteurs de l'exécutif qui exercent un pouvoir législatif. En l'espèce, les Mikisew contestent des mesures qui sont uniformément de nature législative et, de ce fait, leur demande ne vise pas la Couronne dans l'exercice de sa fonction exécutive. De plus, les art. 18 et 18.1 de la Loi ne confèrent à la Cour fédérale que la compétence de contrôler les actions d'un « office fédéral », que le par. 2(1) de la Loi définit comme étant un organisme exerçant une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale. Le paragraphe 2(2) précise que sont exclus de cette définition le Sénat, la Chambre des communes et tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre. Les ministres n'agissent pas en application de pouvoirs que leur confère la loi lorsqu'ils élaborent les textes législatifs; ils agissent plutôt en vertu des pouvoirs qui leur sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, dans le cadre de leur fonction de législateurs, ils n'agissent pas comme un office fédéral et leurs actions ne sont pas assujetties au contrôle des tribunaux. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas été saisie à bon droit de la demande de contrôle judiciaire des Mikisew en l'espèce.

En ce qui concerne l'obligation de consulter, l'élaboration d'une loi par des ministres est une mesure législative qui ne déclenche pas cette obligation. L'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne, un principe fondamental du droit des Autochtones qui régit la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Elle oblige la Couronne à consulter les peuples autochtones avant de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'ils revendiquent ou dont l'existence a été établie, en plus de garantir que la Couronne agit honorablement en l'empêchant d'agir unilatéralement d'une façon qui porte atteinte aux droits visés à l'art. 35. Bien que l'obligation de consulter ait été reconnue dans divers contextes, il a été jugé que la conduite de la Couronne suffisante pour déclencher cette obligation englobe uniquement les actes accomplis par l'exécutif, ou en son nom.

The duty to consult doctrine is ill-suited for legislative action. It is rarely appropriate for courts to scrutinize the law-making process, which includes the development of legislation by ministers. Longstanding constitutional principles underlie this reluctance to supervise the law-making process. The separation of powers is an essential feature of Canada's Constitution. It recognizes that each branch of government will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others. Recognizing that a duty to consult applies during the law-making process may require courts to improperly trespass onto the legislature's domain. Parliamentary sovereignty mandates that the legislature can make or unmake any law it wishes, within the confines of its constitutional authority. Recognizing that the elected legislature has specific consultation obligations may constrain it. Parliamentary privilege also generally prevents courts from enforcing procedural constraints on the parliamentary process. Applying the duty to consult doctrine during the law-making process would lead to significant judicial incursion into the workings of the legislature.

Furthermore, the administrative law remedies normally available for breach of a duty to consult would invite inappropriate judicial intervention into the legislature's domain, as the duty would require the judiciary to directly interfere with the development of legislation. Applying a duty to consult to the development of legislation by ministers also raises practical concerns. If changes are made to a proposed bill to address concerns raised during consultation, these changes could later be undone by Parliament, as it is free to amend the proposed law. This may limit the possibility of meaningful accommodation. Additionally, private member bills would not trigger the duty, rendering the approach incongruous. Moreover, in the long chain of events contributing to the development of legislation, disentangling what steps the duty to consult applies to (because they are executive) and what actions are immune (because they are parliamentary) would be an enormously difficult task.

However, when legislation undermines s. 35 rights, Aboriginal groups are not left without a remedy. The duty to consult is not the only means to give effect to the

La doctrine de l'obligation de consulter ne convient pas relativement à l'action législative. Il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif, y compris l'élaboration de projets de loi par les ministres. Des principes constitutionnels établis depuis longtemps justifient cette réticence à surveiller le processus législatif. Le principe de la séparation des pouvoirs est un élément essentiel de la Constitution du Canada. Il reconnaît qu'un organe du gouvernement ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui. Si l'on devait reconnaître qu'une obligation de consulter s'applique au processus législatif, cela risquerait d'obliger les tribunaux à s'ingérer indûment dans la sphère du législateur. Le principe de la souveraineté parlementaire suppose que l'assemblée législative peut adopter ou abroger une loi à son gré, dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution. Si l'on devait reconnaître qu'une assemblée législative élue a des obligations précises en matière de consultation, cela risquerait de lui nuire. Le privilège parlementaire empêche en outre généralement les tribunaux d'assujettir le processus parlementaire à des contraintes procédurales. L'application de la doctrine de l'obligation de consulter durant le processus législatif donnerait lieu à une ingérence importante des tribunaux dans les travaux du législateur.

Qui plus est, les recours propres au droit administratif qui peuvent être normalement intentés pour manquement à l'obligation de consulter inciteraient davantage les tribunaux à intervenir indûment dans la sphère du législateur puisque, suivant cette obligation, il faudrait que les tribunaux interviennent directement dans l'élaboration des projets de loi. Assujettir le processus d'élaboration des projets de loi par les ministres à une obligation de consulter soulèverait aussi des préoccupations d'ordre pratique. Si des amendements sont apportés au projet de loi proposé afin de tenir compte de préoccupations soulevées pendant des consultations, ceux-ci pourraient être supprimés par le Parlement, puisqu'il peut modifier le texte de loi proposé. Les possibilités de trouver des mesures d'accommodement utiles pourraient s'en trouver limitées. De plus, les projets de loi d'initiative parlementaire ne donneraient pas naissance à l'obligation de consulter, ce qui rendrait l'approche incongrue. Par ailleurs, dans la longue série de démarches accomplies pour élaborer une loi, il serait extrêmement difficile de départager les étapes assujetties à l'obligation de consulter (parce qu'elles relèvent du pouvoir exécutif) et les actions qui n'y sont pas subordonnées (parce qu'elles relèvent du pouvoir législatif).

Toutefois, lorsqu'une loi porte atteinte aux droits protégés par l'art. 35, les groupes autochtones ne sont pas privés de tout recours. L'obligation de consulter n'est pas

honour of the Crown. Simply because the duty to consult doctrine, as it has evolved to regulate executive conduct, is inapplicable in the legislative sphere, does not mean the Crown is absolved of its obligation to conduct itself honourably. While an Aboriginal group will not be able to challenge legislation on the basis that the legislature had failed to fulfill the duty to consult, other protections may well be recognized in future cases when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation, such as declaratory relief.

Per Abella and Martin JJ.: There is agreement with Karakatsanis J. that the appeal should be dismissed on the grounds that judicial review under the *Federal Courts Act* is not available for the actions of federal ministers in the parliamentary process.

However, there is disagreement with respect to the duty to consult. The enactment of legislation with the potential to adversely affect rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* gives rise to a duty to consult, and legislation enacted in breach of that duty may be challenged directly for relief. The honour of the Crown governs the relationship between the government of Canada and Indigenous peoples. This obligation of honour gives rise to a duty to consult that applies to all contemplated government conduct with the potential to adversely impact asserted or established Aboriginal and treaty rights, including legislative action.

The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indigenous peoples, whether through the exercise of legislative power or executive authority. It is a constitutional imperative giving rise to obligations on the Crown which are enforced by the courts. When the government contemplates conduct that might adversely affect Aboriginal or treaty rights, the honour of the Crown gives rise to a duty to consult and accommodate. This duty is more than just a means of upholding the honour of the Crown. The question is not whether a duty to consult is appropriate in the circumstances, but whether the decision is one to which the duty to consult applies.

Because the honour of the Crown infuses the entirety of the government's relationship with Indigenous peoples, the duty to consult must apply to all exercises of authority

le seul moyen de donner effet au principe de l'honneur de la Couronne. Ce n'est pas parce que la doctrine de l'obligation de consulter, qui a évolué de manière à encadrer la conduite de l'exécutif, ne s'applique pas dans la sphère législative que la Couronne est libérée de son obligation de se comporter honorablement. Même si un groupe autochtone sera empêché de contester une loi en invoquant un manquement du législateur à l'obligation de consulter, les tribunaux pourront possiblement reconnaître l'existence d'autres mesures de protection dans des causes à venir quand une loi sera susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, par exemple un jugement déclaratoire.

Les juges Abella et Martin : Il y a accord avec la juge Karakatsanis pour dire que le pourvoi devrait être rejeté au motif que le contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales* ne pouvait être exercé à l'encontre de mesures prises par des ministres fédéraux dans le cadre du processus parlementaire.

Toutefois, il y a désaccord en ce qui concerne l'obligation de consulter. L'adoption de lois qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait naître une obligation de consulter, et les lois adoptées en violation de cette obligation peuvent être contestées directement en vue d'obtenir réparation. L'honneur de la Couronne régit la relation qui unit le gouvernement du Canada et les peuples autochtones. Ce principe fait naître une obligation de consulter applicable à toutes les mesures gouvernementales envisagées susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, revendiqués ou établis, y compris aux mesures législatives.

L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones, que ce soit en exerçant ses pouvoirs législatifs ou ses pouvoirs exécutifs. Il s'agit d'un impératif constitutionnel qui donne naissance à des obligations de la Couronne que les tribunaux sont appelés à faire respecter. Lorsque le gouvernement envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, l'honneur de la Couronne fait naître une obligation de consulter et d'accommoder. Cette obligation de consulter est plus qu'un simple moyen de respecter le principe de l'honneur de la Couronne. Il ne s'agit pas de savoir si l'obligation de consulter convient dans les circonstances, mais de savoir si l'obligation de consulter s'applique à la décision.

Comme l'honneur de la Couronne imprègne l'ensemble des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, l'obligation de consulter doit s'appliquer à

which are subject to scrutiny under s. 35. This includes the enactment of legislation. This conclusion flows from the jurisprudential development of the duty to consult from an aspect of the infringement and justification analysis in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to an independent obligation in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] S.C.R. 511. No longer confined to the justification context, the duty to consult now forms part of the essential legal framework of Aboriginal law, and requires consultation wherever the potential for adverse effects on claimed or established s. 35 rights arises. This approach recognizes that the legislative sphere is not excluded from the honour of the Crown. Endorsing such a void in the honour of the Crown would create a corresponding gap in the s. 35 framework, leaving Aboriginal rights-holders vulnerable to the same government objectives carried out through legislative, rather than executive, action.

Although parliamentary sovereignty and parliamentary privilege are central to ensuring that the legislative branch of government is able to do its work without undue interference, these concepts cannot displace the honour of the Crown. The issues in this appeal require this Court to reconcile, not choose between, protecting the legislative process from judicial interference and protecting Aboriginal rights from the legislative process. The right of Aboriginal groups to be consulted on decisions that may adversely affect their interests is not merely political, but a legal right with constitutional force. Cases which advocate against intrusion into the parliamentary process must therefore be read in the context of a duty that is not only a constitutional imperative, but a recognition of the limits of Crown sovereignty itself. Parliamentary sovereignty should not be interpreted in a way that eradicates obligations under the honour of the Crown. Like all constitutional principles, parliamentary sovereignty must be balanced against other aspects of the constitutional order, including the duty to consult.

Although parliamentary sovereignty cannot displace the honour of the Crown, its force as a constitutional principle must be given adequate weight to achieve an appropriate balance between these concepts. The flexibility inherent in the duty to consult doctrine should be

l'exercice de tous les pouvoirs qui sont assujettis à un examen fondé sur l'art. 35. Ces pouvoirs comprennent l'adoption des lois. Cette conclusion découle de l'évolution jurisprudentielle de l'obligation de consulter, qui est passée d'un aspect de l'analyse de l'atteinte et de la justification dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à une obligation indépendante dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511. N'étant plus limitée au contexte de la justification, l'obligation de consulter fait désormais partie du cadre juridique essentiel du droit des Autochtones et exige une consultation chaque fois que des mesures sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis qui sont protégés par l'art. 35. Cette approche reconnaît que la sphère législative n'échappe pas au principe de l'honneur de la Couronne. Approuver une telle lacune dans le principe de l'honneur de la Couronne créerait également un vide dans le cadre d'analyse régissant l'art. 35, laissant les titulaires de droits ancestraux vulnérables aux mêmes objectifs gouvernementaux réalisés grâce à des mesures législatives plutôt qu'exécutives.

Même si les concepts de souveraineté et de privilège parlementaires sont fondamentaux pour assurer que la branche législative du gouvernement est en mesure de s'acquitter de son travail sans interférence indue, ils ne peuvent pas supplanter le principe de l'honneur de la Couronne. Les questions soulevées par le présent appel exigent que la Cour concilie la protection du processus législatif contre l'interférence des tribunaux et la protection des droits autochtones contre le processus législatif, plutôt que de choisir entre elles. Le droit des groupes autochtones d'être consultés quant aux décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts n'est pas simplement politique. Il s'agit d'un droit juridique ayant force constitutionnelle. Les décisions qui préconisent une protection contre l'ingérence dans le processus parlementaire doivent donc être interprétées dans le contexte d'une obligation qui ne constitue pas seulement un impératif constitutionnel, mais qui consiste en une reconnaissance des limites de la souveraineté de la Couronne elle-même. La souveraineté parlementaire ne saurait être interprétée de manière à écarter des obligations découlant de l'honneur de la Couronne. Comme tous les principes constitutionnels, la souveraineté parlementaire doit être mise en balance avec d'autres aspects de l'ordre constitutionnel, dont l'obligation de consulter.

Même si la souveraineté parlementaire ne peut supplanter l'honneur de la Couronne, il importe de donner à sa force en tant que principe constitutionnel le poids qui convient afin d'atteindre un juste équilibre entre ces concepts. La souplesse inhérente à la doctrine de

used to account for the wider area of discretion that legislatures must be afforded in the legislative context. Since the content of the duty to consult depends heavily on the circumstances, there is no reason why the unique challenges raised in the legislative sphere cannot be addressed by the spectrum of consultation and accommodation duties. Further, not every legislative effort triggers the duty to consult — it is triggered only where the Crown, with knowledge of the potential existence of the Aboriginal right or title in question, contemplates enacting legislation that might adversely affect it.

The procedure and scope of remedies available where the government breaches its duty to consult in the law-making process is also limited by the constitutional balance between the judiciary and the legislature. Institutional constraints in the legislative context require that applicants challenge existing legislation. It would unduly interfere with the legislative process to allow direct challenges to a legislature's procedure prior to the enactment of legislation. While it is not the role of the courts to dictate the procedures legislatures adopt, they may consider whether the chosen process accords with the special relationship between the Crown and Indigenous peoples. Challenging existing legislation on procedural grounds is not a novel proposition in Canadian law.

A successful *Haida Nation* challenge will not, however, necessarily invalidate legislation. The duty to consult is about encouraging governments to consider their effects on Indigenous communities and consult proactively, and should not replace the *Sparrow* infringement and justification test or become a means by which legislation is routinely struck down. Without ruling out the possibility that in certain cases legislation enacted in breach of the duty to consult could be struck down, a declaration will generally be the appropriate remedy. This allows courts to shape the legal framework while respecting the constitutional role of another branch of government to act within those constraints. Therefore, an Indigenous group will be entitled to declaratory relief where the Crown has failed to consult during the process leading to the enactment of legislation that could adversely affect its interests.

l'obligation de consulter devrait être utilisée pour tenir compte du pouvoir discrétionnaire plus large dont le législateur doit pouvoir jouir dans le contexte législatif. Puisque la portée de l'obligation de consulter est fortement tributaire des circonstances, il n'y a aucune raison pour laquelle l'éventail des obligations de consulter et d'accommoder qui peuvent prendre naissance ne suffit pas pour répondre aux difficultés singulières soulevées dans la sphère législative. En outre, les mesures législatives ne vont pas toutes déclencher l'obligation de consulter. Cette obligation est déclenchée uniquement lorsque la Couronne, ayant connaissance de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral en cause, envisage d'adopter une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre.

La procédure applicable et l'étendue des mesures de réparation lorsque le gouvernement manque à son obligation de consulter dans le contexte du processus législatif sont également limitées par la mise en balance constitutionnelle entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Les contraintes institutionnelles dans le contexte législatif exigent que les demandeurs contestent la loi existante. Autoriser les contestations directes de la procédure parlementaire avant l'adoption de la loi empiéterait indûment sur le processus législatif. Bien que les tribunaux n'aient pas pour rôle de dicter les procédures que les législateurs doivent adopter, ils peuvent néanmoins examiner si le processus choisi concorde avec la relation particulière qu'entretient la Couronne avec les peuples autochtones. Contester une loi existante sur le fondement de vices de procédure n'est pas nouveau en droit canadien.

Toutefois, une contestation fondée sur l'arrêt *Nation haida*, si elle était accueillie, n'invaliderait pas nécessairement la loi attaquée. L'obligation de consulter vise à encourager les gouvernements à tenir compte des effets des mesures qu'ils adoptent sur les collectivités autochtones et à consulter de façon proactive. Elle ne devrait pas remplacer le test de l'atteinte et de la justification énoncé dans l'arrêt *Sparrow* ou devenir un moyen de routine pour invalider la loi. Sans écarter la possibilité que, dans certains cas, une loi adoptée en violation de l'obligation de consulter puisse être invalidée, la mesure de redressement généralement appropriée prendra la forme d'une déclaration, qui permet aux tribunaux de façonner le cadre juridique tout en respectant le rôle constitutionnel d'une autre branche de l'État d'agir à l'intérieur de ces limites. Par conséquent, un groupe autochtone a droit à un jugement déclaratoire si la Couronne ne l'a pas consulté durant le processus menant à l'édiction d'une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ses intérêts.

Per Brown J.: There is agreement that the appeal should be dismissed on the grounds that the Federal Court did not have jurisdiction to consider the application for judicial review.

Even absent this jurisdictional bar, however, the separation of powers, parliamentary privilege, the scope of judicial review properly understood and the existing jurisprudence on the duty to consult all lead to the conclusion that the Mikisew's application for judicial review cannot succeed. The entire law-making process — from initial policy development to and including royal assent — is an exercise of legislative power which is immune from judicial interference. The making of policy choices is a legislative function, while the implementation and administration of those choices is an executive function. This precludes judicial imposition of a duty to consult in the course of the law-making process.

The formulation and introduction of bills is protected from judicial review by the separation of powers. In order for each branch of the Canadian state — legislative, executive and judiciary — to fulfill its role, it must not be unduly interfered with by the others. Ministers of the Crown play an essential role in, and are an integral part of, the legislative process. Their dual membership in the executive and legislative branches of the Canadian state does not render their corresponding executive and legislative roles indistinguishable for the purposes of judicial review. In the instant case, federal ministers took a set of policy decisions that eventually led to the drafting of a legislative proposal, and then to the formulation and introduction of the omnibus bills in the House of Commons. All of these actions form part of the legislative process of introducing bills in Parliament and were taken by the ministers acting in a legislative capacity.

The formulation and introduction of bills is also protected from judicial review by parliamentary privilege, which is understood as freedom from interference with the parliamentary work of a Member of Parliament. Parliamentary privilege is essential to allowing Parliament to perform its constitutional functions by giving it the right to exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation. While parliamentary privilege operates within certain constraints imposed by the Constitution, the duty to consult is distinct from the constitutionally mandated manner and form requirements with which Parliament must comply in order to enact valid legislation. The only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the

Le juge Brown : Il y a accord pour dire que l'appel devrait être rejeté parce que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour examiner la demande de contrôle judiciaire.

Même en faisant fi de cet obstacle juridictionnel, tant la séparation des pouvoirs que le privilège parlementaire, ainsi que la portée bien interprétée du contrôle judiciaire et la jurisprudence existante de la Cour sur l'obligation de consulter mènent à la conclusion que la demande de contrôle judiciaire des Mikisew ne peut pas être accueillie. L'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale inclusivement — constitue un exercice du pouvoir législatif qui est à l'abri de l'ingérence des tribunaux. Les choix politiques relèvent du pouvoir législatif, tandis que leur mise en œuvre et leur administration incombent au pouvoir exécutif. Cela empêche les tribunaux d'imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif.

La formulation et le dépôt des projets de loi échappent au contrôle judiciaire du fait de la séparation des pouvoirs. Pour que chacun des pouvoirs de l'État canadien — le législatif, l'exécutif et le judiciaire — puisse jouer son rôle, il faut qu'ils n'empiètent pas indûment les uns sur les autres. Les ministres de la Couronne jouent un rôle essentiel dans le processus législatif dont ils font partie intégrante. Leur appartenance aux pouvoirs tant exécutif que législatif de l'État canadien ne rend pas leurs rôles dans l'une ou l'autre de ces branches indissociables aux fins du contrôle judiciaire. Dans la présente affaire, des ministres fédéraux ont pris une série de décisions politiques, qui ont mené à la rédaction d'une proposition législative et, ensuite, à l'élaboration des projets de loi omnibus et à leur dépôt à la Chambre des communes. Toutes ces mesures appartenaient au processus législatif qui consiste à déposer des projets de loi au Parlement et elles ont été prises par des ministres qui agissaient en leur capacité législative.

La formulation et le dépôt des projets de loi échappent également au contrôle judiciaire du fait du privilège parlementaire, lequel consiste en une protection contre l'ingérence dans le travail parlementaire des députés. Le principe du privilège parlementaire est essentiel pour que le Parlement s'acquitte de ses fonctions constitutionnelles, puisqu'il lui accorde le droit d'exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l'adoption d'une loi. S'il est vrai que le privilège parlementaire s'applique sous réserve de certaines contraintes imposées par la Constitution, l'obligation de consulter se distingue des exigences quant aux modalités et à la forme imposées par la Constitution que doit respecter le législateur afin d'adopter une loi valide. Tout ce

Senate and House of Commons and that it receive royal assent. While the Constitution's status as the supreme law of Canada operates to render of no force and effect enacted legislation that is inconsistent with its provisions, it does not empower plaintiffs to override parliamentary privilege.

The development, introduction, consideration and enactment of bills is not Crown conduct which triggers the duty to consult. Crown conduct triggering this duty must be understood as excluding the parliamentary functions of the Canadian state. The steps taken as part of the parliamentary process of law-making, including royal assent, are not the vehicle through which the Crown acts. The exercise of Crown authority in enacting legislation (assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills) is legislative. It is not an instance of Crown conduct — that is, executive conduct — which can trigger the duty to consult. The Crown does not enact legislation, Parliament does.

Consequently, judicial review of the legislative process, including *post-facto* review of the process of legislative enactment, for adherence to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and for consistency with the honour of the Crown, is unconstitutional. That this is so, should not, however, be seen to diminish the value and wisdom of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of Aboriginal or treaty rights. Consultation during the legislative process is an important consideration in the justification analysis under s. 35. But the absence or inadequacy of consultation may be considered only once the legislation at issue has been enacted, and then, only in respect of a challenge under s. 35 to the substance or the effects of such enacted legislation, as opposed to a challenge to the legislative process.

Raising the possibility that legislation which adversely affects s. 35 rights might be declared inconsistent with the honour of the Crown undercuts the same principles of separation of powers and parliamentary privilege that lead to the conclusion that imposing the duty to consult would be inappropriate in the circumstances of this case. Further, this would cast the law into considerable uncertainty for all who rely upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale. Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada et qu'elle rende inopérante toute loi incompatible avec ses dispositions, elle ne permet pas aux demandeurs d'écarter le privilège parlementaire.

L'élaboration, le dépôt, l'examen et l'adoption des projets de loi ne constituent pas des conduites de la Couronne qui donnent naissance à l'obligation de consulter. La conduite de la Couronne qui fait naître cette obligation exclut les fonctions parlementaires de l'État canadien. Les étapes suivies dans le cadre du processus parlementaire d'élaboration des lois, y compris la sanction royale, ne sont pas le moyen par lequel la Couronne agit. L'exercice de son pouvoir dans l'adoption des lois (lorsqu'elle sanctionne les projets de loi, qu'elle refuse de les sanctionner ou qu'elle réserve sa décision) est de nature législative. Il ne s'agit pas d'une conduite de la Couronne — c'est-à-dire d'une conduite de nature exécutive — qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. La Couronne n'adopte pas les lois. C'est le Parlement qui le fait.

Par conséquent, procéder au contrôle judiciaire du processus législatif, en contrôlant notamment, après le fait, le processus d'adoption des lois pour vérifier leur conformité à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'honneur de la Couronne, est inconstitutionnel. Le fait qu'il en soit ainsi ne diminue pas la valeur et la sagesse inhérentes à la consultation des peuples autochtones avant l'adoption de lois susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. La consultation durant le processus législatif est une considération importante dans l'analyse de la justification au regard de l'art. 35. Toutefois, l'absence de consultation ou les lacunes de ce processus ne peuvent être examinées qu'une fois la loi adoptée, et encore, uniquement dans le contexte d'une contestation, fondée sur l'art. 35, de la teneur de la loi ainsi adoptée ou de ses effets, par opposition à une contestation du processus législatif.

Soulever la possibilité qu'une loi qui aurait un effet préjudiciable sur des droits protégés par l'art. 35 soit déclarée incompatible avec l'honneur de la Couronne mine les principes mêmes de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire qui mènent à la conclusion selon laquelle l'imposition de l'obligation de consulter constituerait une entrave indue dans les circonstances de la présente cause. De plus, cela jetterait le droit dans une incertitude considérable pour toutes les personnes qui se fient sur l'efficacité des lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

Per Moldaver, Côté and Rowe JJ.: There is agreement with Brown J. In addition, the fact that the duty to consult has not been recognized as a procedural requirement in the legislative process does not leave Aboriginal claimants without effective means to have their rights, which are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, vindicated by the courts. When legislation has been adopted, those who assert that the effect of the legislation is to infringe s. 35 rights have their remedies under the infringement and justification framework set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Those who assert that government decisions made pursuant to the legislation's authority will adversely affect their claims can rely on the duty to consult first recognized in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] S.C.R. 511. Where new situations arise that require the adaptation or extension of the existing jurisprudence, the courts provide a means for further development of the law. No such requirement has been shown on the facts of this case. The current jurisprudence provides for protection and vindication of Aboriginal rights while upholding the constitutional principles of parliamentary sovereignty and the separation of powers.

Furthermore, recognizing a constitutionally mandated duty to consult during the process of preparing legislation would be highly disruptive to the carrying out of that work. The preparation of legislation is not a simple process. Rather, it is a highly complex process involving multiple actors across government. Imposing a duty to consult at this stage could effectively grind the day-to-day internal operation of government to a halt. What is now complex and difficult could become drawn out and dysfunctional.

Finally, an additional and serious consequence of recognizing a duty to consult during the law-making process would be the interventionist role that the courts would be called upon to play in order to supervise interactions between Indigenous parties and those preparing legislation for consideration by Parliament and by provincial legislatures. If a duty to consult were to be imposed on the legislative process, disputes would arise about the way that this obligation would be fulfilled. Affected parties would inevitably turn to the courts, who would be drawn into a supervisory role as to the operation of a duty to consult in the preparation of legislation. The courts are ill-equipped to deal with the procedural complexities of the legislative

Les juges Moldaver, Côté et Rowe : Il y a accord avec le juge Brown. De plus, le fait que l'obligation de consulter n'a pas été reconnue comme exigence procédurale dans le cadre du processus législatif ne prive pas les demandeurs autochtones de tout moyen efficace de faire reconnaître par les tribunaux les atteintes à leurs droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Quand une loi est adoptée, les parties qui soutiennent qu'elle a pour effet de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 disposent de recours fondés sur le cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la justification exposé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Celles qui prétendent qu'une décision prise par le gouvernement en vertu du pouvoir que lui confère cette loi nuira à un droit qu'elles revendiquent peuvent invoquer l'obligation de consulter reconnue pour la première fois dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511. Lorsque surviennent de nouvelles situations où il faut adapter ou étendre la jurisprudence existante, les tribunaux constituent un moyen de faire évoluer le droit davantage. Le besoin de le faire n'a toutefois pas été démontré au vu des faits de l'espèce. La jurisprudence actuelle prévoit la protection et la défense des droits ancestraux tout en assurant le respect des principes constitutionnels de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs.

Qui plus est, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones durant le processus de l'élaboration des projets de loi, cela perturberait grandement l'exécution de ce travail. L'élaboration des projets de loi n'est pas un processus simple. Il s'agit plutôt d'un processus fort complexe qui mobilise de nombreux acteurs au sein du gouvernement. L'imposition de l'obligation de consulter à ce stade pourrait en fait paralyser le fonctionnement interne au quotidien du gouvernement. Ce qui est aujourd'hui complexe et difficile risquerait de devenir interminable et dysfonctionnel.

Enfin, reconnaître l'existence d'une obligation de consulter pendant le processus législatif aurait une autre conséquence sérieuse : les tribunaux seraient appelés à intervenir pour superviser les interactions entre les parties autochtones et les responsables de l'élaboration des projets de loi soumis à l'examen du Parlement et des législatures provinciales. Si une obligation de consulter durant le processus législatif devait être imposée, des différends se soulevaient quant à la façon de s'acquitter de cette obligation. Les parties concernées s'adresseraient inévitablement aux tribunaux, qui seraient appelés à surveiller l'exécution d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi. Les tribunaux sont mal outillés

process. If a legislature chooses to participate in consultation with Indigenous peoples, the stage at which such consultation takes place is a matter of discretion. Interference by a court in the exercise of that discretion would offend the separation of powers. Engaging the courts in regulating the exercise by Parliament and legislatures of their powers and privileges would be a profound change in Canada's system of government.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Shade v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 327, 230 F.T.R. 53; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Delgamuukw v. British Columbia*,

pour traiter des considérations procédurales complexes associées au processus législatif. Si un législateur décide de prendre part à une consultation avec des peuples autochtones, le stade auquel se tiendrait cette consultation relèverait de son pouvoir discrétionnaire. L'intervention des tribunaux à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Amener les tribunaux à encadrer l'exercice par le Parlement et les législatures de leurs pouvoirs et privilèges transformerait de fond en comble le système de gouvernement au Canada.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Shade c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 327; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *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. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Nation Tsilhqot'in c.*

[1997] 3 S.C.R. 1010; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234.

By Abella J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *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; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia*, 2016 SCC 49, [2016] 2 S.C.R. 407, rev'g (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223; **referred to:** *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Mohawks of the Bay of Quinte v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 669, 434 F.T.R. 241.

Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

Citée par la juge Abella

Arrêts examinés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *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; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 49, [2016] 2 R.C.S. 407, inf. (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223; **arrêts mentionnés :** *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Gallant c. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Mohawks of the Bay of Quinte c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, 2013 CF 669.

By Brown J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Anisman v. Canada Border Services Agency*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Case of Proclamations (1611)*, 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

By Rowe J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R.

Citée par le juge Brown

Arrêt examiné : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Case of Proclamations (1611)*, 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

Citée par le juge Rowe

Arrêts examinés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2

227; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement (Eng.), 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Bill of Rights (Eng.), 1 Will. & Mar., Sess. 2, c. 2, art. 9.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52.
Constitution Act, 1867, preamble, Part IV, ss. 17, 48, 49, 54, 55.
Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.
Department of Fisheries and Oceans Act, R.S.C. 1985, c. F-15.
Department of Indian Affairs and Northern Development Act, R.S.C. 1985, c. I-6.
Department of Natural Resources Act, S.C. 1994, c. 41.
Department of the Environment Act, R.S.C. 1985, c. E-10.
Department of Transport Act, R.S.C. 1985, c. T-18.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “Crown”, “federal board, commission or other tribunal”, 2(2) 17, 18, 18.1, 28.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 57.
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Jobs and Growth Act, 2012, S.C. 2012, c. 31.
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19.
Magna Carta (1215).
Navigation Protection Act [previously the *Navigable Waters Protection Act*], R.S.C. 1985, c. N-22.
Nisga’a Final Agreement Act, S.B.C. 1999, c. 2.
Nisga’a Final Agreement Act, S.C. 2000, c. 7.
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

R.C.S. 386; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

Lois et règlements cités

Act of Settlement (Angl.), 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Bill of Rights (Angl.), 1 Will. & Mar., sess. 2, c. 2, art. 9.
Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, c. 37.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, c. 19, art. 52.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, partie IV, art. 17, 48, 49, 54, 55.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.
Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance, L.C. 2012, c. 31.
Loi sur l’accord définitif niska’a, L.C. 2000, c. 7.
Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, c. 19.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, c. F-11.
Loi sur la protection de la navigation [auparavant la *Loi sur la protection des eaux navigables*], L.R.C. 1985, c. N-22.
Loi sur le ministère de l’Environnement, L.R.C. 1985, c. E-10.
Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, L.R.C. 1985, c. I-6.
Loi sur le ministère des Pêches et des Océans, L.R.C. 1985, c. F-15.
Loi sur le ministère des Ressources naturelles, L.C. 1994, c. 41.
Loi sur le ministère des Transports, L.R.C. 1985, c. T-18.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « Couronne », « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1, 28.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, c. 29.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, c. F-14.
Magna Carta (1215).

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

Treaties and Agreements

Nisga'a Final Agreement (1999), c. 11, paras. 30, 31.
Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

- Bankes, Nigel. "The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation?" (2016) (online: <https://ablawg.ca/2016/12/21/the-duty-to-consult-and-the-legislative-process-but-what-about-reconciliation/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_1_eng.pdf).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
- Canada. Privy Council. *Guide to Making Federal Acts and Regulations*. 2nd ed. Ottawa: Privy Council/Dept. of Justice Canada, 2001.
- Davis, Zachary. "The Duty to Consult and Legislative Action" (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17.
- Dickson, Jamie D. *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada*. Saskatoon: Purich Publishing, 2015.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Manitoba. "Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities" (May 4, 2009) (online: <https://www.gov.mb.ca/inr/resources/pubs/interim%20prov%20policy%20for%20crown%20consultation%20-%202009.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_2_eng.pdf).
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Newman, Dwight G. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2014.
- O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold. *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law*, 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.

Nisga'a Final Agreement Act, S.B.C. 1999, c. 2.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 57.

Traités et ententes

Accord définitif Nisga'a (1999), c. 11, art. 30, 31.
Traité n° 8 (1899).

Doctrine et autres documents cités

- Bankes, Nigel. « The Duty to Consult and the Legislative Process : But What About Reconciliation? » (2016) (en ligne : <https://ablawg.ca/2016/12/21/the-duty-to-consult-and-the-legislative-process-but-what-about-reconciliation/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_1_eng.pdf).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
- Canada. Conseil privé. *Lois et règlements : l'essentiel*, 2^e éd., Ottawa, Conseil Privé/Ministère de la Justice Canada, 2001.
- Davis, Zachary. « The Duty to Consult and Legislative Action » (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17.
- Dickson, Jamie D. *The Honour and Dishonour of the Crown : Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*, Toronto, LexisNexis, 2016.
- Manitoba. « Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities » (4 mai 2009) (en ligne : <https://www.gov.mb.ca/inr/resources/pubs/interim%20prov%20policy%20for%20crown%20consultation%20-%202009.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_2_eng.pdf).
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Newman, Dwight G. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich Publishing, 2014.
- O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold. *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8th ed, London, Sweet & Maxwell, 2001.

Quebec. Interministerial Support Group on Aboriginal Consultation. *Interim Guide for Consulting the Aboriginal Communities*, Québec, 2008.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated November 2017, release 30).

Robert, Charles. “The Role of the Crown-in-Parliament: A Matter of Form and Substance”, in Michel Bédard and Philippe Lagassé, eds., *The Crown and Parliament*. Montréal: Yvon Blais, 2015, 95.

Saskatchewan. “First Nation and Métis Consultation Policy Framework” (June 2010) (online: <http://publications.gov.sk.ca/documents/313/98187-Consultation%20-Policy20-Framework.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_3_eng.pdf).

Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Walters, Mark D. “The Morality of Aboriginal Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 470.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Webb and de Montigny J.J.A.), 2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298, 405 D.L.R. (4th) 721, 5 C.E.L.R. (4th) 302, [2017] 1 C.N.L.R. 354, [2016] F.C.J. No. 1389 (QL), 2016 CarswellNat 6599 (WL Can.), setting aside a declaration of Hughes J., 2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243, 93 C.E.L.R. (3d) 199, [2015] 1 C.N.L.R. 243, [2014] F.C.J. No. 1308 (QL), 2014 CarswellNat 5539 (WL Can.). Appeal dismissed.

Robert J. M. Janes, Q.C., Karey Brooks and Estella White, for the appellant.

Christopher M. Rupar and Cynthia Dickins, for the respondents.

Samuel Chayer, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William Gould and Rachelle Standing, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Glen R. Thompson and Heather Cochran, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Québec. Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones. *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, 2008.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated November 2017, release 30).

Robert, Charles. « The Role of the Crown-in-Parliament : A Matter of Form and Substance », dans Michel Bédard et Philippe Lagassé, dir., *La Couronne et le Parlement*, Montréal, Yvon Blais, 2015, 95.

Saskatchewan. « First Nation and Métis Consultation Policy Framework » (juin 2010) (en ligne : <http://publications.gov.sk.ca/documents/313/98187-Consultation%20-Policy20-Framework.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_3_eng.pdf).

Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Walters, Mark D. « The Morality of Aboriginal Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 470.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, Webb et de Montigny), 2016 CAF 311, [2017] R.C.F. 298, 405 D.L.R. (4th) 721, 5 C.E.L.R. (4th) 302, [2017] 1 C.N.L.R. 354, [2016] A.C.F. n° 1389 (QL), 2016 CarswellNat 9957 (WL Can.), qui a infirmé un jugement déclaratoire du juge Hughes, 2014 CF 1244, 470 F.T.R. 243, 93 C.E.L.R. (3d) 199, [2015] 1 C.N.L.R. 243, [2014] A.C.F. n° 1308 (QL), 2014 CarswellNat 8413 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Robert J. M. Janes, c.r., Karey Brooks et Estella White, pour l’appelant.

Christopher M. Rupar et Cynthia Dickins, pour les intimés.

Samuel Chayer, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

William Gould et Rachelle Standing, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Glen R. Thompson et Heather Cochran, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Krista Epton, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gregory J. McDade, Q.C., and *Kate Blomfield*, for the interveners the Champagne and Aishihik First Nations, the Kwanlin Dün First Nation, the Little Salmon Carmacks First Nation, the First Nation of Na-Cho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

Julie McGregor and *Stuart Wuttke*, for the intervener the Assembly of First Nations.

John Hurley and *François Dandonneau*, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

Jason T. Madden, Alexandria Winterburn and *Megan Strachan*, for the intervener the Manitoba Metis Federation Inc.

Brandon Kain, Bryn Gray and *Asher Honickman*, for the intervener the Advocates for the Rule of Law.

Victor Carter, Allison Lachance and *Darryl Korrell*, for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Karenna Williams and *Jeff Huberman*, for the intervener the Gitanyow Hereditary Chiefs.

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

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] Since this Court's landmark decision in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the duty to consult has played a critical role in ensuring that Aboriginal and treaty rights receive meaningful protection. Grounded in the honour of the Crown, this duty

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Krista Epton, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gregory J. McDade, c.r., et *Kate Blomfield*, pour les intervenants Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council et First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

Julie McGregor et *Stuart Wuttke*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

John Hurley et *François Dandonneau*, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie.

Jason T. Madden, Alexandria Winterburn et *Megan Strachan*, pour l'intervenante la Fédération métisse du Manitoba.

Brandon Kain, Bryn Gray et *Asher Honickman*, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

Victor Carter, Allison Lachance et *Darryl Korrell*, pour l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Karenna Williams et *Jeff Huberman*, pour l'intervenant Gitanyow Hereditary Chiefs.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Depuis l'arrêt de principe *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, l'obligation de consulter a joué un rôle central pour garantir une véritable protection aux droits ancestraux et issus de traités. Ancrée dans le principe de l'honneur de la Couronne,

requires the Crown to consult (and if appropriate, accommodate) Aboriginal peoples before taking action that may adversely affect their asserted or established rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The appellant Mikisew Cree First Nation argues that the Crown had a duty to consult them on the development of environmental legislation that had the potential to adversely affect their treaty rights to hunt, trap, and fish. This Court must therefore answer a vexing question it has left open in the past: Does the duty to consult apply to the law-making process?

[2] I conclude that it does not. Two constitutional principles — the separation of powers and parliamentary sovereignty — dictate that it is rarely appropriate for courts to scrutinize the law-making process. The process of law-making does not only take place in Parliament. Rather, it begins with the development of legislation. When ministers develop legislation, they act in a parliamentary capacity. As such, courts should exercise restraint when dealing with this process. Extending the duty to consult doctrine to the legislative process would oblige the judiciary to step beyond the core of its institutional role and threaten the respectful balance between the three pillars of our democracy. It would also transpose a consultation framework and judicial remedies developed in the context of executive action into the distinct realm of the legislature. Thus, the duty to consult doctrine is ill-suited to the law-making process; the law-making process does not constitute “Crown conduct” that triggers the duty to consult.

[3] This is not to suggest, however, that when the legislation undermines s. 35 rights, Aboriginal groups would be left without a remedy. Clearly, if legislation infringes s. 35, it may be declared invalid pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Further, the Crown’s honour may well require judicial intervention where legislation may adversely affect — but

l’obligation en question exige que cette dernière consulte les peuples autochtones (et, s’il y a lieu, trouve des accommodements) avant de prendre des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* faisant l’objet d’une revendication ou dont l’existence a été établie. L’appelante, la Mikisew Cree First Nation, soutient que la Couronne avait l’obligation de la consulter en ce qui concerne l’élaboration d’une loi de protection environnementale susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits de ses membres de chasser, de piéger et de pêcher garantis par traité. La Cour doit donc répondre à une question épineuse laissée à ce jour sans réponse : L’obligation de consulter s’applique-t-elle au processus législatif?

[2] Je conclus par la négative. Compte tenu de l’existence de deux principes constitutionnels — la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire —, il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif. Celui-ci ne se déroule pas uniquement au Parlement. Il commence plutôt par l’élaboration des projets de loi. À ce stade, les ministres s’acquittent de fonctions parlementaires. Cela étant, les tribunaux doivent faire preuve de retenue lorsqu’ils se penchent sur ce processus. Étendre la doctrine de l’obligation de consulter au processus législatif obligerait l’organe judiciaire à outrepasser les aspects essentiels de son rôle institutionnel et menacerait l’équilibre respectueux qui règne entre les trois piliers de notre démocratie. Cela transposerait aussi un cadre de consultation et les recours judiciaires élaborés en relation avec des actes de l’exécutif dans la sphère distincte du législateur. Par conséquent, la doctrine de l’obligation de consulter ne convient pas au processus législatif; un processus qui ne constitue pas une « conduite de la Couronne », élément déclencheur de l’obligation de consulter.

[3] Cela ne veut toutefois pas dire que, lorsque la loi porte atteinte aux droits protégés par l’art. 35, les groupes autochtones ne disposent d’aucun recours. Évidemment, si une loi enfreint cette disposition, elle peut être déclarée invalide en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, l’honneur de la Couronne peut fort bien

does not necessarily infringe — Aboriginal or treaty rights. However, the resolution of such questions must be left to another day. In this appeal, the issue was framed in terms of whether the duty to consult doctrine should apply to the law-making process. I find that it should not.

II. Background

[4] The Mikisew are a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, whose traditional territory is situated primarily in northeastern Alberta. This is a region of immense beauty; it includes, for example, the lands and waters around Lake Athabasca, as well as the Peace-Athabasca Delta. This region is also home to significant existing and proposed oil sands development.

[5] The Mikisew are descendants of an Aboriginal group that, along with a number of other First Nations, adhered to Treaty No. 8 with Her Majesty in 1899. Under Treaty No. 8, First Nations ceded a large amount of land — much of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan, and the southern portion of the Northwest Territories — to the Crown in exchange for certain guarantees. Among these guarantees was a provision protecting the right of the signatories to hunt, trap, and fish:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

[6] The Mikisew's claim relates to two pieces of omnibus legislation that had significant effects on Canada's environmental protection regime. In April 2012, the federal Minister of Finance introduced

commander l'intervention des tribunaux lorsqu'une loi est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, sans nécessairement y porter atteinte. Il faudra toutefois régler ces questions à une autre occasion. Dans le présent pourvoi, la question en litige est celle de savoir si la doctrine de l'obligation de consulter devrait s'appliquer au processus législatif. Je conclus que non.

II. Contexte

[4] Les Mikisew forment une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, dont le territoire ancestral se trouve principalement dans le nord-est de l'Alberta. C'est une région d'une immense beauté qui comprend les terres et les eaux des environs du lac Athabasca ainsi que le delta Paix-Athabasca, et qui accueille des projets, proposés et existants, d'exploitation des sables bitumineux.

[5] Les Mikisew sont les descendants d'un groupe autochtone qui, avec plusieurs autres Premières Nations, a conclu le Traité n° 8 avec Sa Majesté en 1899. Aux termes de ce traité, les Premières Nations ont cédé à la Couronne une vaste superficie de terres — qui représente une grande partie de ce qui constitue aujourd'hui le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest — en contrepartie de certaines garanties, dont celle que leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche seraient protégés :

[TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits Indiens qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

[6] La contestation des Mikisew concerne deux lois omnibus qui ont eu une incidence importante sur le régime canadien de protection environnementale. Au mois d'avril 2012, le ministre fédéral des

Bill C-38 (enacted as the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19), which received royal assent in June 2012. Later that year, the Minister introduced Bill C-45 (enacted as the *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31), which received royal assent in December 2012.

[7] These bills were broad in scope. Together, they resulted in the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, and the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52. They also resulted in significant amendments to the protection regime under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, as well as amendments to the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, and the *Navigable Waters Protection Act*, which was renamed the *Navigation Protection Act*, R.S.C. 1985, c. N-22.

[8] The Mikisew were not consulted on either of these omnibus bills at any stage in their development or prior to the granting of royal assent.

[9] The Mikisew brought an application for judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, seeking various declarations and orders concerning the respondent Ministers' duty to consult them with respect to the introduction and development of the omnibus bills.

[10] The reviewing judge, Hughes J., determined that the proceedings were not precluded by s. 2(2) of the *Federal Courts Act* and that they presented a justiciable issue (2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243). He explained that judicial intervention in the law-making process is inconsistent with the separation of powers. Therefore, if the development of policy by ministers triggers a duty to consult, the judiciary cannot enforce this duty before a bill is introduced into Parliament. The reviewing judge then turned to determining whether a duty to consult was triggered in this case. He assumed that the steps that Cabinet ministers take during the law-making process prior

Finances a présenté le projet de loi C-38 (adopté sous le nom de *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19), qui a reçu la sanction royale au mois de juin 2012. Plus tard cette année-là, le ministre a présenté le projet de loi C-45 (adopté sous le nom de *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31), qui a reçu la sanction royale au mois de décembre 2012.

[7] Ces projets de loi avaient une large portée. Ensemble, ils ont mené à l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, et à l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52. Ils apportaient également d'importantes modifications au régime de protection mis en place par la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14, et ils modifiaient la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29, ainsi que la *Loi sur la protection des eaux navigables*, qui a été renommée la *Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. 1985, c. N-22.

[8] Aucune consultation n'a été menée auprès des Mikisew quant aux deux projets de loi omnibus ni à quelque étape que ce soit de leur élaboration ni avant qu'ils ne reçoivent la sanction royale.

[9] Les Mikisew ont présenté une demande de contrôle judiciaire en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par laquelle ils sollicitaient diverses déclarations et ordonnances relatives à l'obligation des ministres intimés de les consulter en ce qui concerne la présentation et l'élaboration des projets de loi omnibus.

[10] Le juge Hughes, saisi de la demande de contrôle, a conclu que le par. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'avait pas pour effet d'exclure l'instance et que cette dernière comportait une question justiciable : 2014 CF 1244, 470 F.T.R. 243. Il a précisé qu'une intervention judiciaire dans le processus législatif contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Par conséquent, si l'élaboration d'une politique par les ministres déclenchait une obligation de consulter, les tribunaux ne peuvent voir à son application avant qu'un projet de loi soit déposé au Parlement. Le juge Hughes s'est ensuite demandé s'il existait une obligation de consulter en l'espèce.

to introducing a bill into Parliament can constitute Crown conduct triggering the duty to consult. He found that the proposals contained in the omnibus bills may adversely affect the Mikisew's treaty rights. Therefore, he concluded that the duty to consult was triggered. The Mikisew were entitled to notice of the provisions of the omnibus bills that reasonably might have been expected to affect their treaty rights, as well as an opportunity to make submissions. The Federal Court granted a declaration to this effect.

[11] The Federal Court of Appeal allowed the appeal (2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298). The majority, de Montigny and Webb J.J.A., concluded that the reviewing judge erred by conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*. In its view, when ministers develop policy, they act in a legislative capacity and their actions are immune from judicial review. The majority also held that the reviewing judge's decision was inconsistent with the principles of parliamentary sovereignty, the separation of powers, and parliamentary privilege. These principles dictate that courts cannot supervise the legislative process. Further, imposing a duty to consult in the legislative process would be impractical and would fetter Parliament's law-making capacity.

[12] Concurring, Pelletier J.A. concluded that the *Federal Courts Act* did not preclude the Mikisew's claim. While the Federal Court may not have been validly seized of an application for judicial review, he determined that it nonetheless had jurisdiction over the matter under s. 17 of the *Federal Courts Act*, as the Mikisew sought relief against the Crown. Pelletier J.A. noted that it may be problematic to conclude that legislative action can *never* trigger the duty to consult. However, he concluded that the duty to consult is not triggered by legislation of general application that causes effects which are not limited

Il a tenu pour acquis que les mesures que prennent les ministres du Cabinet avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement peuvent constituer une conduite de la Couronne qui déclenche l'obligation de consulter. Il a conclu que les propositions contenues dans les projets de loi omnibus étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits des Mikisew garantis par traité. Il a donc déclaré que l'obligation de consulter s'appliquait. Les Mikisew avaient le droit de recevoir un avis les informant des dispositions des projets de loi omnibus qui, raisonnablement, pouvaient porter préjudice à leurs droits issus de traités et de se voir offrir la possibilité de présenter des observations. La Cour fédérale a rendu une ordonnance déclaratoire en ce sens.

[11] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel : 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298. Les juges de Montigny et Webb, majoritaires, ont conclu que le juge saisi de la demande de contrôle avait commis une erreur en procédant au contrôle judiciaire d'une mesure législative en contravention de la *Loi sur les Cours fédérales*. Selon la Cour d'appel, lorsque les ministres élaborent une politique, ils agissent à titre de législateurs et leurs actions ne sont pas assujetties au contrôle des tribunaux. Les juges majoritaires ont également conclu que la décision de première instance ne respectait pas les principes de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire. Ces principes exigent que les tribunaux s'abstiennent de superviser le processus législatif. De plus, imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif serait peu pratique et entraverait la capacité législative du Parlement.

[12] Dans des motifs concordants, le juge Pelletier a conclu que la *Loi sur les Cours fédérales* ne faisait pas obstacle à la demande des Mikisew. Selon lui, bien que la Cour fédérale n'ait peut-être pas été valablement saisie d'une demande de contrôle judiciaire, elle avait néanmoins compétence sur l'affaire en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, puisque les Mikisew demandaient réparation contre la Couronne. Le juge Pelletier a signalé qu'il pourrait se révéler problématique de conclure qu'une mesure législative ne peut *en aucun cas* déclencher l'obligation de consulter. Toutefois, il a conclu que

to the specific rights at issue. Since the omnibus legislation was of this nature, the duty to consult was not triggered.

III. Analysis

A. *Jurisdiction*

[13] For the Federal Court to have jurisdiction over a claim, it must have a statutory grant of jurisdiction (*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 34).

[14] Two potential statutory grants of jurisdiction are live in this appeal: ss. 17 and 18 of the *Federal Courts Act*. I will address each in turn.

(1) Section 17 of the *Federal Courts Act*

[15] The Mikisew did not advance s. 17 as a basis for jurisdiction at first instance or in their submissions before this Court. However, Pelletier J.A. at the Federal Court of Appeal held that s. 17 was a basis for jurisdiction in this case. Further, while the Mikisew's initial application was framed as a judicial review under s. 18 (not s. 17), the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, provide that “[a]n originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used” (rule 57).

[16] Section 17(1) of the Act provides that the “Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown”. Further, s. 2(1) of the Act defines the “Crown” as “Her Majesty in right of Canada”. However, I agree that Her Majesty in right of Canada does not extend to executive actors when they are exercising “legislative power” (*Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641, at para. 58). Here, as I will explain, the Mikisew challenge actions which are uniformly legislative in character. It follows that their application is not

cette obligation ne prend pas naissance s’il s’agit d’une loi d’application générale dont les effets ne sont pas limités aux droits en cause. Comme les lois omnibus appartenaient à cette catégorie, l’obligation de consulter n’entraîne pas en jeu.

III. Analyse

A. *Compétence*

[13] Pour que la Cour fédérale puisse avoir compétence, la loi doit la lui avoir attribuée : *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 34.

[14] Deux dispositions potentiellement attributives de compétence interviennent dans le présent pourvoi : les art. 17 et 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Je traiterai de chacune d’elles à tour de rôle.

(1) Article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[15] Les Mikisew n’ont pas invoqué l’art. 17 en tant que disposition attributive de compétence ni en première instance ni dans leur plaidoirie devant la Cour. Or, le juge Pelletier, de la Cour d’appel fédérale, a déclaré que cette disposition conférait une compétence en l’espèce. De plus, bien que la première demande des Mikisew ait été qualifiée de demande de contrôle judiciaire visée à l’art. 18 (et non à l’art. 17), les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoient que « [l]a Cour n’annule pas un acte introductif d’instance au seul motif que l’instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d’instance » : règle 57.

[16] Aux termes du par. 17(1) de la Loi, la « Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne ». En outre, le par. 2(1) de la Loi définit la « Couronne » comme étant « Sa Majesté du chef du Canada ». Je reconnais toutefois que ce nom ne s’étend pas aux acteurs de l’exécutif qui exercent un « pouvoir législatif » : *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641, par. 58. En l’espèce, comme je l’expliquerai, les Mikisew contestent des mesures qui sont uniformément de nature législative. Par conséquent, leur demande ne vise

against “the Crown” in its executive capacity. Thus, the Federal Court lacked s. 17 jurisdiction over the Mikisew’s claim.

(2) Section 18 of the *Federal Courts Act*

[17] The Mikisew brought this case as an application for judicial review of the development of the omnibus legislation by the respondent Ministers under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. I agree with the conclusions and reasons of the majority of the Federal Court of Appeal that the Federal Court was not validly seized of an application for judicial review in this case.

[18] The *Federal Courts Act* does not allow for judicial review of parliamentary activities. Indeed, ss. 18 and 18.1 only grant the Federal Court jurisdiction to judicially review action taken by “any federal board, commission or other tribunal”. A “federal board, commission or other tribunal” is defined in the Act, subject to certain exceptions, as a body exercising statutory powers or powers under an order made pursuant to a prerogative of the Crown (s. 2; see also *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at para. 64). Section 2(2) specifies that “federal board, commission or other tribunal” does not include “the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House”. Thus, I agree that s. 2(2) is designed “to preclude judicial review of the legislative process at large” (C.A. reasons, at para. 32). As I will explain further below, Cabinet and ministers do not act pursuant to statutory powers when developing legislation; rather, they act pursuant to powers under Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As such, when developing legislation, they do not act as a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of s. 2 (see *Shade v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 327, 230 F.T.R. 53, at para. 34).

[19] Nonetheless, the parties have made extensive submissions on the substantive issues in this appeal. In these circumstances, it is important for this Court to determine whether the duty to consult applies to the law-making process.

pas « la Couronne » dans l’exercice de sa fonction exécutive. L’article 17 ne confère donc pas à la Cour fédérale compétence sur la demande des Mikisew.

(2) Article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[17] Les Mikisew ont déposé la présente demande de contrôle judiciaire, en application des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, à l’égard du processus d’élaboration des lois omnibus par les ministres intimés. Je souscris aux conclusions et aux motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale selon lesquels la Cour fédérale n’a pas été saisie à bon droit de la demande de contrôle judiciaire en l’espèce.

[18] La *Loi sur les Cours fédérales* n’autorise pas le contrôle judiciaire des activités parlementaires. En effet, les art. 18 et 18.1 ne confèrent à la Cour fédérale que la compétence de contrôler les actions d’un « office fédéral ». Il s’agit, au sens de la Loi, sous réserve de certaines exceptions, d’un organisme exerçant une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale : art. 2; voir aussi *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 64. Le paragraphe 2(2) précise que « le Sénat, la Chambre des communes, tout comité de l’une ou l’autre chambre, tout sénateur ou député » sont exclus de la définition d’« office fédéral ». Cette disposition vise donc à « empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général » : Cour d’appel, par. 32. Comme je l’expliquerai plus en détail ultérieurement, le Cabinet et les ministres n’agissent pas en application de pouvoirs que leur confère la loi lorsqu’ils élaborent les textes législatifs; ils agissent plutôt en vertu des pouvoirs qui leur sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, dans le cadre de leur fonction de législateurs, ils n’agissent pas comme un « office fédéral » au sens de l’art. 2 : voir *Shade c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 327, par. 34 (CanLII).

[19] Quoi qu’il en soit, les parties ont présenté des observations détaillées sur les questions de fond soulevées dans le présent pourvoi. Dans les circonstances, il est important que la Cour détermine si l’obligation de consulter s’applique au processus législatif.

B. *The Honour of the Crown and the Duty to Consult*

[20] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation*, at para. 16). Thus, I turn first to the principles that underlie the honour of the Crown and its relationship with the duty to consult.

[21] The honour of the Crown is a foundational principle of Aboriginal law and governs the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It arises from “the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people” and goes back to the *Royal Proclamation* of 1763 (*Haida Nation*, at para. 32; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66). It recognizes that the tension between the Crown’s assertion of sovereignty and the pre-existing sovereignty, rights and occupation of Aboriginal peoples creates a special relationship that requires that the Crown act honourably in its dealings with Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 67; B. Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436).

[22] The underlying purpose of the honour of the Crown is to facilitate the reconciliation of these interests (*Manitoba Metis*, at paras. 66-67). One way that it does so is by promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). This endeavour of reconciliation is a first principle of Aboriginal law.

[23] The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *Manitoba Metis*, at paras. 68-72). As it emerges from the Crown’s assertion of sovereignty, it binds the Crown *qua* sovereign.

B. *L’honneur de la Couronne et l’obligation de consulter*

[20] L’obligation de consulter est fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, par. 16. Je vais donc traiter dans un premier temps des principes qui sous-tendent l’honneur de la Couronne et de son lien avec l’obligation de consulter.

[21] L’honneur de la Couronne est un principe fondamental du droit des Autochtones qui régit la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Il tire son origine de « l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et [de] l’exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l’autorité de ce peuple », et il remonte à la *Proclamation royale* de 1763 : *Nation haïda*, par. 32; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66. Il reconnaît que la tension entre l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, d’une part, et la souveraineté, les droits et l’occupation préexistants des peuples autochtones, d’autre part, donne naissance à une relation particulière, qui exige que la Couronne agisse honorablement envers ces derniers : *Manitoba Metis*, par. 67; B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436.

[22] L’objectif qui sous-tend le principe de l’honneur de la Couronne est celui de faciliter la réconciliation de ces intérêts : *Manitoba Metis*, par. 66-67. Il contribue à l’atteinte de cet objectif notamment en favorisant la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24. Cette entreprise de réconciliation est un principe de base du droit des Autochtones.

[23] L’honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière traite avec les peuples autochtones : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *Manitoba Metis*, par. 68-72. Comme il découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, il

Indeed, it has been found to apply when the Crown acts either through legislation or executive conduct (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1110 and 1114; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 231, per McLachlin J., as she then was, dissenting; *Haida Nation*; *Manitoba Metis*, at para. 69).

[24] As this Court stated in *Haida Nation*, the honour of the Crown “is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices” and “gives rise to different duties in different circumstances” (paras. 16 and 18). When engaged, it imposes “a heavy obligation” on the Crown (*Manitoba Metis*, at para. 68). Indeed, because of the close relationship between the honour of the Crown and s. 35, the honour of the Crown has been described as a “constitutional principle” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 42). That said, this Court has made clear that the duties that flow from the honour of the Crown will vary with the situations in which it is engaged (*Manitoba Metis*, at para. 74). Determining what constitutes honourable dealing, and what specific obligations are imposed by the honour of the Crown, depends heavily on the circumstances (*Haida Nation*, at para. 38; *Taku River*, at para. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 36-37).

[25] The duty to consult is one such obligation. In instances where the Crown contemplates executive action that may adversely affect s. 35 rights, the honour of the Crown has been found to give rise to a justiciable duty to consult (see e.g. *Haida Nation*, *Taku River*, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and *Little Salmon*). This obligation has also been applied in the context of statutory decision-makers that — while not part of the executive — act on behalf of the Crown (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). These cases demonstrate that, in certain circumstances, Crown conduct may not constitute an “infringement” of

lie celle-ci en sa qualité de souveraine. En effet, la Cour a déjà jugé que le principe de l’honneur de la Couronne s’applique quand cette dernière agit soit par le truchement d’une mesure législative, soit dans l’exercice de sa fonction exécutive : voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1110 et 1114; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 231 (la juge McLachlin, plus tard juge en chef, dissidente); *Nation haïda*; *Manitoba Metis*, par. 69.

[24] Comme l’a statué la Cour dans *Nation haïda*, l’honneur de la Couronne « [n’est] pas simplement [...] une belle formule, mais [...] un précepte fondamental qui peut s’appliquer dans des situations concrètes » et qui « fait naître différentes obligations selon les circonstances » : par. 16 et 18. Lorsqu’il est engagé, il fait peser « une lourde obligation » sur la Couronne : *Manitoba Metis*, par. 68. En effet, vu l’existence d’un lien étroit entre l’art. 35 et le principe de l’honneur de la Couronne, ce dernier a été qualifié de « principe constitutionnel » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42. Toutefois, la Cour a clairement indiqué que les obligations qui en découlent varient en fonction de la situation : *Manitoba Metis*, par. 74. La réponse à la question de savoir ce qui constitue un comportement honorable et quelles obligations découlent de l’honneur de la Couronne sont fortement tributaires des circonstances : *Nation haïda*, par. 38; *Taku River*, par. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 36-37.

[25] L’obligation de consulter est une de ces obligations. Dans les cas où la Couronne envisage de prendre une mesure exécutive susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35, la Cour a jugé que le principe de l’honneur de la Couronne donne lieu à une obligation de consulter justiciable : voir, p. ex., *Nation haïda*; *Taku River*; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Little Salmon*. Cette obligation a aussi été jugée applicable lorsqu’un décideur habilité par la loi — ne faisant pas partie de l’exécutif — agit au nom de la Couronne : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Il ressort de ces arrêts que, dans certaines

established s. 35 rights; however, acting unilaterally in a way that may adversely affect such rights does not reflect well on the honour of the Crown and may thus warrant intervention on judicial review.

[26] The duty to consult jurisprudence makes clear that the duty to consult is best understood as a “valuable adjunct” to the honour of the Crown (*Little Salmon*, at para. 44). The duty to consult ensures that the Crown acts honourably by preventing it from acting unilaterally in ways that undermine s. 35 rights. This promotes reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples first, by providing procedural protections to s. 35 rights, and second, by encouraging negotiation and just settlements as an alternative to the cost, delay and acrimony of litigating s. 35 infringement claims (*Clyde River*, at para. 1; *Haida Nation*, at paras. 14 and 32; *Mikisew Cree*, at para. 63).

[27] The duty to consult has been recognized in a variety of contexts. For example, in *Haida Nation*, this Court recognized a duty to consult when the Crown contemplated the replacement and transfer of tree farm licences that had the potential to affect asserted but unproven Aboriginal rights. In *Mikisew Cree*, the Court recognized that the contemplation of “taking up” lands under Treaty No. 8 could adversely affect the Mikisew’s rights under the treaty and thus required consultation. Crown conduct need not have an immediate impact on lands and resources to trigger the duty to consult. This Court has recognized that “high-level management decisions or structural changes to [a] resource’s management” may also trigger a consultative duty (*Carrier Sekani*, at para. 47; see also para. 44). However, to date, the duty to consult has only been applied to executive conduct and conduct taken on behalf of the executive.

circonstances, la conduite de la Couronne peut ne pas constituer une « atteinte » à des droits visés à l’art. 35 ayant été établis. Toutefois, agir unilatéralement d’une manière susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur ces droits ternit l’honneur de la Couronne et peut de ce fait justifier une intervention à l’issue d’un contrôle judiciaire.

[26] Il ressort clairement de la jurisprudence relative à l’obligation de consulter qu’il faut la considérer comme un « complément valable » à l’honneur de la Couronne : *Little Salmon*, par. 44. Elle garantit que la Couronne agit honorablement en l’empêchant d’agir unilatéralement d’une façon qui porte atteinte aux droits visés à l’art. 35. Cela favorise la réconciliation entre elle et les peuples autochtones, d’abord en fournissant une protection procédurale à ces droits, ensuite en encourageant la négociation et les règlements justes comme solution de rechange aux frais, aux retards et à l’acrimonie découlant de procédures judiciaires intentées pour débattre d’allégations de contravention à l’art. 35 : *Clyde River*, par. 1; *Nation haïda*, par. 14 et 32; *Première nation crie Mikisew*, par. 63.

[27] L’existence de l’obligation de consulter a été reconnue dans divers contextes. Par exemple, dans *Nation haïda*, la Cour l’a reconnue lorsque la Couronne a envisagé le remplacement et le transfert de concessions de fermes forestières susceptibles d’avoir une incidence sur des droits ancestraux revendiqués, mais non établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, la Cour a reconnu que le fait d’envisager la « prise » de terres visées par le Traité n° 8 était susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits des Mikisew issus de ce traité et commandait donc la tenue d’une consultation. L’incidence de la conduite de la Couronne sur les terres et les ressources n’a pas à être immédiate pour que l’obligation de consulter soit déclenchée. La Cour a reconnu que « la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion [d’une] ressource » peut en effet aussi déclencher l’obligation de consulter : *Carrier Sekani*, par. 47, voir aussi le par. 44. En revanche, jusqu’à présent, l’obligation de consulter n’a été appliquée qu’aux actes posés par l’exécutif ou en son nom.

[28] The Mikisew’s treaty rights are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and the Crown’s dealings with those rights engage the honour of the Crown. Here, the Mikisew argue that their hunting, trapping, and fishing rights under Treaty No. 8 may be adversely affected by the Crown’s conduct. This Court has repeatedly found that the honour of the Crown governs treaty making and implementation, and requires the Crown to act in a way that accomplishes the intended purposes of treaties and solemn promises it makes to Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at paras. 73 and 75; *Mikisew Cree*, at para. 51; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 44; *Badger*, at paras. 41 and 47). Treaty agreements are sacred; it is always assumed that the Crown intends to fulfill its promises. No appearance of “sharp dealing” will be permitted (*Badger*, at para. 41).

[29] However, the question in this appeal is whether the honour of the Crown gives rise to a justiciable duty to consult when ministers develop legislation that could adversely affect the Mikisew’s treaty rights. When confronted with a novel case like this, the Court must determine whether the duty to consult is the appropriate means to uphold the honour of the Crown. This Court has explicitly left open the question of whether the law-making process is “Crown conduct” that triggers the duty to consult (*Carrier Sekani*, at para. 44; *Clyde River*, at para. 28). I turn to analyzing this issue now.

C. *The Duty to Consult During the Law-Making Process*

[30] The Mikisew submit that the development of policy by ministers leading to the formulation and introduction of a bill that may affect s. 35 rights triggers the duty to consult. In their view, ministers act in an executive capacity, not a parliamentary capacity, when developing legislation. Thus, concluding that legislative development triggers the duty to consult does not offend the separation of powers or

[28] Les droits issus de traités des Mikisew sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les actes de la Couronne touchant ces droits engagent l’honneur de la Couronne. En l’espèce, les Mikisew soutiennent que la conduite de la Couronne est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche protégés par le Traité n° 8. La Cour a affirmé à maintes reprises que le principe de l’honneur de la Couronne régit la conclusion des traités ainsi que leur mise en œuvre et exige que la Couronne agisse de manière à ce que les traités et les promesses solennelles qu’elle fait aux peuples autochtones atteignent leur but : *Manitoba Metis*, par. 73 et 75; *Première nation crie Mikisew*, par. 51; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 44; *Badger*, par. 41 et 47. Les traités sont sacrés; il est toujours présumé que la Couronne entend respecter ses promesses. Aucune apparence de « manœuvres malhonnêtes » n’est permise : *Badger*, par. 41.

[29] Or, dans le présent pourvoi, il s’agit de savoir si l’honneur de la Couronne déclenche une obligation de consulter justiciable, lorsque des ministres élaborent des projets de loi susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits issus de traités des Mikisew. Lorsqu’elle est saisie, comme en l’espèce, d’une affaire sans précédent, la Cour doit décider si c’est en invoquant l’obligation de consulter qu’une partie peut demander le respect du principe de l’honneur de la Couronne. Dans le passé, la Cour a expressément choisi de laisser en suspens la question de savoir si le processus d’élaboration des lois constitue une « conduite de la Couronne » qui déclenche l’obligation de consulter : *Carrier Sekani*, par. 44; *Clyde River*, par. 28. Je vais maintenant procéder à l’analyse de cette question.

C. *L’obligation de consulter durant le processus législatif*

[30] Les Mikisew font valoir que l’élaboration par les ministres d’une politique menant à la rédaction et à la présentation d’un projet de loi susceptible d’avoir une incidence sur les droits protégés par l’art. 35 déclenche l’obligation de consulter. Selon eux, lorsqu’ils élaborent une loi, les ministres exercent des fonctions exécutives et non pas législatives. Il ne serait donc pas contraire au principe

parliamentary privilege. Further, concluding otherwise would leave some claimants whose s. 35 rights are affected by legislation without an effective remedy. Indeed, legislation may abolish Crown oversight of or involvement in resource development and thereby remove Crown conduct that would trigger the duty to consult. Additionally, requiring claimants to proceed by way of a s. 35 infringement claim to vindicate their rights places an onerous burden on them.

[31] The respondents submit that the development of legislation by ministers is legislative action that does not trigger the duty to consult, as this would be inconsistent with parliamentary sovereignty and the separation of powers. These principles dictate that courts cannot supervise the law-making process. The respondents ground their argument on the premise that ministers act in a parliamentary capacity, not an executive capacity, when developing legislation. Furthermore, they suggest that, while the duty to consult is not triggered by legislative action, this does not leave claimants without an effective remedy. Once legislation has passed, it can be challenged under the *Sparrow* framework if it infringes s. 35 rights. Additionally, decisions made *under* the new or amended legislation may trigger the duty to consult.

[32] For the reasons that follow, I conclude that the law-making process — that is, the development, passage, and enactment of legislation — does not trigger the duty to consult. The separation of powers and parliamentary sovereignty dictate that courts should forebear from intervening in the law-making process. Therefore, the duty to consult doctrine is ill-suited for legislative action.

[33] The Mikisew ask us to recognize that the duty to consult applies to ministers in the development of legislation. There is no doubt overlap between

de la séparation des pouvoirs ou du privilège parlementaire de conclure que l'élaboration d'une loi déclenche l'obligation de consulter. De plus, selon eux, conclure autrement priverait les demandeurs aux prises avec une loi qui a une incidence sur leurs droits protégés par l'art. 35 d'un recours efficace. En effet, des lois peuvent abolir la surveillance et la participation de la Couronne à l'exploitation des ressources et, par conséquent, éliminer la conduite de la Couronne qui déclencherait l'obligation de consulter. Qui plus est, exiger des demandeurs qu'ils présentent une demande fondée sur la violation de l'art. 35 pour défendre leurs droits leur imposerait un lourd fardeau.

[31] Les intimés soutiennent plutôt que l'élaboration d'une loi par des ministres est une mesure législative qui ne déclenche pas l'obligation de consulter, puisque cela serait incompatible avec les principes de souveraineté parlementaire et de séparation des pouvoirs. Selon ces principes, les tribunaux ne peuvent pas superviser le processus législatif. Les intimés fondent leur thèse sur la prémisse que les ministres exercent des fonctions parlementaires, et non pas des fonctions exécutives, lorsqu'ils élaborent des projets de loi. De plus, selon eux, les demandeurs ne sont pas privés d'un recours utile du fait que le processus législatif ne déclenche pas l'obligation de consulter. Une fois la loi adoptée, ils peuvent la contester, conformément au cadre d'analyse établi par l'arrêt *Sparrow*, si elle porte atteinte aux droits protégés par l'art. 35. En outre, des décisions prises *en application* de la nouvelle loi ou de la loi modifiée peuvent donner naissance à l'obligation de consulter.

[32] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le processus législatif — à savoir l'élaboration, l'adoption et la promulgation d'une loi — ne donne pas naissance à l'obligation de consulter. Les principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire exigent que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir dans le processus législatif. La doctrine de l'obligation de consulter ne convient donc pas relativement à l'action législative.

[33] Les Mikisew nous demandent de reconnaître que l'obligation de consulter s'applique aux ministres pendant l'élaboration des projets de loi. De

executive and legislative functions in Canada; Cabinet, for instance, is “a combining committee — a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state” (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 559, quoting W. Bagehot, *The English Constitution* (1872), at p. 14 (emphasis in original)). I do not accept, however, the Mikisew’s submission that ministers act in an executive capacity when they develop legislation. The legislative development at issue was not conducted pursuant to any statutory authority; rather, it was an exercise of legislative powers derived from Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As the majority of the Court of Appeal noted, the departmental statutes relied on by the Mikisew to show that the Ministers acted in an executive capacity when developing legislation do not “refer even implicitly to . . . the development of legislation for introduction into Parliament” (C.A. reasons, at para. 28; *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C. 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1985, c. E-10; *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C. 1985, c. F-15; *Department of Transport Act*, R.S.C. 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11).

[34] The development of legislation by ministers is part of the law-making process, and this process is generally protected from judicial oversight. Further, this Court’s jurisprudence makes clear that, if Cabinet is restrained from introducing legislation, then this effectively restrains Parliament (*Canada Assistance Plan*, at p. 560). This Court has emphasized the importance of safeguarding the law-making process from judicial supervision on numerous occasions. In *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, a majority of the Court stated that “[c]ourts come into the picture when legislation is enacted and not before” (p. 785). In *Canada Assistance Plan*, the Court underscored that “[t]he formulation and introduction of a bill are part of the

toute évidence, au Canada, il y a un chevauchement entre les fonctions exécutives et législatives; le Cabinet, par exemple, est « un comité combiné de telle sorte qu’il sert, comme un trait d’union ou une boucle, à rattacher la partie législative à la partie exécutive du gouvernement » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 559, citant W. Bagehot, *La Constitution anglaise* (1869), p. 19. Toutefois, je ne suis pas d’accord avec les Mikisew pour dire que les ministres exercent des fonctions exécutives lorsqu’ils élaborent des projets de loi. En l’espèce, l’élaboration des textes de loi ne relevait pas d’un pouvoir conféré par voie législative; il s’agissait plutôt de l’exercice de pouvoirs législatifs qui sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont souligné, les lois habilitantes sur lesquelles s’appuient les Mikisew pour démontrer que les ministres exerçaient des fonctions exécutives lorsqu’ils ont élaboré les projets de loi « ne renvoient aucunement, même implicitement, [à] l’élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement » : motifs de la Cour d’appel, par. 28; *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, c. I-6; *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. 1985, c. E-10; *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. 1985, c. F-15; *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. 1985, c. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, c. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11.

[34] L’élaboration de projets de loi par les ministres fait partie intégrante du processus législatif, un processus qui est généralement à l’abri du contrôle judiciaire. De plus, la jurisprudence de la Cour établit clairement que, si le Cabinet n’est pas autorisé à présenter un projet de loi, cela revient à restreindre le pouvoir du Parlement : *Régime d’assistance publique du Canada*, p. 560. Dans le passé, la Cour a souvent insisté sur l’importance de protéger le processus législatif contre la surveillance judiciaire. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré que « [l]es tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant » : p. 785. Dans l’arrêt *Régime d’assistance publique du Canada*, la Cour a

legislative process with which the courts will not meddle” (p. 559).

[35] Longstanding constitutional principles underlie this reluctance to supervise the law-making process. The separation of powers is “an essential feature of our constitution” (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 52; see also *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 27). It recognizes that each branch of government “will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others” (*Criminal Lawyers’ Association*, at para. 29). It dictates that “the courts and Parliament strive to respect each other’s role in the conduct of public affairs”; as such, there is no doubt that Parliament’s legislative activities should “proceed unimpeded by any external body or institution, including the courts” (*Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 20). Recognizing that a duty to consult applies during the law-making process may require courts to improperly trespass onto the legislature’s domain.

[36] Parliamentary sovereignty mandates that the legislature can make or unmake any law it wishes, within the confines of its constitutional authority. While the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* transformed the Canadian system of government “to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 72), democracy remains one of the unwritten principles of the Constitution (*Secession Reference*, at paras. 61-69). Recognizing that the elected legislature has specific consultation obligations may constrain it in pursuing its mandate and therefore undermine its ability to act as the voice of the electorate.

[37] Parliamentary privilege, a related constitutional principle, also demonstrates that the law-making process is largely beyond the reach of judicial interference. It is defined as “the sum of the

souligné que « [l]a rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas » : p. 559.

[35] Des principes constitutionnels établis depuis longtemps justifient cette réticence à surveiller le processus législatif. Le principe de la séparation des pouvoirs est « un élément essentiel de notre constitution » : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 52; voir également *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 27. Il reconnaît qu’un organe du gouvernement « ne peut jouer son rôle lorsqu’un autre empiète indûment sur lui » : *Criminal Lawyers’ Association*, par. 29. Il exige que « les tribunaux et le Parlement s’efforcent de respecter leurs rôles respectifs dans la conduite des affaires publiques »; ainsi, il ne fait aucun doute que le Parlement doit pouvoir « exercer ses activités législatives libre de toute ingérence de la part d’organismes ou d’institutions externes, y compris les tribunaux » : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 20. Si l’on devait reconnaître qu’une obligation de consulter s’applique au processus législatif, cela risquerait d’obliger les tribunaux à s’ingérer indûment dans la sphère du législateur.

[36] Le principe de la souveraineté parlementaire suppose que l’Assemblée législative peut adopter ou abroger une loi à son gré, dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution. Bien que l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* ait « dans une large mesure [. . .] fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72), la démocratie demeure l’un des principes non écrits de la Constitution (par. 61-69). Si l’on devait reconnaître que l’assemblée législative élue a des obligations précises en matière de consultation, cela risquerait de lui nuire dans l’accomplissement de son mandat et donc de miner sa capacité de se faire la voix de l’électorat.

[37] Le principe constitutionnel connexe du privilège parlementaire confirme lui aussi que le processus législatif est largement hors de la portée d’une intervention judiciaire. Il est défini comme étant « la

privileges, immunities and powers enjoyed by the Senate, the House of Commons and provincial legislative assemblies, and by each member individually, without which they could not discharge their functions” (*Vaid*, at para. 29(2)). Once a category of parliamentary privilege is established, “it is for Parliament, not the courts, to determine whether in a particular case the *exercise* of the privilege is necessary or appropriate” (*Vaid*, at para. 29(9) and paras. 47-48 (emphasis in original)). Canadian jurisprudence makes clear that parliamentary privilege protects control over “debates or proceedings in Parliament” (*Vaid*, at para. 29(10); J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), at pp. 166-71; see also *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 385; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 1.7; Article 9 of the U.K. *Bill of Rights* of 1689). The existence of this privilege generally prevents courts from enforcing procedural constraints on the parliamentary process.

[38] Applying the duty to consult doctrine during the law-making process would lead to significant judicial incursion into the workings of the legislature, even if such a duty were only enforced post-enactment. The duty to consult jurisprudence has developed a spectrum of consultation requirements that fit in the context of administrative decision-making processes. Directly transposing such *executive* requirements into the *legislative* context would be an inappropriate constraint on legislatures’ ability to control their own processes.

[39] The administrative law remedies normally available for breach of a duty to consult would further invite inappropriate judicial intervention into the legislature’s domain. The Crown’s failure to consult can lead to a number of remedies, including quashing the decision at issue or granting injunctive relief, damages, or an order to carry out consultation prior to proceeding further with the proposed action (*Carrier Sekani*, at paras. 37 and 54; *Clyde River*, at para. 24;

somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s’acquitter de leurs fonctions » : *Vaid*, par. 29(2). Une fois qu’une catégorie de privilèges parlementaires est établie, « c’est au Parlement, et non aux tribunaux, qu’il revient de déterminer si l’*exercice* de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier » : *Vaid*, par. 29(9) et par. 47-48 (en italique dans l’original). Il ressort à l’évidence de la jurisprudence canadienne que le privilège parlementaire met les [TRADUCTION] « débats ou travaux du Parlement » à l’abri du contrôle judiciaire : *Vaid*, par. 29(10); J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), p. 166-171; voir également *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 385; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), par. 1.7; art. 9 du *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni. L’existence de ce privilège empêche par ailleurs généralement les tribunaux d’assujettir le processus parlementaire à des contraintes procédurales.

[38] L’application de la doctrine de l’obligation de consulter durant le processus législatif donnerait lieu à une ingérence importante des tribunaux dans les travaux du législateur, et ce, même s’ils ne s’acquittaient de cette obligation qu’après l’adoption de la loi. La jurisprudence sur l’obligation de consulter a fait naître une gamme d’exigences en matière de consultation qui sont adaptées au contexte du processus décisionnel administratif. Transposer ces exigences qui relèvent de l’*exécutif* directement dans la sphère *législative* entraverait indûment la capacité des assemblées législatives d’être maîtresses de leurs propres procédures.

[39] Les recours propres au droit administratif qui peuvent être normalement intentés pour manquement à l’obligation de consulter inciteraient davantage les tribunaux à intervenir indûment dans la sphère du législateur. L’omission par la Couronne de mener des consultations peut donner lieu à diverses mesures réparatrices dont l’annulation de la décision en cause ou l’octroi d’une injonction, de dommages-intérêts ou d’une ordonnance enjoignant à la Couronne de

K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶¶15.820 to 15.980). Thus, if a duty to consult applied to the law-making process, it would require the judiciary to directly interfere with the development of legislation. I recognize that the Mikisew only sought declaratory relief in this case. However, their rationale for seeking declaratory relief was that Canada was considering changing its environmental protection framework at the time of this litigation. The Mikisew acknowledged that it may be appropriate, in future litigation, for courts to consider granting ancillary relief requiring further consultation on the challenged legislation, a stay of further implementation of the challenged legislation, or judicial supervision. Such remedies could significantly fetter the will of Parliament.

[40] Applying a duty to consult to the development of legislation by ministers, as the Mikisew propose, also raises practical concerns. If the duty to consult is triggered by the development of legislation by ministers, but not later in the law-making process, this may limit the possibility of meaningful accommodation. Changes made to the proposed bill at the policy development stage to address concerns raised during consultation may be undone by Parliament, as it is free to amend the proposed law. Additionally, the introduction of private member bills would not trigger the duty, rendering the approach incongruous. The Mikisew's proposed approach could also be difficult to apply where ministers pursue both executive conduct and parliamentary conduct in the Cabinet decision-making process. In the long chain of events contributing to the development of legislation, disentangling what steps the duty to consult applies to (because they are executive) and what actions are immune (because they are parliamentary) would be an enormously difficult task.

procéder à des consultations avant de donner suite à l'action proposée : *Carrier Sekani*, par. 37 et 54; *Clyde River*, par. 24; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), ¶¶15.820 à 15.980. Par conséquent, si une obligation de consulter s'appliquait au processus législatif, il faudrait que les tribunaux interviennent directement dans l'élaboration des projets de loi. Je reconnais que les Mikisew s'en sont tenus à solliciter une ordonnance déclaratoire en l'espèce. Toutefois, ils ont invoqué à l'appui de leur demande le fait que le Canada envisageait de modifier son régime de protection environnementale à l'époque où la procédure a été entamée. De plus, ils ont indiqué qu'il pourrait convenir, dans des litiges futurs, que les tribunaux examinent des réparations accessoires consistant à faire en sorte que la loi contestée fasse l'objet de plus amples consultations, qu'il soit sursis à sa mise en œuvre ou qu'elle soit soumise au contrôle judiciaire. De telles mesures pourraient entraver considérablement la volonté du Parlement.

[40] Assujettir le processus d'élaboration des projets de loi par les ministres à une obligation de consulter, comme le proposent les Mikisew, soulèverait aussi des préoccupations d'ordre pratique. En effet, si l'obligation de consulter devait être déclenchée au stade de l'élaboration d'un projet de loi par les ministres, plutôt qu'à un stade ultérieur du processus législatif, les possibilités de trouver des mesures d'accommodement utiles pourraient s'en trouver limitées. En effet, des amendements apportés à un projet de loi au stade de l'élaboration de la politique sous-jacente, pour tenir compte de préoccupations soulevées pendant des consultations, pourraient être supprimés par le Parlement, puisqu'il peut modifier une loi proposée. De plus, le dépôt de projets de loi d'initiative parlementaire ne donnerait pas naissance à l'obligation de consulter, ce qui rendrait l'approche incongrue. Celle proposée par les Mikisew pourrait aussi être difficile à appliquer lorsque les ministres exercent à la fois des fonctions exécutives et parlementaires dans le cadre du processus décisionnel du Cabinet. Dans la longue série de démarches accomplies pour élaborer une loi, il serait extrêmement difficile de départager les étapes assujetties à l'obligation de consulter (parce qu'elles relèvent du pouvoir exécutif) et les actions qui n'y sont pas subordonnées (parce qu'elles relèvent du pouvoir législatif).

[41] For these reasons, the duty to consult doctrine is ill-suited to be applied directly to the law-making process.

[42] That said, parliamentary sovereignty and the separation of powers are not the only constitutional principles relevant to this appeal. The duty to consult was recognized to help protect the constitutional rights enshrined in s. 35 and uphold the honour of the Crown — itself a constitutional principle (*Little Salmon*, at para. 42).

[43] The Mikisew argue that if the duty to consult does not apply to the legislative process, Aboriginal or treaty rights will be subject to inconsistent protection. When the executive or a statutory decision-maker takes action that may affect asserted or established s. 35 rights, the honour of the Crown imposes a duty to consult. As noted above, this prevents the Crown from acting unilaterally in a way that could erode s. 35 rights and promotes the ongoing process of reconciliation. In contrast, if the state takes the *same action* through legislative means, the Aboriginal communities whose rights are potentially affected may be left without effective recourse. If such legislation *infringes* s. 35 rights, it may be declared of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* (see *Sparrow*). However, if the effects of the legislation do not rise to the level of infringement, or if the rights are merely asserted (and not established), an Aboriginal group will not be able to successfully challenge the constitutional validity of the legislation through a *Sparrow* claim. Further, there may be situations where legislation effectively removes future consultation obligations by removing Crown decision-making that would otherwise have triggered the duty to consult.

[44] I accept that these are valid concerns. It is of little import to Aboriginal peoples whether it is the executive or Parliament which acts in a way that may adversely affect their rights. The relationship

[41] Pour les motifs qui précèdent, la doctrine de l'obligation de consulter est mal adaptée pour s'appliquer directement au processus législatif.

[42] Cela dit, la souveraineté parlementaire et la séparation des pouvoirs ne sont pas les seuls principes constitutionnels en cause dans le présent pourvoi. L'existence de l'obligation de consulter a été reconnue pour aider à protéger les droits constitutionnels consacrés par l'art. 35 et pour préserver l'honneur de la Couronne, qui a lui aussi le statut de principe constitutionnel : *Little Salmon*, par. 42.

[43] Les Mikisew prétendent que si l'obligation de consulter ne s'appliquait pas au processus législatif, les droits ancestraux ou issus de traités bénéficieraient d'une protection variable. Lorsque l'exécutif ou un organisme décisionnel habilité par la loi prendrait une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les droits, revendiqués ou établis, visés à l'art. 35, l'honneur de la Couronne donnerait lieu à une obligation de consulter. Comme je l'ai souligné précédemment, cela empêcherait la Couronne d'agir unilatéralement d'une manière qui risquerait de miner les droits protégés par l'art. 35 et favoriserait le processus de réconciliation en cours. En revanche, si l'État prenait la *même mesure* par voie législative, les collectivités autochtones dont les droits seraient susceptibles d'être touchés ne disposeraient possiblement d'aucun recours utile. Si cette loi *portait atteinte* aux droits visés à l'art. 35, elle pourrait être déclarée inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : voir *Sparrow*. Cependant, si les effets de la loi ne constituaient pas une atteinte à des droits protégés ou si les droits n'étaient que revendiqués (et non établis), le groupe autochtone ne pourrait pas contester avec succès la validité constitutionnelle de la loi suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Sparrow*. De plus, il pourrait survenir des situations où la loi supprimerait effectivement l'obligation future de consulter en supprimant le processus décisionnel de la Couronne qui aurait autrement déclenché l'obligation de consulter.

[44] J'admets qu'il s'agit là de préoccupations légitimes. Il importe peu aux peuples autochtones de savoir qui de l'exécutif ou du Parlement agit d'une manière susceptible d'avoir un effet préjudiciable

of Aboriginal peoples “with the Crown or sovereign has never depended on the particular representatives of the Crown involved” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at para. 130, quoting *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109, per Dickson C.J.). As noted above, the honour of the Crown binds the Crown *qua* sovereign. Indeed, permitting the Crown to do by one means that which it cannot do by another would undermine the endeavour of reconciliation, which animates Aboriginal law. The principle of reconciliation and not rigid formalism should drive the development of Aboriginal law.

[45] Given these concerns, it is worth noting that the duty to consult is not the only means to give effect to the honour of the Crown when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation. Other doctrines may be developed to ensure the consistent protection of s. 35 rights and to give full effect to the honour of the Crown through review of enacted legislation.

[46] For example, it may not be consistent with s. 35 to legislate in a way that effectively removes future Crown conduct which would otherwise trigger the duty to consult. I note that, in *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, the Yukon Court of Appeal held that “[s]tatutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist” (para. 37; see also *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)).

[47] Other forms of recourse may also be available. For example, declaratory relief may be appropriate in a case where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples (see *Manitoba Metis*, at paras. 69 and 143). A declaration is available without

sur leurs droits. Les rapports des peuples autochtones « avec la Couronne ou le souverain n’ont jamais été fonction des représentants particuliers de la Couronne visée » : *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, par. 130, citant *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 109, le juge en chef Dickson. Comme je l’ai déjà souligné, l’honneur de la Couronne lie celle-ci en qualité de souveraine. En effet, si l’on permettait à la Couronne de faire par un moyen ce qu’elle ne peut pas faire par un autre, cela compromettrait l’entreprise de réconciliation qui sous-tend le droit des Autochtones. C’est le principe de réconciliation, et non pas un formalisme rigide, qui doit dicter l’évolution de ce domaine du droit.

[45] Étant donné ces préoccupations, il convient de souligner que l’obligation de consulter n’est pas le seul moyen de donner effet au principe de l’honneur de la Couronne quand une loi est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités. Les tribunaux peuvent créer d’autres doctrines pour assurer la protection uniforme des droits protégés par l’art. 35 et donner pleinement effet à l’honneur de la Couronne en contrôlant la loi adoptée.

[46] Par exemple, il n’est peut-être pas conforme à l’art. 35 de légiférer de façon à empêcher une conduite future de la Couronne qui déclencherait autrement l’obligation de consulter. Je relève que, dans *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, la Cour d’appel du Yukon a jugé que [TRADUCTION] « [l]es régimes légaux qui ne prévoient pas la tenue de consultation ou un autre moyen tout aussi efficace de reconnaître les revendications des Autochtones et de prendre des mesures d’accommodement sont viciés et ne devraient pas être maintenus » : par. 37; voir également la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1).

[47] Il est également possible d’accorder d’autres formes de réparation. Par exemple, il peut convenir de prononcer un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement envers les peuples autochtones : voir *Manitoba*

a cause of action (*ibid.*, at para. 143). Further, as this Court has previously held, declaratory relief may be an appropriate remedy even in situations where other forms of relief would be inconsistent with the separation of powers (see *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 2).

[48] To be clear, legislation cannot be challenged on the basis that the legislature failed to fulfill the duty to consult. The duty to consult doctrine does not apply to the legislature. However, if other forms of recourse are available, the extent of any consultation may well be a relevant consideration, as it was in *Sparrow*, when assessing whether the enactment is consistent with constitutional principles. In *Sparrow*, this Court held that, when there has been a *prima facie* infringement of a s. 35 right, the “first consideration” in determining whether the legislation or action can be justified is the honour of the Crown (p. 1114). And an important part of that inquiry is whether the Aboriginal group in question was consulted on the impugned measure (*Sparrow*, at p. 1119; see also *Badger*, at para. 97; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 77, 80 and 125; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168).

[49] However, the issue of whether other protections are, or should be, available is not squarely before the Court in this appeal. As discussed above, the Federal Court was not validly seized of the application in this case, so no relief can be granted. Moreover, the Mikisew framed their claim exclusively around whether the duty to consult doctrine should apply to the legislative process. We have not received sufficient submissions on how to ensure that the honour of the Crown is upheld other than through the specific mechanism of the duty to consult. A different context attracts different considerations. I would note that there are important distinctions between judicial review of administrative action in the duty to consult context and judicial review of

Metis, par. 69 et 143. Il est possible d’obtenir un jugement déclaratoire sans avoir de cause d’action : *ibid.*, par. 143. En outre, comme la Cour l’a déjà affirmé, ce type de jugement peut être la mesure de redressement qui convient, même dans les situations où d’autres types de mesures ne seraient pas compatibles avec le principe de la séparation des pouvoirs : voir *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 2.

[48] En clair, on ne peut pas contester une loi pour le motif que le législateur ne s’est pas acquitté de l’obligation de consulter. La doctrine relative à cette obligation ne s’applique pas au législateur. Toutefois, si d’autres formes de réparation peuvent être accordées, l’étendue de toute consultation, le cas échéant, pourrait fort bien constituer un facteur pertinent — comme elle l’a été dans *Sparrow* — lorsque vient le temps d’évaluer si le texte de loi est compatible avec les principes constitutionnels. Dans *Sparrow*, la Cour a établi que, lorsqu’il y a eu violation à première vue d’un droit protégé par l’art. 35, l’honneur de la Couronne est « le premier facteur » à examiner pour déterminer si la mesure législative ou l’action en cause est justifiable : p. 1114. En outre, dans l’analyse, il est notamment important de savoir si le groupe autochtone en cause a été consulté au sujet de la mesure contestée : *Sparrow*, p. 1119; voir également *Badger*, par. 97; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 77, 80 et 125; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.

[49] Cependant, dans le présent pourvoi, la Cour n’est pas directement saisie de la question de savoir si d’autres mesures de protection existent ou devraient exister. Comme je l’ai souligné précédemment, en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas été régulièrement saisie de la demande; la Cour ne peut donc pas accorder de réparation. Qui plus est, les Mikisew ont axé leur demande exclusivement sur le fait de savoir si la doctrine de l’obligation de consulter devrait s’appliquer au processus législatif. Les parties nous ont fait part de trop peu d’observations sur la manière dont il conviendrait d’assurer le respect de l’honneur de la Couronne, si ce n’est par le truchement du mécanisme précis de l’obligation de consulter. Un autre contexte ferait intervenir d’autres considérations. Je

legislation (*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at para. 36).

IV. Conclusion

[50] For the reasons set out above, I conclude that no aspect of the law-making process — from the development of legislation to its enactment — triggers a duty to consult. In the duty to consult context, “Crown conduct” has only been found to include executive action or action taken on behalf of the executive. I would not expand the application of the duty to consult doctrine to the legislative process.

[51] Finally, my conclusions respecting the duty to consult do not apply to the process by which subordinate legislation (such as regulations or rules) is adopted, as such conduct is clearly executive rather than parliamentary (see N. Bankes, “The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation?” (2016) (online), at p. 5). Furthermore, this conclusion does not affect the enforceability of treaty provisions, implemented through legislation, that explicitly require pre-legislative consultation (see e.g. *Nisga’a Final Agreement* (1999), c. 11, paras. 30 and 31; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, c. 2; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.C. 2000, c. 7). Manner and form requirements (i.e. procedural restraints on enactments) imposed by legislation are binding (Hogg, at s. 12.3(b); see also *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234).

[52] I add this. Even though the duty to consult does not apply to the law-making process, it does not necessarily follow that once enacted, legislation that may adversely affect s. 35 rights is consistent with the honour of the Crown. The constitutional principles — such as the separation of powers and parliamentary sovereignty — that preclude the application of the duty to consult during the legislative process do not absolve the Crown of its duty to act

souligne qu’il y a des différences importantes entre le contrôle judiciaire d’une mesure administrative à la lumière de l’obligation de consulter et le contrôle judiciaire d’une loi : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 36.

IV. Conclusion

[50] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus qu’aucun aspect du processus législatif — du stade de l’élaboration jusqu’à la promulgation — ne déclenche l’obligation de consulter. Dans le contexte de cette obligation, la Cour a jugé que la « conduite de la Couronne » englobe uniquement les actes accomplis par l’exécutif, ou en son nom. Je suis d’avis de ne pas étendre l’application de la doctrine de l’obligation de consulter au processus législatif.

[51] Enfin, mes conclusions au sujet de l’obligation de consulter ne s’appliquent pas au processus dans le cadre duquel des mesures législatives subordonnées (comme des règlements ou des règles) sont prises, puisque ce processus relève clairement du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif : voir N. Bankes, « The Duty to Consult and the Legislative Process : But What About Reconciliation? » (2016) (en ligne), p. 5. Qui plus est, mes conclusions n’ont aucune incidence sur le caractère exécutoire des dispositions de traités, mis en œuvre au moyen de lois, qui exigent expressément des consultations préalables : voir, p. ex., *Accord définitif Nisga’a* (1999), c. 11, art. 30 et 31; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, c. 2; *Loi sur l’accord définitif nisga’a*, L.C. 2000, c. 7. Dans ces cas, les modalités et les formes requises par la loi (p. ex., les contraintes procédurales relatives à l’édiction des lois) doivent nécessairement être appliquées : Hogg, par. 12.3(b); voir également *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

[52] J’ajouterais ceci. Même si l’obligation de consulter ne s’applique pas au processus législatif, il ne s’ensuit pas nécessairement que, une fois adoptée, une loi susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35 est conforme au principe de l’honneur de la Couronne. Les principes constitutionnels — comme la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire — qui soustraient le processus législatif à l’obligation de

honourably or limit the application of s. 35. While an Aboriginal group will not be able to challenge legislation on the basis that the duty to consult was not fulfilled, other protections may well be recognized in future cases. Simply because the duty to consult doctrine, as it has evolved to regulate executive conduct, is inapplicable in the legislative sphere, does not mean the Crown *qua* sovereign is absolved of its obligation to conduct itself honourably.

[53] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Abella and Martin JJ. were delivered by

[54] ABELLA J. — I agree with Justice Karakatsanis that the appeal should be dismissed on the grounds that judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, is not available for the actions of federal Ministers in the parliamentary process (ss. 2(2), 18 and 18.1). But, in my respectful view, the enactment of legislation with the potential to adversely affect rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* does give rise to a duty to consult, and legislation enacted in breach of that duty may be challenged directly for relief.

[55] The honour of the Crown governs the relationship between the government of Canada and Indigenous peoples. This obligation of honour gives rise to a duty to consult and accommodate that applies to all contemplated government conduct with the potential to adversely impact asserted or established Aboriginal and treaty rights, including, in my view, legislative action. The duty to consult arises based on the effect, not the source, of the government action. The Crown's overarching responsibility to act honourably in all its dealings with Indigenous peoples does not depend on the formal label applied to the type of action that the government takes with respect to Aboriginal rights and interests protected

consulter ne relèvent pas pour autant la Couronne de son obligation d'agir honorablement ni ne restreignent l'application de l'art. 35. Même si un groupe autochtone sera empêché de contester une loi en invoquant un manquement à l'obligation de consulter, les tribunaux pourront possiblement reconnaître l'existence d'autres mesures de protection dans des causes à venir. Ce n'est pas parce que la doctrine de l'obligation de consulter, qui a évolué de manière à encadrer la conduite de l'exécutif, ne s'applique pas dans la sphère législative que la Couronne, en sa qualité de souveraine, est libérée de son obligation de se comporter honorablement.

[53] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Abella et Martin rendus par

[54] LA JUGE ABELLA — Je souscris à l'opinion de la juge Karakatsanis selon laquelle le pourvoi devrait être rejeté au motif que le contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, ne peut être exercé à l'encontre de mesures prises par des ministres fédéraux dans le cadre du processus parlementaire : par. 2(2), art. 18 et 18.1. Cela dit, à mon avis, l'adoption de lois qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait naître une obligation de consulter, et les lois adoptées en violation de cette obligation peuvent être contestées directement en vue d'obtenir réparation.

[55] Le principe de l'honneur de la Couronne régit la relation qui unit le gouvernement du Canada et les peuples autochtones. Ce principe fait naître une obligation de consulter et d'accueillir applicable à toutes les mesures gouvernementales envisagées susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, revendiqués ou établis, y compris, à mon avis, aux mesures législatives. L'obligation de consulter découle de l'effet, et non de la source, de la mesure gouvernementale. La responsabilité fondamentale de la Couronne d'agir honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones ne dépend pas de l'étiquette officielle que l'on appose au genre de mesures que

by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As a constitutional imperative, the honour of the Crown cannot be undermined, let alone extinguished, by the legislature's assertion of parliamentary sovereignty.

[56] The analysis in this case must begin with the fundamental principle of Canadian Aboriginal law that the government's relationship with Indigenous peoples is governed by the honour of the Crown (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 17; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 62). According to this principle, servants of the Crown must conduct themselves with honour when acting on behalf of the sovereign (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 65). The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indigenous peoples, whether through the exercise of legislative power (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1114) or executive authority (see *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *Haida Nation*, at para. 16).

[57] The position that the honour of the Crown does not bind Parliament strikes me as untenable in light of this Court's Aboriginal law jurisprudence. The honour of the Crown arises from the Crown's *de facto* control over land and resources previously in the control of Aboriginal peoples, and its asserted sovereignty over those peoples (*Haida Nation*, at para. 32; *Manitoba Metis Federation*, at para. 66). At the time of French and British colonization, Indigenous peoples were living in distinct societies, with their own social and political structures, as well as laws and interests in land (*Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9 (per McLachlin C.J.)). While English policy was to acknowledge and respect certain rights of occupation for Indigenous inhabitants, the underlying premise was that "sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown" (*Sparrow*, at p. 1103). With this assumed sovereignty, arose the obligation to treat Aboriginal peoples fairly and

prend le gouvernement à l'égard des droits et intérêts ancestraux protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il s'agit d'un impératif constitutionnel, le principe de l'honneur de la Couronne ne saurait être miné, et encore moins écarté, par l'affirmation de la souveraineté parlementaire du législateur.

[56] En l'espèce, l'analyse doit débiter par le principe fondamental du droit canadien des Autochtones voulant que les rapports du gouvernement avec les peuples autochtones soient régis par le principe de l'honneur de la Couronne : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 62. Selon ce principe, les fonctionnaires de la Couronne doivent se comporter honorablement lorsqu'ils agissent au nom du souverain : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 65. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones, que ce soit en exerçant ses pouvoirs législatifs (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1114) ou ses pouvoirs exécutifs (voir *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *Nation haïda*, par. 16).

[57] La position selon laquelle le principe de l'honneur de la Couronne ne lie pas le Parlement me paraît indéfendable à la lumière de la jurisprudence de la Cour en droit des Autochtones. L'honneur de la Couronne découle de l'exercice de fait de l'autorité de cette dernière sur les terres et les ressources que contrôlaient antérieurement les peuples autochtones et de l'affirmation par elle de sa souveraineté sur ces peuples : *Nation haïda*, par. 32; *Manitoba Metis Federation*, par. 66. À l'époque de la colonisation française et britannique, les peuples autochtones vivaient au sein de sociétés distinctes et possédaient leurs propres structures sociales et politiques, ainsi que des lois et des intérêts dans les terres : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9 (la juge en chef McLachlin). Bien que la politique britannique reconnaissait et respectait certains droits d'occupation des peuples autochtones, elle reposait sur le principe que « la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté » : *Sparrow*, p. 1103.

honourably (*Mitchell*, at para. 9; *Manitoba Metis Federation*, at paras. 66-67).

[58] As a result, the ultimate purpose of the honour of the Crown is the reconciliation of pre-existing Indigenous societies with the assertion of Crown sovereignty (*Manitoba Metis Federation*, at para. 66). Reconciliation is the “fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1 (per Binnie J.)). The purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, is to facilitate this reconciliation (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 42).

[59] The honour of the Crown defines the historic relationship between the government and Indigenous peoples in which contemporary rights are to be understood (*Sparrow*, at p. 1108). The honour of the Crown has deep roots as a concept in Aboriginal law and can be traced back to the *Royal Proclamation* of 1763, a fundamental document which this Court has described as “analogous to the . . . Magna Carta” (*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395 (per Hall J.)). The honour of the Crown has since received constitutional status with the entrenchment of s. 35 and is therefore a constitutional imperative, giving rise to obligations on the Crown which are enforced by the courts (J. Timothy S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), at p. 53).

[60] But the honour of the Crown is not itself a cause of action. Rather, it speaks to the way in which the Crown’s specific obligations must be fulfilled (*Manitoba Metis Federation*, at para. 73). These obligations vary depending on the circumstances. In negotiating and applying treaties, the Crown must act with integrity and honour, and avoid even the appearance of sharp dealing (*Haida Nation*, at para. 19; *Badger*, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999]

Cette souveraineté présumée a fait naître l’obligation de traiter les peuples autochtones équitablement et honorablement : *Mitchell*, par. 9; *Manitoba Metis Federation*, par. 66-67.

[58] En conséquence, l’objectif fondamental du principe de l’honneur de la Couronne est la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne : *Manitoba Metis Federation*, par. 66. La réconciliation est l’« objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités » : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1 (le juge Binnie). L’objet de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est de favoriser cette réconciliation : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 42.

[59] Le principe de l’honneur de la Couronne définit les rapports historiques qui unissent le gouvernement et les peuples autochtones, et les droits contemporains doivent être définis en fonction de ces rapports : *Sparrow*, p. 1108. Il s’agit d’un concept profondément enraciné en droit des Autochtones dont on peut retracer les origines dans la *Proclamation royale* de 1763, un document fondamental que la Cour a décrit comme étant « analogue [à] la Magna Carta » : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 395 (le juge Hall). Depuis, ce principe a acquis un statut constitutionnel avec l’enchâssement de l’art. 35 et est donc devenu un impératif constitutionnel qui donne naissance à des obligations de la Couronne que les tribunaux sont appelés à faire respecter : J. Timothy S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), p. 53.

[60] Le principe de l’honneur de la Couronne ne constitue toutefois pas en soi une cause d’action. Il s’agit plutôt d’un principe qui concerne la façon dont la Couronne doit s’acquitter d’obligations spécifiques : *Manitoba Metis Federation*, par. 73. Ces obligations varient selon les circonstances. Lorsqu’elle négocie et applique des traités, la Couronne doit agir avec intégrité et honneur et éviter la moindre apparence de manœuvres malhonnêtes : *Nation haïda*,

3 S.C.R. 456, at para. 4). Where the government enacts regulations that infringe on Aboriginal rights, the honour of the Crown demands that those measures be justified (*Sparrow*, at p. 1109). And when the government contemplates conduct that might adversely affect Aboriginal or treaty rights, the honour of the Crown gives rise to a duty to consult and accommodate.

[61] Grounded in the honour of the Crown, the duty to consult arises from the assertion of Crown sovereignty and aims to advance the process of reconciliation (McCabe, at p. 90; *Haida Nation*, at paras. 45 and 59). It serves an important role in the “process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution” (*Haida Nation*, at para. 32). Where the duty arises, it requires meaningful consultation between the government and the affected group. This means a meaningful effort by the government to act in a manner that is consistent with the honour of the Crown in that particular context (Dwight G. Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (2014), at pp. 88-89). Consultation obligations can be viewed as falling on a spectrum, which accommodates the different contexts in which more or less consultation is necessary to fulfill its purpose (Newman, at p. 89; *Haida Nation*, at para. 43).

[62] I see this duty as being more than a “means” to uphold the honour of the Crown. The obligation arises because it would not be honourable to make important decisions that have an adverse impact on Aboriginal and treaty rights without efforts to consult and, if appropriate, accommodate those interests. The Crown must act honourably in defining the rights guaranteed by s. 35 and in reconciling them with other societal rights and interests. This implies a duty to consult (*Haida Nation*, at para. 20). The question is not whether the duty to consult is *appropriate* in the circumstances, but whether the decision is one to which the duty to consult applies.

par. 19; *Badger*, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 4. Lorsque le gouvernement prend un règlement qui porte atteinte aux droits ancestraux, l’honneur de la Couronne exige que cette mesure soit justifiée : *Sparrow*, p. 1109. Et lorsque le gouvernement envisage une mesure susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités, l’honneur de la Couronne fait naître une obligation de consulter et d’accommoder.

[61] Ancrée dans le principe de l’honneur de la Couronne, l’obligation de consulter découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne et vise à favoriser le processus de conciliation : McCabe, p. 90; *Nation haïda*, par. 45 et 59. Elle joue un rôle important dans le « 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 » : *Nation haïda*, par. 32. Cette obligation, lorsqu’elle existe, exige qu’il y ait une véritable consultation entre le gouvernement et le groupe touché, c’est-à-dire un effort réel de la part du gouvernement d’agir en conformité avec le principe de l’honneur de la Couronne dans ce contexte précis : Dwight G. Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (2014), p. 88-89. On peut utiliser la notion de continuum pour interpréter l’obligation de consulter, qui tient compte des diverses situations selon que la consultation est plus ou moins nécessaire pour atteindre son objectif : Newman, p. 89; *Nation haïda*, par. 43.

[62] J’estime que l’obligation de consulter n’est pas qu’un « moyen » de respecter le principe de l’honneur de la Couronne. L’obligation prend naissance parce qu’il ne serait pas honorable pour la Couronne de prendre des décisions importantes qui ont un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités sans faire l’effort de consulter les peuples autochtones et, le cas échéant, de trouver des accommodements à leurs préoccupations. La Couronne doit agir honorablement lorsqu’elle définit les droits garantis par l’art. 35 et les concilie avec d’autres droits et intérêts sociétaux. Cette obligation emporte celle de consulter : *Nation haïda*, par. 20. Il ne s’agit pas de savoir si l’obligation de consulter *convient* dans les circonstances, mais de savoir si l’obligation de consulter s’applique à la décision.

[63] Because the honour of the Crown infuses the entirety of the government's relationship with Indigenous peoples, the duty to consult must apply to all exercises of authority which are subject to scrutiny under s. 35. This includes, in my view, the enactment of legislation. Like the infringement analysis under *Sparrow*, the duty to consult does not discriminate based on the type of government action, but rather is triggered based on the potential for adverse effects.

[64] This conclusion flows from the jurisprudential development of the duty to consult from an aspect of the infringement analysis in *Sparrow* to an independent obligation in *Haida Nation*. *Sparrow* was the Court's first opportunity to consider the legal impact of s. 35, and to sketch a framework which would give appropriate weight to the constitutional nature of the words "recognized and affirmed" (*Sparrow*, at p. 1106). Acknowledging the importance of context and an incremental approach to s. 35, Dickson C.J. and La Forest J. proposed a justificatory test that would require the government to establish not only that it had a valid legislative objective, but that the legislative action was consistent with the honour of the Crown. They held, at p. 1114:

... the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

Determining whether the Crown's legislative actions were consistent with the honour of the Crown would include, depending on the circumstances, an inquiry into whether the Aboriginal group in question had been consulted (*Sparrow*, at p. 1119; see also *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, at para. 110; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 64).

[65] Consultation took on an even greater role in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R.

[63] Comme l'honneur de la Couronne imprègne l'ensemble des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, l'obligation de consulter doit s'appliquer à l'exercice de tous les pouvoirs qui sont assujettis à un examen fondé sur l'art. 35. À mon sens, ces pouvoirs comprennent l'adoption des lois. À l'instar de l'analyse de l'atteinte fondée sur l'arrêt *Sparrow*, l'obligation de consulter s'applique indépendamment du genre de mesure gouvernementale en cause et prend naissance dès lors qu'il y a un risque d'effets préjudiciables.

[64] Cette conclusion découle de l'évolution jurisprudentielle de l'obligation de consulter, qui est passée d'un aspect de l'analyse de l'atteinte dans l'arrêt *Sparrow* à une obligation indépendante dans *Nation haïda*. C'est dans l'arrêt *Sparrow* que la Cour a eu l'occasion pour la première fois d'examiner les conséquences juridiques de l'art. 35 et d'ébaucher un cadre d'analyse qui accorderait au caractère constitutionnel des mots « reconnus et confirmés » l'importance qui lui revient : *Sparrow*, p. 1106. Reconnaisant l'importance du contexte et la façon progressive d'aborder l'art. 35, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont proposé un test de justification qui obligerait le gouvernement à établir non seulement qu'il avait un objectif législatif valide, mais aussi que la mesure législative était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. Ils sont arrivés, à la p. 1114, à la conclusion suivante :

... l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Pour déterminer si les mesures législatives de la Couronne étaient conformes au principe de l'honneur de la Couronne, il faudrait, selon les circonstances, examiner si le groupe autochtone en question a été consulté : *Sparrow*, p. 1119; voir également *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 110; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 64.

[65] La consultation a joué un rôle encore plus important dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*,

1010, an Aboriginal title case, where Lamer C.J. first acknowledged that consultation was a procedural “duty”. In his view, while the nature and scope of the obligation would vary with the circumstances, “[t]here is always a duty of consultation” (para. 168). Lamer C.J. drew from his recent comments on the doctrine of priority in *Gladstone*, which described a right that was both procedural and substantive: “. . . at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of [A]boriginal rights holders in the fishery” (*Gladstone*, at para. 62). By analogy, in the Aboriginal title context, this might entail that “governments accommodate the participation of [A]boriginal peoples in the development of the resources of British Columbia” (*Delgamuukw*, at para. 167). As Lamer C.J. explained, this duty of consultation flowed from the fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples (*ibid.*, at para. 168).

[66] Through these early justification cases, the honour of the Crown had emerged as a fundamental backdrop against which the enactment of legislation would be measured. It required not only a substantive outcome which gave adequate weight to the Aboriginal rights and interests at stake, but a manner of dealing that was in keeping with the special relationship between the Crown and Aboriginal rights-holders. In particular, the Court identified consultation as a significant consideration in assessing whether the government’s infringement of Aboriginal or treaty rights was justified under s. 35. This did not change based on the kind of government action in question; even in *Sparrow*, which involved a challenge to the federal *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, the importance of notice and consultation in the context of regulatory conservation measures was acknowledged (p. 1119).

[67] Although these cases looked at consultation to determine whether an infringement was justified, it

[1997] 3 R.C.S. 1010, une affaire portant sur un titre ancestral, où le juge en chef Lamer a reconnu pour la première fois que la consultation était une « obligation » procédurale. À son avis, bien que la nature et la portée de l’obligation varieraient selon les circonstances, « [i]l y a toujours obligation de consulter » : par. 168. Le juge en chef Lamer s’était inspiré de ses commentaires récents sur la doctrine relative à l’ordre de priorité dans l’arrêt *Gladstone*, qui décrivaient un droit à la fois procédural et substantiel : « [à] l’étape de la justification, l’État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l’intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l’égard de cette pêche » : *Gladstone*, par. 62. Par analogie, dans le contexte d’un titre ancestral, cela pourrait vouloir dire que « les gouvernements prennent en compte la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources de la Colombie-Britannique » : *Delgamuukw*, par. 167. Comme le juge en chef Lamer l’a expliqué, cette obligation de consulter découle des rapports de fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones : *ibid.*, par. 168.

[66] Ces premières décisions en matière de justification ont établi que l’honneur de la Couronne était un principe fondamental dont il fallait tenir compte pour évaluer les mesures législatives adoptées. Ce principe exigeait non seulement un résultat concret qui accordait l’importance qui leur revient aux droits et aux intérêts ancestraux en jeu, mais également une façon de transiger qui cadrerait avec la relation particulière qu’entretient la Couronne avec les titulaires de droits ancestraux. Plus précisément, la Cour a affirmé que la consultation était un facteur important dont il fallait tenir compte pour évaluer si l’atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités par le gouvernement était justifiée au regard de l’art. 35. Le genre de mesure gouvernementale en cause ne change rien à l’importance de cette consultation; ainsi, dans l’arrêt *Sparrow*, où l’on contestait la *Loi sur les pêcheries*, L.R.C. 1970, c. F-14, une loi fédérale, la Cour a reconnu l’importance d’informer et de consulter les groupes autochtones visés lorsqu’il est question de mesures de conservation réglementaires : p. 1119.

[67] Bien que, dans ces arrêts, la Cour se soit penchée sur la consultation pour décider si l’atteinte était

was the process *prior* to the infringement which engaged the honour of the Crown. As a matter of logic, then, the Crown's duty to consult is not dependent on the finding that an infringement resulted, but is, instead, a component of the Crown's overarching obligation to deal honourably with Indigenous peoples when regulating their rights. This is exactly the reasoning that led to the Court's landmark recognition of a free-standing duty to consult in *Haida Nation*, *Taku River* and *Mikisew Cree*.

[68] In the companion appeals *Haida Nation* and *Taku River*, McLachlin C.J. found that a legal duty to consult and accommodate arose when the Crown had knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title, and contemplated conduct that might adversely affect it (*Haida Nation*, at para. 31; *Taku River*, at paras. 24-25). As McLachlin C.J. explained, the existence of this legal duty to consult, prior to proof of claims, was necessary to understand the Court's previous decisions which considered consultation where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. The duty to consult could not depend on either the existence of a proven right, or, by extension, proof of infringement. The fact that Crown behaviour *before* the determination of the right could be considered in the context of justification negated any arguments to the contrary (*Haida Nation*, at para. 34).

[69] While *Haida Nation* and *Taku River* were primarily concerned with protecting unproven claims during the treaty negotiation process, *Mikisew Cree* made clear that the duty to consult arose in respect of established rights as well. The parties had asked what obligations the Crown owed when exercising its power under Treaty No. 8 to take up portions of the Mikisew's surrendered lands "from time to time". Binnie J. explicitly rejected an approach that would find each subsequent "taking up" by the Crown to be an infringement of the Mikisew's treaty

justifiée, c'est le processus suivi *avant* l'atteinte qui a engagé l'honneur de la Couronne. Ainsi, en toute logique, l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter ne dépend pas de la conclusion qu'il y a eu atteinte, mais constitue plutôt une composante de l'obligation primordiale de la Couronne d'agir honorablement envers les peuples autochtones lorsqu'elle réglemente leurs droits. C'est exactement le raisonnement qui a mené la Cour à reconnaître l'obligation indépendante de consulter dans les arrêts de principe *Nation haïda*, *Taku River* et *Première nation crie Mikisew*.

[68] Dans les pourvois connexes *Nation haïda* et *Taku River*, la juge en chef McLachlin a conclu que l'obligation légale de consulter et d'accommoder prend naissance dès lors que la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre : *Nation haïda*, par. 31; *Taku River*, par. 24-25. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué, l'existence de cette obligation légale de consulter le groupe intéressé, avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication, était nécessaire pour comprendre les décisions antérieures de la Cour dans lesquelles elle a examiné la consultation, où la confirmation du droit et celle de la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. L'obligation de consulter ne pouvait dépendre de l'existence d'un droit prouvé ou, par extension, de la preuve de l'atteinte. Le fait que le comportement de la Couronne adopté *avant* l'établissement du droit pouvait être examiné dans le contexte de la justification réfutait tout argument à l'effet contraire : *Nation haïda*, par. 34.

[69] Alors que les arrêts *Nation haïda* et *Taku River* concernaient principalement la protection des revendications non établies durant le processus de négociation de traités, l'arrêt *Première nation crie Mikisew* a clairement indiqué que l'obligation de consulter prend également naissance à l'égard de droits établis. Les parties avaient demandé quelles étaient les obligations de la Couronne lorsqu'elle exerce le pouvoir que lui confère le Traité n° 8 de prendre des terres cédées par les Mikisew « de temps à autre ». Le juge Binnie a explicitement rejeté une

rights, requiring justification under the *Sparrow* test (paras. 31-32). Instead, he concluded that where the Crown's contemplated course of action would adversely affect those treaty rights, a duty to consult was triggered (para. 34). Although "taking up" was clearly anticipated by the treaty, the Crown was obliged to manage the process honourably (paras. 31 and 33).

[70] Through this trilogy of decisions, the Court affirmed that the Crown's obligation to consult and accommodate Indigenous groups arises independently from its obligation to justify infringements of Aboriginal and treaty rights. In the duty to consult context, the controlling question is not whether the limit on rights is justified, but "what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake" (*Haida Nation*, at para. 45). In this sense, the trilogy represents a shift towards mutual reconciliation between Aboriginal and Crown sovereignty, and a further step towards embracing the honour of the Crown as a limit on Crown sovereignty in relation to Indigenous peoples (Mark D. Walters, "The Morality of Aboriginal Law" (2006), 31 *Queen's L.J.* 470, at pp. 513-14).

[71] *Haida Nation* established a new legal framework in which to understand the government's obligations towards Indigenous peoples, organized around the principle of the honour of the Crown (Jamie D. Dickson, *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada* (2015), at p. 116). This is the overarching framework in which the duty to consult, and the obligation to justify infringements, must now be understood. Under the *Sparrow* analysis, government conduct could always be scrutinized for consistency with the honour of the Crown, including the duty of consultation, irrespective of whether that conduct was executive or legislative in nature. No longer confined to the justification context, the duty to consult

approche qui conclurait que chaque « prise » effectuée subséquemment par la Couronne serait une atteinte aux droits issus de traités des Mikisew, qui devrait être justifiée conformément au test énoncé dans l'arrêt *Sparrow* : par. 31-32. Il a plutôt conclu que lorsque la mesure envisagée par la Couronne est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits issus de traités, l'obligation de consulter devient applicable : par. 34. Même si la « prise » était clairement prévue par le traité, la Couronne était tenue de gérer le processus de façon honorable : par. 31 et 33.

[70] Dans cette trilogie de décisions, la Cour a confirmé que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les groupes autochtones prend naissance indépendamment de son obligation de justifier les atteintes aux droits ancestraux et issus de traités. Dans le contexte de l'obligation de consulter, la question décisive n'est pas de savoir si l'atteinte aux droits est justifiée, mais consiste plutôt à déterminer « ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » : *Nation haïda*, par. 45. En ce sens, la trilogie marque un changement en faveur de la conciliation de la souveraineté autochtone et de celle de la Couronne et contribue à percevoir l'honneur de la Couronne comme une limite à sa souveraineté dans le contexte de ses relations avec les peuples autochtones : Mark D. Walters, « The Morality of Aboriginal Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 470, p. 513-514.

[71] L'arrêt *Nation haïda* a établi un nouveau cadre juridique pour nous permettre de comprendre les obligations du gouvernement envers les peuples autochtones, articulées autour du principe de l'honneur de la Couronne : Jamie D. Dickson, *The Honour and Dishonour of the Crown : Making Sense of Aboriginal Law in Canada* (2015), p. 116. Il s'agit du cadre fondamental dans lequel l'obligation de consulter, et l'obligation de justifier les atteintes, doivent désormais être interprétées. Suivant le cadre d'analyse établi par l'arrêt *Sparrow*, la mesure gouvernementale pourrait toujours être scrutée pour déterminer si elle est compatible avec l'honneur de la Couronne, y compris l'obligation de consulter, peu importe que cette mesure ait été de nature exécutive

now forms “part of the essential legal framework” of Aboriginal law in Canada (*Little Salmon/Carmacks*, at para. 69). Like the *Sparrow* inquiry, the duty to consult doctrine infuses the field of governmental action, requiring consultation wherever the potential for adverse effects on claimed or established s. 35 rights arises.

[72] Subsequent appeals have reinforced this expansive understanding of the duty to consult. In *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, McLachlin C.J. reiterated the “generous, purposive approach” that applies to the duty to consult (para. 43). “[G]overnment action” triggering the duty was not confined to the exercise of statutory powers. Further, it included “strategic, higher level decisions” that could have an impact on Aboriginal rights or claims (*Carrier Sekani*, at para. 44, citing Jack Woodward, *Native Law* (loose-leaf), vol. 1, at p. 5-41). As McLachlin C.J. explained, high-level management decisions or structural changes to resource management may set the stage for future decisions that will have a direct adverse impact on lands and resources, and leave Aboriginal groups with a lost or diminished constitutional right to have their interests considered (*Carrier Sekani*, at para. 47). This is itself an adverse impact sufficient to trigger the *Haida Nation* duty to consult and accommodate.

[73] More recently, in *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1069, and the companion case *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Court considered whether an administrative scheme, namely the National Energy Board’s approval process, could trigger a duty to consult. Noting that the Board was the “vehicle through which the Crown acts”, the Court held

ou législative. N’étant plus limitée au contexte de la justification, l’obligation de consulter fait désormais « partie du cadre juridique essentiel » du droit des Autochtones au Canada : *Little Salmon/Carmacks*, par. 69. À l’instar de l’analyse préconisée dans *Sparrow*, la doctrine de l’obligation de consulter imprègne la sphère des mesures gouvernementales, exigeant une consultation chaque fois que ces mesures sont susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis protégés par l’art. 35.

[72] Des pourvois subséquents ont renforcé cette interprétation élargie de l’obligation de consulter. Dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, la juge en chef McLachlin a réitéré que c’est « l’approche généreuse et téléologique » qui s’applique à l’obligation de consulter : par. 43. La « mesure gouvernementale » qui donne naissance à l’obligation n’était pas limitée à l’exercice de pouvoirs conférés par la loi. En outre, elle comprenait toute [TRADUCTION] « décision stratégique prise en haut lieu » qui était susceptible d’avoir un effet sur des droits ancestraux ou des revendications autochtones : *Carrier Sekani*, par. 44, citant Jack Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-41. Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué, les décisions prises en haut lieu ou les modifications structurelles apportées à la gestion des ressources peuvent ouvrir la voie à d’autres décisions qui auront un effet préjudiciable direct sur les terres et les ressources et peuvent faire en sorte que les groupes autochtones soient dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération : *Carrier Sekani*, par. 47. Il s’agit là même d’un effet préjudiciable qui suffit à déclencher l’obligation de consulter et d’accommoder reconnue par *Nation haïda*.

[73] Plus récemment, dans l’arrêt *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1069, et le pourvoi connexe *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1099, la Cour a examiné si un régime administratif, à savoir le processus d’approbation de l’Office national de l’énergie, pouvait donner naissance à l’obligation de consulter. Indiquant que l’Office est le « moyen par lequel la Couronne agit »,

that its decisions would constitute Crown conduct that implicated the duty to consult (*Clyde River*, at para. 29; *Chippewas*, at para. 29). The Crown cannot avoid its duty to consult, or the honour of the Crown, by delegating decision-making power to a tribunal established by Parliament.

[74] But I do not see this extension of the duty to consult into the administrative context as a *rejection* of its application in other aspects of the government's relationship with Indigenous peoples, especially since that question was expressly left open by this Court (*Carrier Sekani*, at para. 44; see also *Clyde River*, at para. 28). In *Clyde River*, the Court reiterated that relevant Crown conduct was to be defined based not on its form, but on its potential for adverse impacts, at para. 25:

Crown conduct which would trigger the duty is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The concern is for adverse impacts, however made, upon Aboriginal and treaty rights and, indeed, a goal of consultation is to identify, minimize and address adverse impacts where possible (*Carrier Sekani*, at paras. 45-46). [Emphasis added.]

[75] Although the law of judicial review, which applies to the exercise of statutory powers or the royal prerogative, is often implicated in consultation cases, the duty to consult itself attaches to all exercises of Crown power, including legislative action.

[76] *Haida Nation* and *Sparrow* provide distinctive analyses based not on the type of government action at issue, but on the nature of the engagement with s. 35 rights. *Sparrow* provides a framework for determining whether government action, including the exercise of legislative or executive authority, constitutes an infringement of s. 35 rights, and whether that

la Cour a conclu que ses décisions constitueraient une mesure de la Couronne emportant l'obligation de consulter : *Clyde River*, par. 29; *Chippewas*, par. 29. Ainsi, la Couronne ne peut se soustraire ni à son obligation de consulter ni à l'honneur de la Couronne, en déléguant ses pouvoirs décisionnels à un tribunal établi par le Parlement.

[74] Je ne vois toutefois pas cet élargissement du champ d'application de l'obligation de consulter dans le contexte administratif comme un *rejet* de son application dans d'autres aspects des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, d'autant plus que la Cour s'est expressément abstenue de se prononcer sur cette question : *Carrier Sekani*, par. 44; voir également *Clyde River*, par. 28. Dans *Clyde River*, par. 25, la Cour a réitéré que les mesures pertinentes prises par la Couronne devaient être définies non pas selon leur forme, mais selon les effets préjudiciables qu'elles peuvent causer :

Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l'obligation de consulter ne se limitent pas à l'exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. Il faut se demander si la mesure a des effets préjudiciables, quelle qu'en soit la cause, sur des droits ancestraux ou issus de traités. D'ailleurs, un des objectifs de la consultation consiste à cerner les effets préjudiciables, à les réduire au minimum et à y remédier si possible (*Carrier Sekani*, par. 45-46). [Je souligne.]

[75] Bien que le droit régissant le contrôle judiciaire, qui s'applique à l'exercice de pouvoirs législatifs ou de la prérogative royale, soit souvent en cause dans des affaires de consultation, l'obligation de consulter elle-même se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives.

[76] Les arrêts *Nation haïda* et *Sparrow* fournissent des analyses distinctes non pas selon le genre de mesure gouvernementale en litige, mais selon la nature de l'intervention dans les droits garantis par l'art. 35. L'arrêt *Sparrow* établit un cadre d'analyse pour déterminer si la mesure gouvernementale, y compris l'exercice d'un pouvoir législatif ou

infringement can be justified. *Haida Nation*, on the other hand, obliges the government to consult when it contemplates action that has the potential to adversely affect those same rights and claims. Together, these complementary obligations ensure that the honour of the Crown is upheld throughout all actions which engage its special relationship with Aboriginal peoples. The government has both the obligation to consult, and the obligation to justify infringements — neither duty takes away from the other, and each can be owed and breached independently.

[77] The coextensive nature of these two duties was confirmed in *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257 (per McLachlin C.J.). As this case makes clear, the procedural duty to consult applies *in addition to* the government's substantive obligation to act in a way that is consistent with Aboriginal and treaty rights guaranteed by s. 35 (para. 80). To justify an infringement, the Crown must demonstrate that it complied with its procedural duty at the time that the action was contemplated, that the infringement is backed by a compelling and substantial objective, and that the public benefit achieved is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest (*Tsilhqot'in*, at para. 125). The same analysis applies whether the infringing action is legislative or executive in nature (paras. 77 and 125).

[78] Because the rationale for the duty to consult applies equally as in the executive context, it would make little sense to adopt a different analytical approach where legislative action is impugned. Ongoing consultation is preferable to the backward-looking approach of subsequent challenges, since it protects s. 35 rights from irreversible harm and enhances reconciliation. Most importantly, this approach recognizes that the legislative sphere is not excluded from the honour of the Crown, which attaches to all exercises of sovereignty. Both grounded in the honour of the Crown, the *Haida Nation* and *Sparrow* frameworks cover all arenas of decision-making equally, providing for consultation where the

exécutif, constitue une atteinte aux droits protégés par l'art. 35, et si cette atteinte peut être justifiée. L'arrêt *Nation haïda*, en revanche, oblige le gouvernement à consulter lorsqu'il envisage une mesure qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces mêmes droits et revendications. Ensemble, ces obligations complémentaires veillent à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé dans l'ensemble des mesures qui font intervenir sa relation particulière avec les peuples autochtones. Le gouvernement a à la fois l'obligation de consulter et l'obligation de justifier les atteintes — aucune obligation n'enlève quoi que ce soit à l'autre, et l'existence de l'une ainsi que le manquement qui peut en découler ne dépendent pas de l'autre.

[77] L'existence conjointe de ces deux obligations a été confirmée par l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257 (la juge en chef McLachlin). Comme il y est clairement indiqué, l'obligation procédurale de consulter s'applique *en plus de* l'obligation substantielle qui incombe au gouvernement d'agir en conformité avec les droits ancestraux et issus de traités protégés par l'art. 35 : par. 80. Pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale au moment où la mesure était envisagée, que l'atteinte poursuit un objectif impérieux et réel, et que l'avantage qu'en retire le public est proportionnel à tout effet préjudiciable de la mesure sur l'intérêt autochtone : *Tsilhqot'in*, par. 125. La même analyse s'applique, que la mesure soit de nature législative ou exécutive : par. 77 et 125.

[78] Puisque le fondement même de l'obligation de consulter s'applique aussi bien en contexte exécutif qu'en contexte législatif, il ne serait pas logique d'adopter une approche analytique différente lorsqu'une mesure législative est contestée. Il est préférable de mener des consultations tout au long du processus plutôt que d'adopter l'approche qui consisterait à contester la mesure après coup, puisque la consultation protège les droits garantis par l'art. 35 d'un préjudice irréparable et favorise la réconciliation. Plus important encore, cette façon de faire reconnaît que la sphère législative n'échappe pas au principe de l'honneur de la Couronne, qui se rattache à tout exercice de la souveraineté. Tous deux ancrés

potential for adverse effects arises, and the obligation to provide justification where infringements result. To revive a pre-*Haida Nation* state of affairs in this context would essentially extinguish the honour of the Crown in the legislative process by conflating the government's duty to consult with its distinct obligation to justify infringements.

[79] Endorsing such a void in the honour of the Crown would also leave a corresponding gap in the s. 35 framework. *Haida Nation* provides consultation remedies on a reduced threshold, based on the potential for adverse effects on a claimed or asserted right. If legislative decisions were only subject to the *Sparrow* framework, Indigenous groups with established rights would be required to meet the more onerous infringement threshold in order to access consultation rights, and those with unproven claims would be excluded entirely. Adverse effects which do not rise to the level of a *prima facie* infringement would be without remedy, leaving Aboriginal rights-holders vulnerable to the same government objectives carried out through legislative, rather than executive, action.

[80] This result would be contrary to the spirit of the Court's decision in *Haida Nation* and would sit uncomfortably with the approach adopted in *Mikisew Cree*. Where the government takes up land under Treaty No. 8, it is not appropriate to move directly to a *Sparrow* analysis; the court must first consider whether the process was compatible with the honour of the Crown (*Mikisew Cree*, at paras. 57 and 59). Action which would adversely affect the Mikisew's guaranteed rights to hunt, fish, and trap, triggers a duty to consult, whether or not an infringement results (para. 34). The underlying premise of the decision in *Mikisew Cree* would be frustrated if the same action could be carried out through legislation

dans le principe de l'honneur de la Couronne, les cadres d'analyse établis par les arrêts *Nation haïda* et *Sparrow* englobent tous les champs du processus décisionnel également, exigeant une consultation dès l'existence potentielle d'effets préjudiciables et l'obligation de justifier toute atteinte qui pourrait en découler. Rétablir la situation qui existait avant l'arrêt *Nation haïda* dans ce contexte reviendrait essentiellement à soustraire le processus législatif de l'application du principe de l'honneur de la Couronne en confondant l'obligation de consulter du gouvernement avec son obligation distincte de justifier les atteintes.

[79] Approuver une telle lacune dans le principe de l'honneur de la Couronne laisserait également un vide dans le cadre d'analyse régissant l'art. 35. L'arrêt *Nation haïda* donne ouverture à des mesures de consultation après l'atteinte d'un seuil réduit, en fonction de l'existence potentielle d'effets préjudiciables sur un droit revendiqué ou établi. Si les décisions législatives étaient uniquement assujetties au cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, les groupes autochtones ayant des droits établis seraient tenus de satisfaire au critère d'atteinte le plus sévère pour exercer leurs droits d'être consultés, et ceux dont les revendications ne sont pas établies seraient totalement exclus. Les effets préjudiciables qui ne s'élèveraient pas au rang d'atteinte *prima facie* ne pourraient être redressés, laissant les titulaires de droits ancestraux vulnérables aux mêmes objectifs gouvernementaux réalisés grâce à des mesures législatives plutôt qu'exécutives.

[80] Ce résultat serait contraire à l'esprit de l'arrêt *Nation haïda* de la Cour et cadrerait difficilement avec l'approche adoptée dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*. Lorsque le gouvernement prend des terres en application du Traité n° 8, il ne convient pas de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*; le tribunal doit d'abord examiner si le processus était compatible avec l'honneur de la Couronne : *Première nation crie Mikisew*, par. 57 et 59. Une mesure qui aurait un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage garantis aux Mikisew déclencherait l'obligation de consulter, peu importe qu'il y ait eu atteinte ou pas : par. 34. La prémisse qui sous-tend la décision dans

without consultation. Notably, while *Mikisew Cree* dealt with the “taking up” clause, Treaty No. 8 similarly subjects the Mikisew’s treaty rights to “such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty”. This process, too, must be carried out with honour.

[81] As this discussion reveals, there is no doctrinal or conceptual justification which would preclude a duty to consult in the legislative context. But this appeal calls on this Court to consider whether and how the principles of parliamentary sovereignty and privilege constrain the justiciability of the duty to consult when applied to legislative action.

[82] Parliamentary sovereignty invokes the concept that Parliament has the power to make or unmake any law whatever (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 12-1). Parliamentary privilege or immunity describes the set of powers and privileges possessed by the federal Houses of Parliament and provincial legislative assemblies that are necessary to their capacity to function as legislative bodies (Hogg, at p. 1-13).

[83] I do not share the view of my colleagues that the separation of powers and parliamentary privilege necessarily immunize the law-making process from judicial scrutiny to assess adequate consultation with Indigenous peoples. The government’s obligation to consult on the enactment of legislation which regulates Aboriginal rights has been considered a justiciable issue since the Court’s decision in *Sparrow* first identified consultation as a relevant marker of justification. With respect, it is difficult to see how assessing consultation under the *Sparrow* justification analysis would not similarly offend these principles. And I fail to see how these principles would preclude enforcing the duty to consult under s. 35, but not modern treaty provisions implemented by

Première nation crie Mikisew serait contrecarrée si la même mesure pouvait être exécutée au moyen d’une loi sans consultation. Fait à noter, bien que l’arrêt *Première nation crie Mikisew* portait sur la disposition régissant la « prise », le Traité n° 8 assujettit de la même façon les droits issus de traités des Mikisew à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté ». Ce processus doit également être exécuté avec honneur.

[81] Comme le révèle la présente analyse, il n’existe aucune justification, sur les plans tant doctrinal que conceptuel, qui exclurait l’obligation de consulter dans le contexte législatif. Le présent appel invite toutefois la Cour à examiner si et comment les principes de la souveraineté parlementaire et du privilège parlementaire restreignent le pouvoir des cours de justice de faire respecter l’obligation de consulter lorsqu’elle est appliquée à la prise de mesures législatives.

[82] La souveraineté parlementaire fait appel au concept selon lequel le Parlement détient le pouvoir d’adopter et d’abroger quelque loi que ce soit : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 12-1. Le privilège ou l’immunité parlementaire décrit l’ensemble des pouvoirs et privilèges dont jouissent les chambres du Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales qui sont nécessaires pour qu’elles puissent fonctionner comme entités législatives : Hogg, p. 1-13.

[83] Je ne partage pas l’opinion de mes collègues selon laquelle la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire immunisent nécessairement le processus législatif contre le contrôle judiciaire qui viserait à évaluer s’il y a eu une consultation adéquate des peuples autochtones. L’obligation du gouvernement de consulter lorsqu’il édicte des lois qui réglementent des droits ancestraux est considérée comme une question que les tribunaux sont appelés à faire respecter depuis que la Cour, dans l’arrêt *Sparrow*, a reconnu pour la première fois que la consultation est un indicateur pertinent de la justification. À mon avis, il est difficile de voir comment le fait d’évaluer la consultation dans le cadre de l’analyse de la justification préconisée par

legislation which provide for Crown consultation with First Nations in respect of legislative developments and amendments.⁴

[84] It seems to me that the issues in this appeal require this Court to reconcile, not choose between, protecting the legislative process from judicial interference and protecting Aboriginal rights from the legislative process. As my colleagues explain, the concepts of parliamentary sovereignty and parliamentary privilege are central to ensuring that the legislative branch of government is able to do its work without undue interference (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 28-29; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 41; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389). But these concepts cannot displace the honour of the Crown. The jurisprudence makes clear that the right of Aboriginal groups to be consulted on decisions that may adversely affect their interests is not merely political, but a legal right with constitutional force (*Haida Nation*, at paras. 10 and 34; *Sparrow*, at pp. 1103-4). I do not accept an approach that replaces an enforceable legal right to consultation, with a vague and unenforceable right to “honourable dealing”. The duty to consult is not a *suggestion* to consult, it is a duty, just as the honour of the Crown is not a mere “incantation” or aspirational goal (*Haida Nation*, at para. 16).

[85] There is no doubt that the honour of the Crown and the corresponding duty to consult may have an impact on the legislative process. But that is

⁴ Factum of the Joint Intervenors, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

l'arrêt *Sparrow* ne contreviendrait pas de la même façon à ces principes. Je ne vois en outre pas comment ces principes compromettraient l'application de l'obligation de consulter consacrée à l'art. 35, mais pas les dispositions des traités modernes mis en œuvre par une loi qui prévoit que la Couronne doit consulter les Premières Nations lorsqu'elle élabore et modifie des lois⁴.

[84] Il me semble que les questions soulevées par le présent appel exigent que la Cour concilie la protection du processus législatif de l'interférence des tribunaux et celle des droits des Autochtones du processus législatif, plutôt que de choisir entre elles. Comme l'expliquent mes collègues, les concepts de souveraineté et de privilège parlementaires sont fondamentaux pour assurer que la branche législative du gouvernement est en mesure de s'acquitter de son travail sans interférence indue : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28-29; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 41; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389. Ces concepts ne peuvent toutefois pas supplanter le principe de l'honneur de la Couronne. La jurisprudence indique clairement que le droit des groupes autochtones d'être consultés quant aux décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts n'est pas simplement politique. Il s'agit d'un droit juridique ayant force constitutionnelle : *Nation haïda*, par. 10 et 34; *Sparrow*, p. 1103-1104. Je ne saurais accepter une approche qui remplace un droit juridique exécutoire d'être consulté par le droit vague et non exécutoire à ce que le gouvernement « se conduise honorablement ». L'obligation de consulter n'est pas une *suggestion* de consulter, il s'agit d'une obligation, tout comme l'honneur de la Couronne n'est pas simplement une « belle formule » ou un objectif ambitieux : *Nation haïda*, par. 16.

[85] Il ne fait aucun doute que l'honneur de la Couronne et l'obligation correspondante de consulter peuvent avoir une incidence sur le processus

⁴ Mémoire des intervenants conjoints, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, et First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

inevitable if the guarantee under s. 35 is to be taken seriously. Adjustments to the legislative process cannot justify the erasure of constitutionally mandated rights. Indeed, there would be little point in having a constitution if legislatures could proceed as if it did not exist when expedient.

[86] In *Sparrow*, the Court found it impossible to conceive of s. 35 as anything *other than* a constitutional limit on the exercise of parliamentary sovereignty (p. 1109). It seems to me quite ironic that parliamentary sovereignty would now be used as a shield to *prevent* the Mikisew’s claim for consultation. With respect, such an approach reactivates the happily silenced spirit of *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), where Aboriginal rights were “dependent upon the good will of the Sovereign” (p. 54).

[87] The fact that these rights are political in implication does not detract from their enforceability in law, but highlights their essential role in reconciling Aboriginal and Crown sovereignty. Our Constitution places a responsibility on the executive and legislative branches, along with Indigenous leaders, to collaborate and reconcile competing claims and historical grievances (Dickson, at p. 146). This has been described as a generative constitutional order, which “mandates the Crown to negotiate with Aboriginal peoples for the recognition of their rights in a contemporary form that balances their needs with the interests of the broader society” (Brian Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436; *Carrier Sekani*, at para. 38). This process is supported by the judiciary’s role in enforcing the honour of the Crown, and holding the Crown accountable where that standard is not met. Unilateral action is the very antithesis of honour and reconciliation, concepts which underlie both the duty to consult and the very premise of modern Aboriginal law (*Mitchell*, at para. 11).

législatif. Cela est toutefois inévitable si l’on veut prendre au sérieux la garantie prévue à l’art. 35. La nécessité d’ajuster le processus législatif ne peut justifier l’effacement des droits garantis par la Constitution. En effet, il ne servirait à rien d’avoir une constitution si les assemblées législatives pouvaient procéder comme si elle n’existait pas lorsque c’est opportun.

[86] Dans l’arrêt *Sparrow*, la Cour a jugé impossible de concevoir l’art. 35 comme *autre chose qu’une* limite constitutionnelle à l’exercice de la souveraineté parlementaire : p. 1109. Il me semble plutôt ironique que le principe de la souveraineté parlementaire soit désormais utilisé comme bouclier pour *bloquer* la revendication des Mikisew de leur droit d’être consultés. À mon avis, une telle approche ranime l’esprit heureusement réprimé de la décision *St. Catherine’s Milling et Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), dans laquelle les droits ancestraux [TRADUCTION] « dépendaient du bon vouloir du souverain » : p. 54.

[87] Le fait que ces droits ont une incidence politique n’enlève rien à leur force exécutoire en droit. Cela met plutôt en relief leur rôle essentiel pour concilier la souveraineté autochtone et celle de la Couronne. Suivant notre Constitution, il incombe aux pouvoirs exécutif et législatif, ainsi qu’aux dirigeants autochtones, de collaborer et de concilier les revendications opposées et les griefs historiques : Dickson, p. 146. Il s’agit de ce qu’on a appelé l’ordre constitutionnel génératif, qui [TRADUCTION] « requiert que la Couronne négocie avec les peuples autochtones pour que leurs droits soient reconnus dans leur état actuel, qui met en balance leurs besoins, d’une part, et les intérêts de la société en général, d’autre part » : Brian Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436; *Carrier Sekani*, par. 38. Ce processus est soutenu par le pouvoir judiciaire, qui a comme rôle de faire respecter l’honneur de la Couronne et de tenir celle-ci responsable lorsque cette norme n’est pas respectée. La mesure prise unilatéralement est l’antithèse même des principes d’honneur et de réconciliation, qui sous-tendent tant l’obligation de consulter que le fondement même du droit moderne des Autochtones : *Mitchell*, par. 11.

[88] Cases which advocate against intrusion into the parliamentary process must therefore be read in the context of a duty that is not only a constitutional imperative, but a recognition of the limits of Crown sovereignty itself. The unique nature of s. 35 means that its limits can be distinguished from cases which considered the impact of other rights and obligations on parliamentary sovereignty. In *New Brunswick Broadcasting Co.*, broadcasting companies had challenged the Nova Scotia House of Assembly's ban on television cameras as being contrary to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects freedom of the press and other media communication. McLachlin J. was of the view that the reallocation of powers effected by the *Charter* did not go to the extreme of removing the legislature's inherent constitutional right to exclude strangers from its chamber (p. 389). However, while the *Charter* defines a sphere of rights for individuals that are protected from state action, the majority of the Constitution, including s. 35, allocates power between governing entities, such as the division of powers between the provincial and federal governments, or the separation of powers between the branches of government. In the same way, s. 35 defines the relationship between the sovereignty of the Crown and the "aboriginal peoples of Canada", mandating a process of reconciliation between the Crown and Indigenous groups.

[89] Similarly, in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40 (per Major J.), the issue was whether the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, provided any due-process protections for veterans when Parliament enacted legislation to make interest debt unenforceable. Major J. noted that "parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent" (para. 37). But the relevance of this decision is necessarily limited by its context as a *Bill of Rights* case, which, unlike the *Constitution Act, 1982*, applies only to enacted legislation. As well, Major J.'s

[88] Les décisions qui préconisent une protection contre l'ingérence dans le processus parlementaire doivent donc être interprétées dans le contexte d'une obligation qui ne constitue pas seulement un impératif constitutionnel, mais qui consiste en une reconnaissance des limites de la souveraineté de la Couronne elle-même. La nature unique de l'art. 35 signifie que l'on peut établir une distinction entre ses limites et les décisions qui ont examiné les effets d'autres droits et obligations sur la souveraineté parlementaire. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, des sociétés de radiodiffusion ont contesté l'interdiction des caméras de télévision imposée par l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse en faisant valoir qu'elle était contraire à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège la liberté de la presse et des autres moyens de communication. La juge McLachlin était d'avis que la réaffectation des pouvoirs occasionnée par la *Charte* n'allait pas jusqu'à éliminer le droit constitutionnel inhérent du Parlement d'exclure les étrangers de son enceinte : p. 389. Toutefois, bien que la *Charte* définisse un ensemble de droits individuels qui sont protégés contre les mesures de l'État, la majeure partie de la Constitution, y compris l'art. 35, répartit les pouvoirs entre les entités gouvernantes, comme la séparation des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux, ou la séparation des pouvoirs entre les différentes branches de l'État. De la même façon, l'art. 35 définit la relation entre la souveraineté de la Couronne et les « peuples autochtones du Canada », qui exige de concilier les intérêts de la Couronne et ceux des groupes autochtones.

[89] De même, dans l'arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40 (le juge Major), la question consistait à savoir si la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, prévoyait des garanties d'application régulière de la loi aux anciens combattants lorsque le législateur a édicté la loi pour rendre une créance d'intérêts inexécutoire. Le juge Major a fait remarquer que selon la « tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale » : par. 37. Mais la pertinence de cette décision est forcément

concern that the interpretation of the *Bill of Rights* urged by the applicants “would effectively amend the Canadian constitution” (para. 41) is less compelling in the s. 35 context, where the limitations do in fact result from a constitutional amendment. Further, as s. 35 makes clear, it is inappropriate to equate Aboriginal peoples with “any citizen of Canada”, particularly when considering the procedural rights owed under the Constitution.

[90] In fact, other cases specifically contemplate the imposition of constitutional norms on the legislative process. For example, *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, relied on in *Authorson*, noted that the self-definitional nature of legislative procedure is “subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription” (p. 785). And *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, which articulates a strong protection for the formulation and introduction of a Bill against court intervention, specifically leaves aside the issue of review under the *Charter* where a guaranteed right could be affected (p. 559). As discussed above, although *New Brunswick Broadcasting Co.* suggests that procedural requirements will not readily be imposed in the *Charter* context, I am doubtful as to whether that reasoning is compelling when faced with a constitutional imperative under s. 35.

[91] While the judiciary must respect the separate roles of each institution in our constitutional order, its own role is to maintain the rule of law and protect the rights guaranteed by the Constitution (*Criminal Lawyers’ Association*, at paras. 28-29; *New Brunswick Broadcasting Co.*, at p. 389). It would be a mistake, in my respectful view, to interpret parliamentary sovereignty in a way that eradicates the obligations under the honour of the Crown that arose

limitée par son contexte, soit la *Déclaration canadienne des droits*, qui, contrairement à la *Loi constitutionnelle de 1982*, s’applique uniquement aux lois édictées. De plus, la préoccupation du juge Major selon laquelle l’interprétation de la *Déclaration canadienne des droits* préconisée par les demandeurs « modifierait la Constitution canadienne » (par. 41) est moins convaincante dans le contexte de l’art. 35, où les restrictions découlent de fait d’une modification constitutionnelle. De plus, comme l’art. 35 l’indique clairement, il ne convient pas d’assimiler les peuples autochtones à « un citoyen canadien », particulièrement lorsqu’il est question des droits procéduraux prévus par la Constitution.

[90] En fait, d’autres décisions envisagent expressément l’imposition de normes constitutionnelles au processus législatif. Par exemple, dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, sur lequel est fondé l’arrêt *Authorson*, la Cour a indiqué que l’auto-définition de la procédure législative s’exerce « sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes » : p. 785. Et, dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, qui établit que la rédaction et le dépôt d’un projet de loi ne devraient absolument pas faire l’objet d’une intervention des tribunaux, la Cour ne traite expressément pas de la question de l’examen fondé sur la *Charte* lorsqu’il pourrait être porté atteinte à un droit garanti : p. 559. Comme je l’ai déjà dit, bien que l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* donne à penser que des exigences procédurales ne seront pas facilement imposées dans le contexte de la *Charte*, je doute que ce raisonnement soit convaincant en présence de l’impératif constitutionnel établi à l’art. 35.

[91] Bien que le pouvoir judiciaire doive respecter les rôles distincts de chaque institution dans notre ordre constitutionnel, son propre rôle consiste à veiller au respect du principe de la primauté du droit et à protéger les droits garantis par la Constitution : *Criminal Lawyers’ Association*, par. 28-29; *New Brunswick Broadcasting Co.*, p. 389. À mon avis, il serait erroné d’interpréter la souveraineté parlementaire de manière à écarter les obligations découlant de

at its assertion. Like all constitutional principles, parliamentary sovereignty must be balanced against other aspects of our constitutional order, including the duty to consult (Zachary Davis, “The Duty to Consult and Legislative Action” (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17, at pp. 21-22). “Sovereign will” alone does not itself indicate legitimacy in the context of a constitutional democracy characterized by competing values, rights, and obligations (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 61-63).

[92] Although parliamentary sovereignty cannot displace the honour of the Crown, its force as a constitutional principle must be given adequate weight to achieve an appropriate balance between these concepts. The flexibility inherent in the duty to consult doctrine should be used to account for the wider area of discretion that legislatures must be afforded in the legislative context. Since the content of the duty to consult depends heavily on the circumstances, I see no reason why the unique challenges raised in the legislative sphere cannot be addressed by the spectrum of consultation and accommodation duties that may arise (*Delgamuukw*, at para. 168; *Haida Nation*, at paras. 43-45). Commonly observed duties of consultation such as notice to affected parties and the opportunity to make submissions are hardly foreign to the law-making process. Further, not every legislative effort will attract a duty of consultation. The duty is only triggered where the Crown, with knowledge of the potential existence of the Aboriginal right or title in question, contemplates enacting legislation that might adversely affect it. These potential impacts must be sufficiently foreseeable and direct to engage the honour of the Crown.

[93] The procedure and scope of remedies available where the government breaches its duty to consult in the law-making process will also necessarily be limited by the constitutional balance between the judiciary and the legislature. On judicial review of

l’honneur de la Couronne qui ont pris naissance dès lors que la souveraineté a été proclamée. Comme tous les principes constitutionnels, la souveraineté parlementaire doit être mise en balance avec d’autres aspects de notre ordre constitutionnel, dont l’obligation de consulter : Zachary Davis, « The Duty to Consult and Legislative Action » (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17, p. 21-22. La « volonté souveraine » à elle seule n’atteste pas en soi de la légitimité dans le contexte d’une démocratie constitutionnelle caractérisée par des valeurs, des droits et des obligations opposés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 61-63.

[92] Même si la souveraineté parlementaire ne peut supplanter l’honneur de la Couronne, il importe de donner à sa force en tant que principe constitutionnel le poids qui convient afin d’atteindre un juste équilibre entre ces concepts. La souplesse inhérente à la doctrine de l’obligation de consulter devrait être utilisée pour tenir compte du pouvoir discrétionnaire plus large dont le législateur doit pouvoir jouir dans le contexte législatif. Puisque la portée de l’obligation de consulter est fortement tributaire des circonstances, je ne vois pas pourquoi l’éventail des obligations de consulter et d’accommoder qui peuvent prendre naissance ne suffit pas pour répondre aux difficultés singulières soulevées dans la sphère législative : *Delgamuukw*, par. 168; *Nation haïda*, par. 43-45. Des obligations de consulter vues couramment comme celle d’aviser les parties concernées et de leur donner l’occasion de présenter des observations ne sont pas étrangères au processus législatif. En outre, les mesures législatives ne vont pas toutes donner naissance à une obligation de consulter. Cette obligation est déclenchée uniquement lorsque la Couronne, ayant connaissance de l’existence potentielle du droit ou du titre ancestral en cause, envisage d’adopter une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre. Ces effets potentiels doivent être suffisamment prévisibles et directs pour engager l’honneur de la Couronne.

[93] La procédure applicable et l’étendue des mesures de réparation lorsque le gouvernement manque à son obligation de consulter dans le contexte du processus législatif seront forcément aussi limitées par la mise en balance constitutionnelle entre le

executive action, consultation challenges are often initiated prior to the decision being made, and common remedies include an order for consultation, appointment of a mediator, and ongoing court supervision (Newman, at p. 78; *Clyde River*, at para. 24). Conversely, in my view institutional constraints in the legislative context require that applicants challenge existing legislation. It would unduly interfere with the legislative process to allow direct challenges to a legislature's procedure prior to the enactment of legislation. Parliament has exclusive control over its own proceedings, which should be respected by the courts (*New Brunswick Broadcasting Co.*, at p. 386). While it is not the role of the courts to dictate the procedures legislatures adopt to fulfill their consultation obligations, they may consider whether the chosen process accords with the special relationship between the Crown and Indigenous peoples of Canada. This need not be any more onerous than the judicial oversight already conducted under the *Sparrow* justification inquiry.

[94] Challenging existing legislation on procedural grounds is not a novel proposition in Canadian law. In *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia*, [2016] 2 S.C.R. 407, rev'g (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223 (C.A.), the majority of the Court endorsed Donald J.A.'s approach to collective bargaining rights under s. 2(d) of the *Charter* in the British Columbia Court of Appeal that would permit courts to consider a lack of consultation in the legislative context. Donald J.A. in his dissent held that Parliament could not act unilaterally through legislation to amend employment terms without satisfying its constitutional obligations to engage in pre-legislative consultation as a substitute for collective bargaining under s. 2(d). Similar to the duty to consult in the Aboriginal context, freedom of association in the labour relations context guarantees the right to a meaningful process in which to pursue workplace goals (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 94; *Saskatchewan Federation*

pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Dans le cadre du contrôle judiciaire d'une mesure exécutive, les recours relatifs à la consultation sont souvent intentés avant que la décision soit prise, et les réparations habituelles comprennent notamment une ordonnance enjoignant à la Couronne de consulter, la nomination d'un médiateur et une supervision judiciaire continue : Newman, p. 78; *Clyde River*, par. 24. Inversement, à mon sens, les contraintes institutionnelles dans le contexte législatif exigent que les demandeurs contestent la loi existante. Autoriser les contestations directes de la procédure parlementaire avant l'adoption de la loi empiéterait indûment sur le processus législatif. Le Parlement a le contrôle exclusif de ses propres débats, qui doivent être respectés par les tribunaux : *New Brunswick Broadcasting Co.*, p. 386. Bien que les tribunaux n'aient pas le rôle de dicter les procédures que les législateurs doivent adopter pour respecter leur obligation de consulter, ils peuvent néanmoins examiner si le processus choisi concorde avec la relation particulière qu'entretient la Couronne avec les peuples autochtones du Canada. Cet exercice n'a pas à être plus exigeant que le contrôle judiciaire déjà effectué dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow*.

[94] Contester une loi existante sur le fondement de vices de procédure n'est pas nouveau en droit canadien. Dans l'arrêt *British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique*, [2016] 2 R.C.S. 407, inf. (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223 (C.A.), les juges majoritaires de la Cour ont approuvé la démarche suivie par le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique relativement au droit de négocier collectivement garanti par l'al. 2d) de la *Charte*, qui permettrait aux tribunaux de prendre en considération l'absence de consultation dans le contexte législatif. Dans sa dissidence, le juge Donald a conclu que le Parlement ne pouvait agir unilatéralement au moyen d'une mesure législative pour modifier des modalités d'emploi sans s'acquitter de ses obligations constitutionnelles de tenir une consultation antérieure à l'adoption de la loi comme substitut à la négociation collective protégée par l'al. 2d). Semblable à l'obligation de consulter dans le contexte autochtone, la liberté d'association en contexte de relations du travail garantit le droit à un processus de

of Labour v. Saskatchewan, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 53).

[95] In his reasons, Donald J.A. recognized that it made no difference to the employees' s. 2(d) rights whether the terms of employment were captured in a traditional collective agreement or through the passage of legislation (para. 287). Even in the legislative context, a *Charter* breach could be grounded in the government's failure to consult in good faith prior to enactment. Donald J.A. was alive to the responsibility of the courts to monitor and restrain government actions to maintain a check on power imbalance in the labour relations context. "[A]n obligation to consult in this context does not unduly restrict the Legislature any more than all the other rights and freedoms enumerated in the *Charter* restrict the Legislature" (para. 293). Nor does the honour of the Crown under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[96] However, this does not mean that a successful *Haida Nation* challenge will necessarily invalidate legislation. The duty to consult is about encouraging governments to consider their effects on Indigenous communities and consult proactively, and should not replace the *Sparrow* infringement test or become a means by which legislation is routinely struck down (see Newman, at p. 63). In this sense, the duty to consult differs from constitutional (and self-imposed) manner and form requirements, which are another accepted instance of court review of legislative processes (see e.g. *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425 (P.E.I.S.C.) (per Campbell C.J.)). Failure to comply with a manner and form requirement will result in the legislation being invalid, as there is "no doubt as to the binding character of the rules in the Constitution" (Hogg, at pp. 12-11, 12-18 and 12-19). However, the duty to consult is a constitutional obligation that must be satisfied, not a

négociation collective véritable permettant la réalisation d'objectifs liés au travail : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 94; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 53.

[95] Dans ses motifs, le juge Donald de la Cour d'appel a reconnu que le fait que les modalités d'emploi soient exprimées dans une convention collective traditionnelle ou au moyen de l'adoption d'une loi ne faisait aucune différence quant aux droits garantis aux employés par l'al. 2d) : par. 287. Même dans le contexte législatif, une violation de la *Charte* peut découler du défaut du gouvernement de consulter de bonne foi avant l'adoption de la loi. Le juge Donald était conscient de la responsabilité des tribunaux de surveiller et de restreindre les mesures gouvernementales afin de contrôler le déséquilibre des forces en contexte de relations du travail. [TRADUCTION] « [L]'obligation de consulter dans ce contexte ne restreint pas indûment le législateur, pas plus d'ailleurs que tous les autres droits et libertés protégés par la *Charte* ne restreignent le législateur » : par. 293. Il en est de même pour l'obligation qui incombe à la Couronne en application de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'agir honorablement.

[96] Toutefois, cela ne signifie pas qu'une contestation fondée sur l'arrêt *Nation haïda*, si elle était accueillie, invaliderait nécessairement la loi. L'obligation de consulter vise à encourager les gouvernements à tenir compte des effets des mesures qu'ils adoptent sur les collectivités autochtones et à consulter de façon proactive. Elle ne devrait pas remplacer le test de l'atteinte énoncé dans l'arrêt *Sparrow* ou devenir un moyen de routine pour invalider la loi : Newman, p. 63. En ce sens, l'obligation de consulter diffère des modalités et de la forme requises (et auto-imposées) en matière constitutionnelle, qui permettent également le contrôle judiciaire du processus législatif : voir, p. ex., *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Gallant c. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425 (C.S. Î.-P.-É.) (le juge en chef Campbell). Le défaut de se conformer à une modalité et à une forme requises entraîne l'invalidité de la loi, puisque [TRADUCTION] « le caractère exécutoire des règles dans la Constitution ne fait aucun

rule of procedure itself. The test is what will uphold the honour of the Crown and effect reconciliation in those circumstances (*Haida Nation*, at para. 45).

[97] Without ruling out the possibility that in certain cases legislation enacted in breach of the duty to consult could be struck down by the reviewing court, a declaration will generally be the appropriate remedy. Declaratory relief in these circumstances recognizes that the ultimate purpose of the duty to consult is reconciliation, which “is not a final legal remedy in the usual sense” (*Haida Nation*, at para. 32). In *Manitoba Metis Federation*, a declaration was issued to the effect that Canada did not act diligently to fulfill the specific obligation to the Métis contained in s. 31 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3. This constituted a failure of another specific obligation flowing from the honour of the Crown — the duty to purposively and diligently fulfill constitutional obligations (Dickson, at p. 116). Declarations are a narrow remedy that may be ordered whether or not consequential relief is available (*Manitoba Metis Federation*, at para. 143). In the legislative context, a declaration allows courts to shape the legal framework while respecting the constitutional role of another branch of government to act within those constraints (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 46-47).

[98] Therefore, an Indigenous group will be entitled to declaratory relief where the Crown has failed to consult during the process leading to the enactment of legislation that could adversely affect its interests. Such a remedy has the practical effect of clarifying what the obligations and rights of both parties are in their special relationship and process of reconciliation (*Mohawks of the Bay of Quinte v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

doute » : Hogg, p. 12-11, 12-18 et 12-19. Toutefois, l’obligation de consulter est une obligation constitutionnelle qu’il faut respecter, et non une règle de procédure en soi. Le test consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts dans ces circonstances : *Nation haïda*, par. 45.

[97] Sans écarter la possibilité que, dans certains cas, une loi adoptée en violation de l’obligation de consulter puisse être invalidée par une cour de révision, la mesure de redressement généralement appropriée prendra la forme d’une déclaration. Le jugement déclaratoire dans ces circonstances reconnaît que l’objectif fondamental de l’obligation de consulter est la conciliation, qui « ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme » : *Nation haïda*, par. 32. Dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, la Cour a prononcé un jugement déclarant que le Canada n’avait pas agi avec diligence dans l’exécution de l’obligation précise envers les Métis prévue à l’art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3. Ce défaut a entraîné un manquement à une autre obligation précise découlant de l’honneur de la Couronne — l’obligation de s’acquitter de ses obligations constitutionnelles de façon téléologique et avec diligence : Dickson, p. 116. Les jugements déclaratoires constituent une réparation d’une portée restreinte, qui peut être ordonnée, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée : *Manitoba Metis Federation*, par. 143. En contexte législatif, le jugement déclaratoire permet aux tribunaux de façonner le cadre juridique tout en respectant le rôle constitutionnel d’une autre branche de l’État d’agir à l’intérieur de ces limites : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46-47.

[98] Par conséquent, un groupe autochtone a droit à un jugement déclaratoire si la Couronne ne l’a pas consulté durant le processus menant à l’édiction d’une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ses intérêts. Une mesure de redressement de ce type a l’effet concret de clarifier quels sont les obligations et les droits des deux parties dans le contexte de leur relation particulière et du processus de conciliation : *Mohawks of the Bay of Quinte c. Ministre*

Development) (2013), 434 F.T.R. 241, at para. 61 (per Rennie J.)).

I. Disposition

[99] Since the Federal Court lacked jurisdiction to consider a judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, the appeal should be dismissed.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[100] This appeal presents two issues. First, does the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, authorize judicial review of the impugned conduct which underlies Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review? And, secondly, does the impugned conduct in this case trigger the duty to consult?

[101] I would answer both questions in the negative. I agree with the reasons of the majority of the Federal Court of Appeal (2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298). Sections 2(1), 2(2) and 18.1 of the *Federal Courts Act* preclude judicial review of the development, drafting or introduction of the omnibus bills. Ministers of the Crown engaged in the development, drafting or introduction of legislation are acting as legislators empowered by Part IV of the *Constitution Act, 1867*. They are not a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of the *Federal Courts Act* and are, therefore, not subject to judicial review when acting in that capacity.

[102] Further, the separation of powers and parliamentary privilege apply to parliamentary proceedings and to the process leading to the introduction of a bill in the House of Commons. The development, drafting and introduction of the omnibus bills are immune from judicial interference. In addition, none

des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2013 CF 669, par. 61 (CanLII) (le juge Rennie).

I. Dispositif

[99] Puisque la Cour fédérale n’avait pas compétence pour examiner la demande de contrôle judiciaire fondée sur les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[100] Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, autorise-t-elle le contrôle judiciaire de la conduite contestée qui sous-tend la demande d’un tel contrôle présentée par la Mikisew Cree First Nation (ci-après la « Première Nation crie Mikisew »)? Et, deuxièmement, la conduite contestée en l’espèce donne-t-elle naissance à l’obligation de consulter?

[101] Je répondrais à ces deux questions par la négative. Je souscris aux motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale : 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298. Les paragraphes 2(1) et 2(2) ainsi que l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* empêchent le contrôle judiciaire de l’élaboration, de la rédaction ou du dépôt des projets de loi omnibus. Lorsque les ministres de la Couronne participent à l’élaboration, à la rédaction ou au dépôt d’un projet de loi, ils agissent à titre de législateurs et tirent leur pouvoir de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non pas à titre de « office fédéral » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les décisions prises par les ministres lorsqu’ils s’acquittent de leurs fonctions législatives ne peuvent donc pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire.

[102] De plus, les principes de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire s’appliquent aux activités parlementaires ainsi qu’au processus menant au dépôt d’un projet de loi à la Chambre des communes. L’élaboration, la rédaction et le dépôt des projets de loi omnibus sont ainsi à l’abri

of the actions taken in relation to the development, drafting and introduction of the omnibus bills can be characterized as “Crown conduct” which triggers the duty to consult. In this case, the impugned conduct is, in its entirety, an exercise of legislative power (that is, part of the law-making process) and is therefore not executive conduct, to which the duty to consult applies.

[103] While my colleague Karakatsanis J. appears to accept that parliamentary privilege and the separation of powers preclude judicial imposition of the duty to consult (paras. 2 and 38-50), her conclusions are, with respect, less than categorical on this point (para. 2: “courts should *exercise restraint*”; paras. 2, 32 and 41: “the duty to consult doctrine is *ill-suited*”; para. 29: “whether the duty to consult is *the appropriate means*”; para. 32: “courts should *forebear* from intervening in the law-making process”; para. 35: “this *reluctance* to supervise the law-making process”; para. 38: “an *inappropriate* constraint”; para. 40: “an *enormously difficult* task” (emphasis added throughout)). For the reasons which follow (under the heading “II. C. The Development, Introduction, Consideration and Enactment of Bills Is Not ‘Crown Conduct’ Triggering the Duty to Consult”), whether a court may impose a duty to consult upon the process by which legislative power is exercised is not a question of mere “restraint”, “forbearance”, “reluctance”, or of deciding whether imposing a duty to consult would be an “ill-suited” or “inappropriate” constraint upon that exercise of power. Rather, it is a question of constitutionality going to the limits of judicial power, which should receive from a majority of this Court a clear and constitutionally correct answer.

[104] My colleague would, however, go further, raising — and then leaving open — the possibility that legislation which does not infringe s. 35 rights but may “adversely affect” them, might be found to

d’interventions judiciaires. En outre, aucune des actions menées dans le contexte de l’élaboration, de la rédaction et du dépôt des projets de loi omnibus ne peut être considérée comme une « conduite de la Couronne » donnant naissance à l’obligation de consulter. En l’espèce, la conduite contestée relève entièrement de l’exercice du pouvoir législatif (c’est-à-dire qu’elle fait partie intégrante du processus législatif) et ne constitue donc pas une conduite de l’exécutif à laquelle s’applique l’obligation de consulter.

[103] Ma collègue la juge Karakatsanis semble convenir que le privilège parlementaire et la séparation des pouvoirs empêchent les cours de justice d’imposer l’obligation de consulter : par. 2 et 38-50. J’estime en tout respect que ses conclusions sont loin d’être catégoriques à cet égard (par. 2 : « les tribunaux doivent *faire preuve de retenue* »; par. 2, 32 et 41 : « [l]a doctrine de l’obligation de consulter *ne convient pas* »; par. 29 : « si c’est *en invoquant* l’obligation de consulter »; par. 32 : « que les tribunaux *s’abstiennent* d’intervenir dans le processus législatif »; par. 35 : « cette *réticence* à surveiller le processus législatif »; par. 38 : « entraverait *indûment* »; par. 40 : « il serait *extrêmement difficile* » (italiques ajoutés)). Pour les motifs qui suivent (section intitulée « II. C. L’élaboration, le dépôt, l’examen et l’adoption des projets de loi ne constituent pas des “conduites de la Couronne” qui donnent naissance à l’obligation de consulter »), la question de savoir si une cour de justice peut imposer l’obligation de consulter dans le contexte du processus par lequel s’exerce le pouvoir législatif n’est pas qu’une simple question de « retenue », d’« abstention » ou de « réticence », ou une question de décider si l’imposition d’une telle obligation créerait une contrainte « indue » ou qui « ne convient pas » à cet exercice du pouvoir. Il s’agit plutôt d’une question de constitutionnalité touchant aux limites du pouvoir judiciaire, une question à laquelle une majorité des juges de la Cour devrait donner une réponse claire et correcte sur le plan constitutionnel.

[104] Ma collègue irait toutefois plus loin, en soulevant — mais sans trancher la question — la possibilité qu’une loi qui ne porte pas atteinte aux droits protégés par l’art. 35, mais qui serait « susceptible

be inconsistent with the honour of the Crown. (paras. 3 and 25). In so doing, however, she undercuts the same principles which have led her to conclude that imposing the duty to consult would be “inappropriate” in the circumstances of this case. Further, by raising the possibility (without, I note, having been asked to do so by any party to this appeal) that validly enacted and constitutionally compliant legislation which has not or could not be the subject of a successful s. 35 infringement claim can nonetheless be declared by a court to be “not consistent with [the honour of the Crown]” (para. 47), my colleague would throw this area of the law into significant uncertainty. Such uncertainty would have deleterious effects on Indigenous peoples, and indeed on all who rely upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

[105] I therefore cannot endorse Karakatsanis J.’s reasons. While agreeing with her that the appeal should be dismissed, I write separately in an attempt to bring some analytical clarity to the matter. The facts, decisions below and relevant legislation are outlined in my colleague’s reasons.

II. Analysis

A. *The Federal Courts Act Precludes Review of Legislative Policy Development and Implementation Through Omnibus Bills by the Ministers and the Governor General in Council*

[106] First principles are instructive. The Federal Court is not a court of inherent jurisdiction. It follows that Parliament must grant jurisdiction in order for the Federal Court to hear and decide a matter (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 43; *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766). And, by enacting ss. 18, 18.1 and 28 of the *Federal Courts Act*, Parliament granted to the Federal Court and the Federal Court of Appeal exclusive jurisdiction

d’avoir un effet préjudiciable sur [eux] », pourrait être jugée incompatible avec l’honneur de la Couronne : par. 3 et 25. Ce faisant, elle mine toutefois les principes mêmes qui l’ont menée à conclure que l’imposition de l’obligation de consulter constituerait une entrave « indue » dans les circonstances de la présente cause. En outre, en soulevant la possibilité (je le souligne, sans qu’aucune des parties au présent appel n’en ait fait la demande) qu’une loi valablement adoptée et conforme à la Constitution, qui n’est pas ou ne pourrait être contestée avec succès sur le fondement de l’art. 35, peut néanmoins être déclarée « incompatible avec [l’honneur de la Couronne] » (par. 47) par une cour, ma collègue sèmerait une grande incertitude dans ce domaine du droit. Une telle incertitude nuirait aux peuples autochtones, et, de fait, à toutes les personnes qui se fient sur l’efficacité des lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

[105] Je ne peux donc pas souscrire aux motifs de la juge Karakatsanis. Je suis certes d’avis, comme elle, que l’appel devrait être rejeté, mais je rédige des motifs distincts pour tenter d’apporter à la question une certaine clarté sur le plan analytique. Les faits, les décisions des instances inférieures ainsi que la législation pertinente sont exposés dans les motifs de ma collègue.

II. Analyse

A. *La Loi sur les Cours fédérales empêche le contrôle de l’élaboration et de la mise en œuvre de politiques législatives au moyen de projets de loi omnibus par les ministres et le gouverneur général en conseil*

[106] Les principes de base sont instructifs. La Cour fédérale ne jouit pas d’une compétence inhérente. Le législateur doit donc lui conférer la compétence voulue pour qu’elle puisse entendre et trancher une affaire : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 43; *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 766. En adoptant les art. 18, 18.1 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le législateur a accordé à la Cour fédérale et à la Cour d’appel fédérale la compétence exclusive

to review the actions taken or decisions made by a “federal board, commission or other tribunal”.

[107] Section 2(1) of the *Federal Courts Act* defines “federal board, commission or other tribunal” as follows:

Definitions

2 (1) In this Act,

...

federal board, commission or other tribunal 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, 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*;

[108] The Senate and House of Commons are expressly excluded from this definition by s. 2(2) of the *Federal Courts Act*:

Senate and House of Commons

(2) For greater certainty, the expression *federal board, commission or other tribunal*, as defined in subsection (1), does not include the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House, the Senate Ethics Officer, the Conflict of Interest and Ethics Commissioner with respect to the exercise of the jurisdiction or powers referred to in sections 41.1 to 41.5 and 86 of the *Parliament of Canada Act*, the Parliamentary Protective Service or the Parliamentary Budget Officer.

[109] Taken together, ss. 2(1) and 2(2) identify the source of “the jurisdiction or powers” being exercised as the principal determinant of whether a decision-maker falls within the definition of a “federal board, commission or other tribunal” (*Anisman v. Canada Border Services Agency*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137, at paras. 29-31; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at para. 47; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with

pour contrôler les actes posés par un « office fédéral » ou les décisions prises par un tel « office ».

[107] Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* définit ainsi le terme « office fédéral » :

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

office fédéral 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 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*.

[108] Le Sénat et la Chambre des communes sont expressément exclus de cette définition aux termes du par. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

Sénat et Chambre des communes

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition de *office fédéral* le Sénat, la Chambre des communes, tout comité de l’une ou l’autre chambre, tout sénateur ou député, le conseiller sénatorial en éthique, le commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique à l’égard de l’exercice de sa compétence et de ses attributions visées aux articles 41.1 à 41.5 et 86 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, le Service de protection parlementaire et le directeur parlementaire du budget.

[109] Ensemble, les para. 2(1) et 2(2) précisent que la source de la « compétence ou des pouvoirs » exercés est le facteur principal pour juger si un décideur est visé ou non par la définition d’« office fédéral » : *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52, par. 29-31 (CanLII); *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, par. 47; D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial*

the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 2:4310). And, the removal of legislative actors from the definition of “federal board, commission or other tribunal” statutorily affirms the general principle, to which I return below, that where the source of authority for exercising jurisdiction or powers is found in the law governing the legislative process, such an exercise is not judicially reviewable.

[110] Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review was directed at the respondent Ministers’ failure to consult regarding the development of “environmental policies”, including the implementation of such policies through the development and introduction of the two omnibus bills (*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 — Bill C-38; *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31 — Bill C-45; notice of application, A.R., at p. 122). Official actions undertaken by the executive which are neither granted by the Constitution nor properly understood as an exercise of a Crown prerogative must flow from “statutory authority clearly granted and properly exercised” (*Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 20).

[111] Mikisew Cree First Nation has not, however, identified any point in the course of the omnibus bills’ development, drafting or introduction at which the Ministers were exercising a statutory power or a Crown prerogative. Rather, and as the majority of the Court of Appeal recognized (at para. 28), the departmental legislation relied upon by Mikisew Cree First Nation (A.F., at para. 101, fn. 109) for its claim that the Ministers were exercising their executive powers as ministers of the Crown during the policy development phase of law-making refers only to the scope of the Ministers’ mandate and their duties and functions in carrying out their mandate (see *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C. 1985, c. F-15; *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C. 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1985, c. E-10; *Department of Transport Act*, R.S.C. 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources*

Review of Administrative Action in Canada (feuilles mobiles), rubrique 2:4310. En outre, le retrait des législateurs de la définition d’« office fédéral » confirme légalement le principe général, sur lequel je reviendrai plus loin, selon lequel l’exercice de la compétence ou des pouvoirs n’est pas susceptible de contrôle judiciaire lorsqu’il tire son origine du droit régissant le processus législatif.

[110] La demande de contrôle judiciaire présentée par la Première Nation crie Mikisew était fondée sur le fait que les ministres intimés ne l’avaient pas consultée dans le cadre de l’élaboration de [TRADUCTION] « politiques environnementales », y compris lors de la mise en œuvre de ces politiques par l’élaboration et le dépôt de deux projets de loi omnibus : la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19 — projet de loi C-38; la *Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31 — projet de loi C-45; avis de demande, d.a., p. 122. Les actes officiels posés par le pouvoir exécutif, qui ne sont ni prévus par la Constitution ni perçus à juste titre comme un exercice d’une prérogative de la Couronne, doivent relever « d’un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière » : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 20.

[111] La Première Nation crie Mikisew n’a toutefois relevé aucun moment pendant l’élaboration, la rédaction ou le dépôt des projets de loi omnibus où les ministres ont exercé un pouvoir conféré par une loi ou une prérogative de la Couronne. Au contraire, comme l’ont reconnu les juges majoritaires de la Cour d’appel (par. 28), les lois habilitantes invoquées par la Première Nation crie Mikisew (m.a., par. 101, note en bas de page 109) pour établir que les ministres exerçaient des pouvoirs exécutifs à titre de ministres de la Couronne au cours de la phase d’élaboration des projets de loi ne font référence qu’à la portée du mandat des ministres ainsi qu’aux obligations et fonctions dont ils peuvent s’acquitter dans l’exécution de leur mandat : voir *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. 1985, c. F-15; *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, c. I-6; *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. 1985, c. E-10;

Act, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11).

[112] I note that none of these statutes make express or implicit reference to the development of legislation for introduction in Parliament. The Ministers were not exercising power *in a ministerial — that is, executive — capacity*. And it follows that none of the impugned actions or decisions cited in Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review were made by a “federal board, commission or other tribunal”. As a result, the majority of the Court of Appeal correctly held that the courts below were not validly seized of this matter.

[113] This conclusion is also compelled by Part IV of the *Constitution Act, 1867* — entitled “Legislative Power”. Part IV sets out, *inter alia*, the powers of both houses of Parliament — the House of Commons and the Senate — in respect of whose exercise Parliament is sovereign, subject only to the limits of its legislative authority as set out in the *Constitution Act, 1867*. The development, introduction and consideration of bills in the House of Commons are all necessary exercises of legislative power in the law-making process. While Cabinet ministers are members of the executive, they participate in this process — for example, by presenting a government bill — not in an executive capacity, but in a legislative capacity.

[114] Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review therefore impugns the conduct of ministers who were acting as members of Parliament and who were, like all members of Parliament, empowered to legislate by Part IV of the *Constitution Act, 1867*. This fortifies my conclusion that the Federal Court did not have jurisdiction to consider Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review.

[115] Even absent this jurisdictional bar, however, the separation of powers, parliamentary privilege, the

Loi sur le ministère des Transports, L.R.C. 1985, c. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, c. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11.

[112] Je constate qu’aucune de ces lois ne traite expressément ou implicitement de l’élaboration des projets de loi en vue de leur dépôt au Parlement. Les ministres n’exerçaient pas des *fonctions ministérielles, c’est-à-dire exécutives*. Il s’ensuit donc qu’aucune des mesures ou des décisions contestées dans la demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew n’a été prise par un « office fédéral ». Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont donc conclu à bon droit que les tribunaux d’instances inférieures n’avaient pas été valablement saisis de l’affaire.

[113] Cette conclusion s’impose également compte tenu de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée « Pouvoir législatif ». En effet, cette partie décrit, notamment, les pouvoirs des deux Chambres du Parlement — la Chambre des communes et le Sénat — à l’égard desquels le Parlement est souverain, sous réserve uniquement des limites à son pouvoir législatif établies par la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’élaboration, le dépôt et l’examen des projets de loi par la Chambre des communes sont tous des exercices nécessaires du pouvoir législatif dans le cadre du processus législatif. Bien que les ministres du Cabinet soient des membres de l’exécutif, ils participent à ce processus — par exemple, en présentant des projets de loi gouvernementaux — en leur capacité législative, et non pas en leur capacité exécutive.

[114] La demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew vise donc à contester la conduite adoptée par certains ministres qui agissaient à titre de députés et qui étaient, comme tous les députés, habilités à légiférer par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela renforce ma conclusion voulant que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour examiner cette demande de contrôle judiciaire.

[115] Cela dit, même en faisant fi de cet obstacle juridictionnel, tant la séparation des pouvoirs que le

scope of judicial review properly understood and this Court's jurisprudence on the duty to consult all lead me to conclude that Mikisew Cree First Nation's application for judicial review cannot succeed.

B. *The Formulation and Introduction of Bills Is Protected From Judicial Review by the Separation of Powers and by Parliamentary Privilege*

(1) Separation of Powers

[116] There was disagreement, before this Court and the Court of Appeal, about the scope of activity which is protected by the separation of powers and by parliamentary privilege. Mikisew Cree First Nation argues that, while the formulation and introduction of a bill before Parliament is unreviewable legislative action, the development of policies that inform the formulation and introduction of a bill is carried out by public servants at the direction of ministers, and must therefore be viewed as executive conduct that is judicially reviewable. By contrast, Canada contends that the entire law-making process — from initial policy development to royal assent — is legislative activity that cannot be supervised by the courts.

[117] I agree with the majority of the Court of Appeal that the entire law-making process — from initial policy development to and including royal assent — is an exercise of legislative power which is immune from judicial interference. As this Court explained in *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 28, the making of "policy choices" is a legislative function, while the implementation and administration of those choices is an executive function. This precludes judicial imposition of a duty to consult in the course of the law-making process.

[118] The separation of powers protects the process of legislative policy-making by Cabinet and

privège parlementaire, la portée bien interprétée du contrôle judiciaire et la jurisprudence de la Cour sur l'obligation de consulter m'amènent à conclure que la demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew ne peut pas être accueillie.

B. *La formulation et le dépôt des projets de loi échappent au contrôle judiciaire du fait de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire*

(1) La séparation des pouvoirs

[116] Tant devant la Cour que devant la Cour d'appel fédérale, les parties ont exprimé leur désaccord quant à la portée de l'activité qui est protégée par les principes de séparation des pouvoirs et de privilège parlementaire. La Première Nation crie Mikisew convient que la formulation et le dépôt d'un projet de loi au Parlement sont des mesures législatives qui échappent à tout contrôle judiciaire. Elle plaide toutefois que l'élaboration des politiques qui sous-tendent cette formulation et ce dépôt est effectuée par des fonctionnaires à la demande de ministres et doit donc être considérée comme une conduite de l'exécutif susceptible de contrôle judiciaire. En revanche, le Canada soutient que l'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale — est une activité législative qui ne peut pas être supervisée par les cours de justice.

[117] Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle l'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale inclusivement — constitue un exercice du pouvoir législatif qui est à l'abri de l'ingérence des tribunaux. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28, les « choix politiques » relèvent du pouvoir législatif, tandis que leur mise en œuvre et leur administration incombent au pouvoir exécutif. Cela empêche les tribunaux d'imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif.

[118] Le principe de la séparation des pouvoirs met en outre le processus d'élaboration par le Cabinet

the preparation and introduction of bills for consideration by Parliament (and provincial legislatures) from judicial review. Again in *Criminal Lawyers' Association*, at para. 28, this Court recognized each branch of the Canadian state as having a distinct role:

The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

In order for each branch to fulfill its role, it must not be “unduly interfered with by the others” (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 29).

[119] Admittedly, the separation of powers in our parliamentary system “is not a rigid and absolute structure” (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 54) which follows neatly drawn lines. Ministers of the Crown play an essential role in, and are an integral part of, the legislative process (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 559). The fact that “except in certain rare cases, the executive frequently and *de facto* controls the legislature” (*Wells*, at para. 54) does not, however, mean that ministers’ dual membership in the executive and legislative branches of the Canadian state renders their corresponding executive and legislative roles indistinguishable for the purposes of judicial review. In *Re Canada Assistance Plan*, at p. 559, this Court *rejected* British Columbia’s argument that, while parliamentary privilege protected internal parliamentary procedures, the doctrine of legitimate expectations could nevertheless apply to the executive, so as to preclude it from developing and introducing the impugned bill: “The formulation and introduction of a bill”, the Court said, “are part of the legislative process with which the courts will not meddle. . . . [I]t is not the place of the courts

des principes directeurs en matière de législation ainsi que la préparation et le dépôt des projets de loi aux fins d’examen par le Parlement (et par les législatures) à l’abri du contrôle judiciaire. Toujours dans l’arrêt *Criminal Lawyers' Association*, par. 28, la Cour a reconnu que chaque pouvoir de l’État canadien a un rôle distinct :

Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l’État, car lui seul peut autoriser l’affectation de fonds publics. L’exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

Or, un pouvoir ne peut pas jouer son rôle lorsqu’un « autre empiète indûment sur lui » : *Criminal Lawyers' Association*, par. 29.

[119] Certes, il faut reconnaître que, dans notre système parlementaire, la séparation des pouvoirs « n’est pas une structure rigide et absolue » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 54) qui respecte des limites clairement établies. Les ministres de la Couronne jouent un rôle essentiel dans le processus législatif dont ils font partie intégrante : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 559. « [S]auf dans de rares cas, l’exécutif contrôle, fréquemment et de fait, le législatif » : *Wells*, par. 54. Cela ne signifie pas pour autant que l’appartenance des ministres aux pouvoirs tant exécutif que législatif de l’État canadien rend leurs rôles dans l’une ou l’autre de ces branches indissociables aux fins du contrôle judiciaire. Dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, p. 559, la Cour a *rejeté* l’argument de la Colombie-Britannique selon lequel, bien que le privilège parlementaire protège les procédures parlementaires internes, la théorie de l’expectative légitime pourrait tout de même s’appliquer à l’exécutif de façon à l’empêcher d’élaborer et de déposer le projet de loi contesté. Selon la Cour, « [l]a rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif

to interpose further procedural requirements in the legislative process.”

[120] As a matter of applying this Court’s jurisprudence, then, the legislative process begins with a bill’s formative stages, even where the bill is developed by ministers of the Crown. While a minister acts in an executive capacity when exercising statutory powers to advance government policy, that is not what happened here. The named Ministers took a set of policy decisions that eventually led to the drafting of a legislative proposal which was submitted to Cabinet. This ultimately led to the formulation and introduction of the omnibus bills in the House of Commons. All of the impugned actions form part of the legislative process of introducing bills in Parliament and were taken by the Ministers acting in a legislative capacity.

[121] Moreover, the impugned actions in this case did not become “executive” as opposed to “legislative” simply because they were carried out by, or with the assistance of, public servants. Public servants making policy recommendations prior to the formulation and introduction of a bill are not “executing” existing legislative policy or direction. Their actions, rather, are directed to informing potential changes to legislative policy and are squarely legislative in nature.

(2) Parliamentary Privilege

[122] Imposing a duty to consult with respect to legislative policy development would also be contrary to parliamentary privilege, understood as freedom from interference with “the parliamentary work of a Member of Parliament — *i.e.*, any of the Member’s activities that have a connection with a proceeding in Parliament” (J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), at p. 16 (emphasis added)). This is no anachronism or technical nicety.

dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas. [. . .] [I]l n’appartient pas aux tribunaux judiciaires d’intercaler dans le processus législatif d’autres exigences procédurales. »

[120] Selon la jurisprudence de la Cour, le processus législatif débute lorsque le projet de loi est à l’étape embryonnaire, et ce, même quand il est élaboré par des ministres de la Couronne. Un ministre agit en sa capacité exécutive lorsqu’il exerce des pouvoirs prévus par la loi dans le but de faire avancer une politique du gouvernement; ce n’est toutefois pas ce qui s’est produit en l’espèce. Les ministres désignés ont pris une série de décisions politiques, qui ont mené à la rédaction d’une proposition législative présentée ultérieurement au Cabinet. C’est cette proposition qui a finalement conduit à l’élaboration des projets de loi omnibus et à leur dépôt à la Chambre des communes. Ainsi, toutes les mesures contestées appartenaient au processus législatif qui consiste à déposer des projets de loi au Parlement et elles ont été prises par des ministres qui agissaient en leur capacité législative.

[121] En outre, les mesures contestées en l’espèce ne sont pas devenues « exécutives », plutôt que « législatives », du simple fait qu’elles ont été accomplies par des fonctionnaires, ou avec leur aide. En effet, les fonctionnaires qui formulent des recommandations de politiques avant l’élaboration et le dépôt d’un projet de loi n’« exécutent » pas des politiques ou des directives législatives existantes. Au contraire, leurs mesures visent à orienter les changements qui seront éventuellement apportés aux politiques législatives et elles sont de nature strictement législative.

(2) Le privilège parlementaire

[122] Il serait aussi contraire au privilège parlementaire d’imposer une obligation de consulter relativement à l’élaboration des politiques législatives puisque ce privilège consiste en une protection contre l’ingérence dans [TRADUCTION] « le travail parlementaire des députés — *c.-à-d.* dans toute activité de ceux-ci ayant un lien avec les travaux du Parlement » : J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), p. 16 (je souligne). Il ne s’agit pas

Parliamentary privilege is “the necessary immunity that the law provides for Members of Parliament . . . in order for these legislators to do their legislative work, ‘including the assembly’s work in holding the government to account’” (Maingot, at p. 15, citing *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 46). Since “holding the government to account” is the *raison d’être* of Parliament (Maingot, at p. 317, citing W. Gladstone, U.K. House of Commons Debates (Hansard), January 29, 1855, at p. 1202; see also *Vaid*, at para. 46), parliamentary privilege is therefore essential to allowing Parliament to perform its constitutional functions. As this Court said in *Re Canada Assistance Plan*, at p. 560, “[a] restraint . . . in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself.” Parliament therefore has the right to “exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation” (*Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3, at para. 34).

[123] I acknowledge that parliamentary privilege operates within certain constraints imposed by the Constitution of Canada. For example, in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the Court held that s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, entrenches a mandatory requirement to enact, print and publish provincial statutes in both official languages. In doing so, it imposed a constitutional duty on the Manitoba Legislature with respect to the manner and form by which legislation could be validly enacted. Other manner and form requirements are contained in Part IV of the *Constitution Act, 1867* (for example, in s. 48 (“Quorum of House of Commons”) and s. 49 (“Voting in House of Commons”), and in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*).

[124] Mikisew Cree First Nation argues that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* also creates a manner and form requirement which applies to the legislative

d’un anachronisme ou d’une subtilité technique. Le privilège parlementaire est [TRADUCTION] « l’indispensable immunité que le droit accorde aux députés [. . .] pour leur permettre d’effectuer leur travail législatif, “y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement” » : Maingot, p. 15, citant *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 46. Comme la tâche qui consiste à « demander des comptes au gouvernement » est la raison d’être du Parlement (Maingot, p. 317, citant W. Gladstone, Débats de la Chambre des communes du Royaume-Uni (Hansard), 29 janvier 1855, p. 1202; voir aussi *Vaid*, par. 46), le principe du privilège parlementaire est essentiel pour que le Parlement s’acquitte de ses fonctions constitutionnelles. Comme la Cour l’a déclaré dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, p. 560, « [t]oute restriction imposée au pouvoir [. . .] de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même. » Le Parlement a donc le droit « d’exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l’adoption d’une loi » : *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3, par. 34.

[123] Je reconnais que le privilège parlementaire s’applique sous réserve de certaines contraintes imposées par la Constitution du Canada. Par exemple, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a conclu que l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, consacre une exigence d’adopter, d’imprimer et de publier les lois de la province dans les deux langues officielles. Elle impose ainsi à la législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l’adoption valide de ses lois. D’autres exigences quant aux modalités et à la forme sont énoncées à la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867* : par exemple, à l’art. 48 (« Quorum de la Chambre des communes »), à l’art. 49 (« Votation dans la Chambre des Communes »), et au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[124] La Première Nation crie Mikisew soutient que l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a aussi pour effet de créer une exigence quant aux

process in the form of a constitutional and justiciable duty to consult. But the duty to consult is distinct from the constitutionally mandated manner and form requirements with which Parliament must comply in order to enact valid legislation. Applied to the exercise of legislative power, it is a claim *not* about the *manner and form* of enactment, but about the *procedure* of (or leading to) enactment. And, as this Court said in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at para. 37, “the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent”. In a similar vein, although legislation which substantially interferes with the right to collective bargaining protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can be declared invalid, “[l]egislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation” (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 157). In short, while the Constitution’s status as the supreme law of Canada operates to render of no force and effect enacted legislation that is inconsistent with its provisions, it does not empower plaintiffs to override parliamentary privilege by challenging the process by which legislation was formulated, introduced or enacted.

[125] Understanding the development and discussion of policy options related to the development and introduction of bills as being legislative in nature is most consistent with our law’s understanding of the scope of judicial review (in the sense of judicial review for constitutionality, as opposed to judicial review of administrative action). Judicial review is “the power to determine whether [a] particular law is valid or invalid” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-2 (emphasis added)). It therefore contemplates review of enacted legislation for constitutional compliance and does not, as a general rule, contemplate the exposure of legislative processes to judicial scrutiny.

modalités et à la forme applicables au processus législatif qui se traduit par une obligation constitutionnelle de consulter que peuvent sanctionner les tribunaux. Or, l’obligation de consulter se distingue des exigences quant aux modalités et à la forme imposées par la Constitution que doit respecter le législateur afin d’adopter une loi valide. S’agissant de l’exercice du pouvoir législatif, la demande *ne* vise *pas* les *modalités et la forme* de l’adoption des lois, mais plutôt la *procédure* suivie pour l’adoption des lois ou pour y mener. En outre, comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 37, « tout ce qu’un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c’est qu’un projet de loi fasse l’objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu’il reçoive la sanction royale ». Dans le même ordre d’idées, bien qu’une loi qui entrave de façon substantielle l’exercice du droit de négociation collective protégé par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisse être déclarée invalide, « [l]e législateur n’est pas tenu de consulter les parties visées avant d’adopter une mesure législative » : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 157. En résumé, bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada et qu’elle rende inopérante toute loi incompatible avec ses dispositions, elle ne permet pas aux demandeurs d’écarter le privilège parlementaire en contestant le processus qui a conduit à la formulation, au dépôt ou à l’adoption d’une loi.

[125] Considérer que l’élaboration et l’analyse des options politiques relatives à la formulation et au dépôt des projets de loi sont de nature législative est plus conforme à l’interprétation en droit canadien de la portée du contrôle judiciaire (dans le sens de contrôle judiciaire de la constitutionnalité plutôt que de contrôle judiciaire d’une mesure administrative). Le contrôle judiciaire est [TRADUCTION] « le pouvoir de déterminer si [une] loi en particulier est valide ou invalide » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-2 (je souligne). Il s’agit donc de l’examen de lois sanctionnées afin d’en assurer la constitutionnalité, et non pas, en règle générale, de l’examen du processus législatif par les tribunaux.

[126] This view is, moreover, consistent with the text of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*: “. . . any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. It is also consistent with this Court’s balancing in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109, and *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 77-78, of legislative authority with the rights guaranteed in s. 35 and the goal of reconciliation by requiring that “government” justify enacted legislation that infringes s. 35. This is, I stress, distinct from the framework governing contemplated or actual Crown conduct taken under a power conferred in an enacted statute — to which framework I now turn.

C. *The Development, Introduction, Consideration and Enactment of Bills Is Not “Crown Conduct” Triggering the Duty to Consult*

[127] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 35, this Court set out the three elements which, taken together, trigger a duty to consult: (i) the Crown must have knowledge — actual or constructive — of a potential Aboriginal claim or right; (ii) the Crown must contemplate conduct; and (iii) the contemplated Crown conduct must have the potential to adversely affect an Aboriginal claim or Aboriginal or treaty right. The duty to consult and, where necessary, to accommodate the interests of Indigenous peoples is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation*, at para. 16).

[128] “Crown conduct” triggering the duty to consult must, however, be understood as excluding the parliamentary (and, indeed judicial) functions of the Canadian state. The Crown represents a collection of powers and privileges, and the term “Crown” is primarily *but not exclusively* used to denote two aspects of the Canadian state: the Monarch and the executive. In one sense, no activity of the state is independent of the Crown (O. Hood Phillips, P. Jackson and

[126] De plus, ce point de vue cadre avec le libellé du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon lequel la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Il concorde également avec la mise en balance faite par la Cour dans les arrêts *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1109, et *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 77-78, du pouvoir législatif, d’une part, et des droits garantis par l’art. 35 ainsi que de l’objectif de réconciliation, d’autre part, selon laquelle le « gouvernement » doit justifier toute mesure législative qui porte atteinte à l’art. 35. Je tiens à souligner que cette situation diffère du cadre régissant une conduite — envisagée ou réelle — adoptée par la Couronne en vertu d’une loi habilitante. Je vais maintenant examiner ce cadre.

C. *L’élaboration, le dépôt, l’examen et l’adoption des projets de loi ne constituent pas des « conduites de la Couronne » qui donnent naissance à l’obligation de consulter*

[127] Dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 35, la Cour a énoncé les trois éléments qui, pris ensemble, donnent naissance à une obligation de consulter : (i) la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’un droit ou titre ancestral, (ii) la Couronne doit envisager une conduite, et (iii) cette conduite doit être susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou sur un droit ancestral ou issu de traités. L’obligation de consulter les peuples autochtones et, si nécessaire, de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, par. 16.

[128] Il faut toutefois comprendre que la « conduite de la Couronne » qui fait naître l’obligation de consulter, exclut les fonctions parlementaires (et, de fait, judiciaires) de l’État canadien. La Couronne représente un ensemble de pouvoirs et de privilèges et le terme « Couronne » est principalement, *mais non exclusivement*, utilisé pour désigner deux aspects de l’État canadien : le monarque et l’exécutif. En un sens, aucune activité de l’État n’est indépendante de

P. Leopold, *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law* (8th ed. 2001), at para. 2-020). That said, parliamentary and judicial functions have been clearly separated from Crown control: *Magna Carta* (1215); *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Bill of Rights* of 1689; *Act of Settlement* of 1701; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 63. The preamble to the *Constitution Act, 1867*, which proclaims Canada's Constitution to be "similar in Principle to [the Constitution] of the United Kingdom" is, as Lamer C.J. recognized, the "grand entrance hall" through which the principles affirmed in these legal instruments have become a part of Canada's constitutional architecture (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 109; see also paras. 83, 87 and 107).

[129] Before us, counsel for Mikisew Cree First Nation disputed this, suggesting that the language of legislative enactment clauses in Canada ("... Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons of Canada, enacts as follows...") signifies Crown control of the process of legislative enactment (transcript, at p. 149). But this misconceives the significance of the reference to "Her Majesty" in those clauses. It does not signify, as he argued, that "[l]egislation is Crown action" (transcript, at p. 149). Rather, it simply records the role of the Crown-in-Parliament in the legislative process of enacting laws.

[130] By way of explanation, Parliament consists of the House of Commons, the Senate and the Queen (*Constitution Act, 1867*, s. 17). The scope of the Queen's legislative role — that is, the role of the Crown-in-Parliament — embraces "three determinative acts that are part of Parliament's core functions as a legislative body: royal recommendation, royal consent and royal assent" (C. Robert, "The Role of the Crown-in-Parliament: A Matter of Form and Substance", in M. Bédard and P. Lagassé, eds., *The*

la Couronne : O. Hood Phillips, P. Jackson et P. Leopold, *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law* (8^e éd. 2001), par. 2-020. Cela dit, les fonctions parlementaires et judiciaires ont été clairement soustraites au contrôle de la Couronne : *Magna Carta* (1215); *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Bill of Rights* de 1689; *Act of Settlement* de 1701; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 63. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon lequel la Constitution du Canada « repos[e] sur les mêmes principes [constitutionnels] que celle du Royaume-Uni », est, comme le juge en chef Lamer l'a reconnu, le « portail de l'édifice constitutionnel » par l'entremise duquel les principes énoncés dans ces instruments juridiques font désormais partie de l'architecture même de la Constitution du Canada : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 109; voir également par. 83, 87 et 107.

[129] Devant la Cour, l'avocat de la Première Nation crie Mikisew a contesté cette affirmation, laissant plutôt entendre que le libellé des formules d'édiction du Canada (« ... Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte ... ») signifie que la Couronne exerce un contrôle sur le processus d'adoption des lois : transcription, p. 149. Or, il s'agit d'une mauvaise interprétation de la mention de « Sa Majesté » dans ces formules. Cette mention ne signifie pas, comme il l'a plaidé, que [TRADUCTION] « [l]a loi constitue une mesure de la Couronne » : transcription, p. 149. Elle ne fait que rendre compte du rôle de la Couronne au Parlement dans le processus législatif d'adoption des lois.

[130] Je m'explique : le Parlement est composé de la Chambre des communes, du Sénat et de la Reine : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 17. L'étendue du rôle législatif de la Reine — c'est-à-dire, le rôle de la Couronne au Parlement — comprend [TRADUCTION] « trois actes déterminants qui relèvent des fonctions principales du Parlement à titre d'organe législatif : la recommandation royale, le consentement royal et la sanction royale » : C. Robert, « The Role of the Crown-in-Parliament : A Matter of Form and

Crown and Parliament (2015), 95, at p. 96 (emphasis added)).

[131] Royal recommendation, which is retained in s. 54 of the *Constitution Act, 1867*, provides for the procedure to be followed in respect of authorizing expenditure of public monies. Royal consent is a practice based on a convention limiting Parliament's right to take measures infringing the Crown prerogative or other Crown rights and interests. Of relevance here, however, is royal assent. This is because royal assent is what is conferred by the language of legislative enactment clauses relied upon by Mikisew Cree First Nation's counsel. Royal assent is also expressly required by s. 55 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that, upon a bill passed by both the House of Commons and the Senate being presented to the Governor General for the Queen's assent, the Queen's assent (or withholding of consent, or reservation of the bill) shall be declared.

[132] Sections 54 and 55 appear within Part IV of the *Constitution Act, 1867* and are therefore designated by the Constitution as falling within "Legislative Power". This makes sense, because royal recommendation, royal consent and royal assent are distinct from other exercises of Crown authority. Unlike, for example, statutory bodies such as the National Energy Board, or ministers of the Crown acting under delegated statutory powers, the Crown-in-Parliament does not "exist[t] to exercise executive power as authorized by legislatures"; and, the steps taken as part of the parliamentary process of law-making, including royal assent, are not "the vehicle through which the Crown acts" (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). As this Court noted in *Clyde River*, at paras. 28-29:

It bears reiterating that the duty to consult is owed by the Crown. In one sense, the "Crown" refers to the personification in Her Majesty of the Canadian state in exercising

Substance », dans M. Bédard et P. Lagassé, dir., *La Couronne et le Parlement* (2015), 95, p. 96 (je souligne).

[131] La recommandation royale dont il est question à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue la procédure à suivre pour autoriser la dépense de deniers publics. Le consentement royal est une pratique fondée sur une convention qui limite le droit du Parlement de prendre des mesures portant atteinte à la prérogative de la Couronne ou à d'autres droits et intérêts de la Couronne. Cependant, en l'espèce, c'est la sanction royale qui est pertinente, car c'est l'acte prévu par les formules d'édiction invoquées par l'avocat de la Première Nation crie Mikisew. La sanction royale est aussi expressément exigée par l'art. 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit que, lorsqu'un projet de loi voté par la Chambre des communes et le Sénat est présenté au gouverneur-général pour la sanction de la Reine, ce dernier déclare qu'il le sanctionne (ou refuse cette sanction, ou qu'il réserve le projet de loi) au nom de la Reine.

[132] Les articles 54 et 55 se trouvent dans la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867* et se rapportent donc, aux termes de la Constitution, au « pouvoir législatif ». Cela est logique parce que la recommandation royale, le consentement royal et la sanction royale sont distincts des autres exercices du pouvoir de la Couronne. Contrairement, par exemple, aux organismes d'origine législative comme l'Office national de l'énergie, ou aux ministres de la Couronne qui agissent en vertu d'un pouvoir délégué par la loi, la Couronne au Parlement « [n']existe [pas] pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l'autorise à exercer »; en outre, les étapes suivies dans le cadre du processus parlementaire d'élaboration des lois, y compris la sanction royale, ne sont pas « le moyen par lequel la Couronne agit » : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Comme l'a déclaré la Cour aux par. 28-29 de cet arrêt :

Il importe de répéter que l'obligation de consulter incombe à la Couronne. En un sens, la « Couronne » s'entend de la personification de Sa Majesté de l'État

the prerogatives and privileges reserved to it. The Crown also, however, denotes the sovereign in the exercise of her formal legislative role (in assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills), and as the head of executive authority (*McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, at para. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 11-12; but see *Carrier Sekani*, at para. 44). For this reason, the term “Crown” is commonly used to symbolize and denote executive power. . . .

By this understanding, the NEB is not, strictly speaking, “the Crown”. Nor is it, strictly speaking, an agent of the Crown, since — as the NEB operates independently of the Crown’s ministers — no relationship of control exists between them (Hogg, Monahan and Wright, at p. 465). As a statutory body holding responsibility under s. 5(1)(b) of *COGOA*, however, the NEB acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. Put plainly, once it is accepted that a regulatory agency exists to exercise executive power as authorized by legislatures, any distinction between its actions and Crown action quickly falls away. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. Hence this Court’s interchangeable references in *Carrier Sekani* to “government action” and “Crown conduct” (paras. 42-44). It therefore does not matter whether the final decision maker on a resource project is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult. As Rennie J.A. said in dissent at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames*, “[t]he duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet” (para. 105). The action of the NEB, taken in furtherance of its statutory powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final decisions respecting such testing as was proposed here, clearly constitutes Crown action. [Emphasis added.]

[133] This description of the various and distinct aspects of Crown authority (and also, it follows, Crown conduct) affirms that the exercise of Crown

canadien dans l’exercice des prérogatives et des privilèges qui lui sont réservés. Cependant, la Couronne désigne aussi la souveraine dans l’exercice de son rôle législatif officiel (lorsqu’elle sanctionne les projets de loi, qu’elle refuse de les sanctionner ou qu’elle réserve sa décision), et en tant que chef du pouvoir exécutif (*McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, par. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 11-12; mais voir *Carrier Sekani*, par. 44). Pour cette raison, le mot « Couronne » est couramment employé comme symbole du pouvoir exécutif et pour désigner ce pouvoir. . . .

Selon cette interprétation, l’ONÉ n’est pas, à proprement parler, « la Couronne ». Il n’est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l’ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n’existe entre eux aucun lien de dépendance (Hogg, Monahan et Wright, p. 465). Cependant, en tant qu’organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l’al. 5(1)(b) de la *LOPC*, l’ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu’il prend une décision définitive à l’égard d’une demande de projet. En termes simples, dès lors que l’on accepte qu’un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l’autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement. Dans ce contexte, l’ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit, d’où l’emploi interchangeable dans *Carrier Sekani* des expressions « mesure gouvernementale » et « mesure [. . .] de la Couronne » (par. 42-44). Par conséquent, il importe peu que le décideur ultime dans un projet soit le Cabinet ou l’ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l’obligation de consulter. Comme l’a affirmé en dissidence le juge Rennie de la Cour d’appel fédérale dans *Chippewas of the Thames*, « [l]’obligation, comme l’honneur de la Couronne, ne s’envole pas en fumée simplement parce qu’une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet » (par. 105). La mesure prise par l’ONÉ dans l’exercice du pouvoir qu’il possède, en vertu de l’al. 5(1)(b) de la *LOPC*, de prendre la décision ultime concernant des essais tels ceux proposés en l’espèce, constitue manifestement une mesure de la Couronne. [Je souligne.]

[133] Cette description des divers aspects distincts du pouvoir de la Couronne (et donc de la conduite de la Couronne) confirme que l’exercice de son pouvoir

authority in enacting legislation (“assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills”) is legislative. It is not an instance of “Crown conduct” — that is, executive conduct — which can trigger the duty to consult.

D. *The Honour of the Crown*

[134] The foregoing is an answer to the concurring reasons at the Court of Appeal of Pelletier J.A., who suggested that declaratory relief would be available under s. 17 of the *Federal Courts Act*, which provides that, “[e]xcept 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.” Simply put, the reference in s. 17 to “the Crown” does not include the Crown acting in its legislative capacity. (See *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641, at para. 58.)

[135] It also follows from the foregoing that, contrary to the submissions of Mikisew Cree First Nation, and to the views of my colleague Abella J. that “the duty to consult . . . attaches to all exercises of Crown power, including legislative action” (para. 75), the Crown does not enact legislation. Parliament does. The honour of the Crown does not bind Parliament.

[136] While my colleague Karakatsanis J. appears to accept that conclusion so far as the duty to consult goes, she also raises the possibility that legislation which does not infringe s. 35 rights but “may adversely affect” them might nonetheless be inconsistent with the honour of the Crown (paras. 3, 25, 44 and 52). As she sees it, *independent of any infringement claim*, a rights claimant could seek a declaration that validly enacted and constitutionally compliant legislation — none of which, in law, is the result of Crown conduct — nonetheless fails to “give effect to the honour of the Crown” (para. 45). Otherwise, where “the effects of the legislation do not rise to the level of infringement, or if the rights are merely

dans l’adoption des lois (« lorsqu’elle sanctionne les projets de loi, qu’elle refuse de les sanctionner ou qu’elle réserve sa décision ») est de nature législative. Il ne s’agit pas d’une « conduite de la Couronne » — c’est-à-dire d’une conduite de nature exécutive — qui peut donner naissance à l’obligation de consulter.

D. *L’honneur de la Couronne*

[134] Ce qui précède constitue une réponse aux motifs concordants du juge Pelletier en Cour d’appel, qui a laissé entendre que l’art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* — qui prévoit que « [s]auf 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 » — permet de solliciter un jugement déclaratoire. Or, en un mot, la référence à la « Couronne » dans cette disposition ne vise pas la Couronne lorsqu’elle s’acquitte de ses fonctions législatives : voir *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641, par. 58.

[135] Il ressort également de ce qui précède que, contrairement aux prétentions de la Première Nation crie Mikisew ainsi qu’à l’opinion exprimée par ma collègue la juge Abella selon laquelle « l’obligation de consulter [. . .] se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives » (par. 75), la Couronne n’adopte pas les lois. C’est le Parlement qui le fait. Or, le principe de l’honneur de la Couronne ne lie pas le Parlement.

[136] Ma collègue la juge Karakatsanis semble accepter cette conclusion, du moins en ce qui a trait à l’obligation de consulter. Elle évoque cependant aussi la possibilité qu’une loi qui ne porte pas atteinte aux droits protégés par l’art. 35, mais qui est « susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur » ceux-ci, peut néanmoins être incompatible avec l’honneur de la Couronne : par. 3, 25, 44 et 52. Selon sa vision de la question, *indépendamment de toute revendication invoquant l’atteinte aux droits*, celui qui réclame des droits pourrait solliciter un jugement déclarant qu’une loi valablement adoptée et conforme à la Constitution — deux caractéristiques qui, en droit, ne découlent pas de la conduite de la Couronne — « [ne]

asserted (and not established), an Aboriginal group will not be able to successfully challenge the constitutional validity of the legislation through a *Sparrow* claim” (para. 43). Permitting the Crown “to do by one means” (presumably, by legislating) “that which it cannot do by another” (presumably acting pursuant to legislative authority) would “undermine the endeavour of reconciliation” (para. 44), which entails “promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes” (para. 22).

[137] It follows, says my colleague, that “the duty to consult is not the only means to give effect to the honour of the Crown when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation” (para. 45). While acknowledging that “the issue of whether other protections are, or should be, available is not squarely before the Court in this appeal” (para. 49), she nevertheless speculates that “[o]ther doctrines may be developed” (para. 45). While “[w]e have not received sufficient submissions on how to ensure that the honour of the Crown is upheld other than through the specific mechanism of the duty to consult” (para. 49), she nonetheless proposes that “declaratory relief may be appropriate in a case where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples” (para. 47).

[138] I note, first of all, that much of my colleague’s speculation is inapplicable here. Mikisew Cree First Nation’s rights are not merely asserted. They are established Treaty No. 8 rights. As such, the only concern posited by my colleague which could conceivably arise here is that those rights might be “affected”, albeit not actually infringed, by the legislation which is the subject of this appeal.

donn[e néanmoins pas] effet au principe de l’honneur de la Couronne » : par. 45. Autrement, « si les effets de la loi ne constituaient pas une atteinte à des droits protégés ou si les droits n’étaient que revendiqués (et non établis), le groupe autochtone ne pourrait pas contester avec succès la validité constitutionnelle de la loi suivant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Sparrow* » : par. 43. Permettre à la Couronne de « faire par un moyen » (présument en adoptant des lois) « ce qu’elle ne peut pas faire par un autre » (présument en agissant en vertu de son pouvoir législatif) « compromettrait l’entreprise de réconciliation » : par. 44, ce qui suppose de « favoris[er] la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux » : par. 22.

[137] Ainsi, affirme ma collègue, « l’obligation de consulter n’est pas le seul moyen de donner effet au principe de l’honneur de la Couronne quand une loi est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités » : par. 45. Tout en reconnaissant que « la Cour n’est pas directement saisie de la question de savoir si d’autres mesures de protection existent ou devraient exister » (par. 49), elle avance l’hypothèse que « [l]es tribunaux peuvent créer d’autres doctrines » : par. 45. Même si « [l]es parties nous ont fait part de trop peu d’observations sur la manière dont il conviendrait d’assurer le respect de l’honneur de la Couronne, si ce n’est par le truchement du mécanisme précis de l’obligation de consulter » (par. 49), elle propose néanmoins qu’il « peut convenir de prononcer un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement envers les peuples autochtones » : par. 47.

[138] Tout d’abord, je note qu’une part importante de l’hypothèse de ma collègue est inapplicable en l’espèce. Les droits de la Première Nation crie Mikisew ne sont pas simplement revendiqués. Ce sont des droits consacrés par le Traité n° 8. À ce titre, la seule préoccupation soulevée par ma collègue qui pourrait vraisemblablement se concrétiser en l’espèce, c’est qu’il y ait « un effet préjudiciable » sur ces droits, sans qu’il leur soit porté atteinte, par les lois en cause dans le présent appel.

[139] In any event, and in my respectful view, having acknowledged that there is no demonstrated infringement in this case, my colleague is searching for a problem to solve (while at the same time expressly declining to solve it). And she believes she has found that problem in what she sees as the potentially dishonourable conduct of the Crown in enacting non-rights-infringing (although rights-“affecting”) legislation—which, as I have already made clear, is not really a problem since, as a matter of constitutional law, “the Crown” does not enact legislation. In other words, my colleague undercuts the very constitutional principles of separation of powers and parliamentary privilege, and the constitutional limits that they impose upon judicial supervision of the legislative process, which support her conclusion that no duty to consult is owed in respect of that process, including legislative enactment. And in so doing, she endorses the potential engorgement of judicial power — not required by the law of our Constitution, but rather precluded by it — at the expense of legislatures’ power over their processes. Far from preserving what my colleague calls “the respectful balance between the . . . pillars of our democracy” (para. 2), this conveys inter-institutional *disrespect*. It would be no more “respectful” (or constitutionally legitimate) for a legislature to purport to direct this Court or any other court on its own deliberative processes.

[140] Even putting that objection aside, my colleague’s reasons invoking the honour of the Crown appear to leave open the possibility that validly enacted legislation (which has not been or could not be the subject of a s. 35 infringement claim) might be declared to be “not consistent with [the honour of the Crown]” (para. 47) due to some failure to uphold the honour of the Crown. But in doing so, she runs up against those same constitutional principles of separation of powers and parliamentary privilege which furnish the entire constitutional basis for her conclusion that no duty to consult is owed in respect of legislative processes. The honour of the Crown is not a cause of action itself; rather, it speaks to *how* obligations that attract it must be fulfilled (*Manitoba*

[139] Quoi qu’il en soit, à mon avis, puisqu’elle a reconnu qu’il n’y avait pas d’atteinte prouvée en l’espèce, ma collègue cherche un problème à résoudre (tout en refusant expressément de le résoudre). Elle croit en outre avoir trouvé ce problème dans ce qu’elle perçoit comme la conduite potentiellement déshonorable adoptée par la Couronne lorsqu’elle a adopté des mesures législatives qui ne portent pas atteinte aux droits (même si elles ont « un effet pré-judiciable » sur eux) — ce qui, je l’ai déjà exprimé clairement, n’est pas vraiment un problème, puisque, en droit constitutionnel, « la Couronne » n’adopte pas les lois. Autrement dit, ma collègue mine les principes constitutionnels mêmes que sont la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire, ainsi que les limites constitutionnelles qu’ils fixent au contrôle judiciaire du processus législatif qui, précisément, étayent sa conclusion que ce processus, y compris l’adoption de lois, n’est pas assujéti à une obligation de consulter. Ce faisant, elle donne son aval à l’enflure du pouvoir judiciaire — que notre Constitution non seulement ne requiert pas, mais proscrit — au détriment du pouvoir des assemblées législatives sur leurs procédures. Loin de préserver ce que ma collègue appelle « l’équilibre respectueux qui règne entre les [. . .] piliers de notre démocratie » (par. 2), cela mène au *manque* de respect entre les institutions. Il ne serait pas plus « respectueux » (ou légitime sur le plan constitutionnel) qu’une assemblée législative provinciale s’estime autorisée à donner des directives à la Cour ou à toute autre cour de justice sur leurs processus délibératifs.

[140] Même en faisant fi de cette objection, les motifs de ma collègue fondés sur l’honneur de la Couronne semblent ne pas écarter la possibilité qu’une loi valablement adoptée (qui n’est pas ou ne pourrait être contestée avec succès sur le fondement de l’art. 35) puisse être déclarée « incompatible avec [l’honneur de la Couronne] » (par. 47) parce que le législateur n’aurait pas respecté l’honneur de la Couronne. Ce faisant, elle se heurte aux mêmes principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire qui constituent la totalité du fondement constitutionnel de sa conclusion selon laquelle le processus législatif n’est pas assujéti à une obligation de consulter. L’honneur de la Couronne n’est pas en soi une cause d’action; ce principe sert

Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General), 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 73). While she finds that the enforceable duty to consult flowing from the honour of the Crown does not apply to the law-making process, my colleague, in substance, proceeds to treat the honour of the Crown as the potential source of an enforceable obligation *on legislators* to either refrain from passing certain legislation because it “affects” rights writ large, or not to do so without consultation.

[141] In this regard, my colleague’s reference to “[o]ther forms of recourse [such as] declaratory relief . . . where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing” (para. 47), is telling. For *what*, precisely, would a court grant “recourse”? Absent a s. 35 infringement, the answer is nothing, *unless* the duty to consult flowing from the honour of the Crown is itself being treated as applicable to the law-making process, despite my colleague’s conclusion to the contrary. Irrespective, then, of how a court might cast the speculative “[o]ther doctrines [that] may be developed” (para. 45) — for example, as a duty to accommodate, a duty not to “affect” rights, or as some fiduciary obligation — the resulting obligation would be, in substance, reducible either to the obligation which the Mikisew Cree First Nation asks the Court to impose here, or to some other formulation that still runs into the separation of powers and parliamentary privilege. While, therefore, I acknowledge that my colleague holds that there can be no enforceable duty to consult in the legislative process, the logic of her reasons nevertheless risks leading her toward the result advocated by Abella J., albeit via the circuitous and uncertain route of further litigation.

plutôt à déterminer *comment* il faut s’acquitter des obligations qui y sont assujetties : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 73. Or, tout en concluant que l’obligation de consulter justiciable qui découle de l’honneur de la Couronne ne s’applique pas au processus législatif, ma collègue, en substance, traite ensuite l’honneur de la Couronne comme la source potentielle d’une obligation justiciable incombant *aux législateurs* de s’abstenir d’adopter certaines lois parce qu’elles « ont un effet préjudiciable » sur des droits au sens large, ou de ne pas le faire sans consultation.

[141] À cet égard, le renvoi de ma collègue à « d’autres formes de réparation [tel] un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement . . . » est éloquent : par. 47. Pour *quelle raison*, précisément, une cour accorderait-elle une « réparation »? S’il n’est pas porté atteinte à l’art. 35, la réponse est qu’il n’y a aucune raison d’accorder une « réparation », à *moins* que l’obligation de consulter qui découle de l’honneur de la Couronne soit elle-même traitée comme si elle était applicable au processus législatif, en dépit de la conclusion contraire de ma collègue. Ainsi, indépendamment de la façon dont une cour pourrait présenter les hypothétiques « autres doctrines » (par. 45) qui pourraient être élaborées — par exemple, comme une obligation d’accommodement, comme une obligation de ne pas « avoir un effet préjudiciable » sur les droits en cause, ou comme une obligation fiduciaire —, il en résulterait une obligation qui serait, en substance, réductible soit à l’obligation que la Première Nation crie Mikisew demande à la Cour d’imposer en l’espèce, soit à une quelconque autre formulation qui se butte encore une fois à la séparation des pouvoirs et au privilège parlementaire. En conséquence, tout en reconnaissant que ma collègue déclare qu’il ne peut y avoir d’obligation de consulter justiciable dans le cadre du processus législatif, la logique de ses motifs risque néanmoins de la mener vers le résultat que préconise la juge Abella, bien que par le truchement du parcours tortueux et incertain de litiges supplémentaires.

[142] This brings me to a further objection. By raising (and then leaving undecided) this quixotic argument about the honour of the Crown — which neither the appellant nor any of the intervenors even thought to raise — my colleague Karakatsanis J. would cast the law into considerable uncertainty. It is worth reflecting upon just who would bear the brunt of this uncertainty. In this regard, there is a degree of irony in my colleague’s emphasis upon the honour of the Crown as facilitating “reconciliation” which, she says, entails “promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as *an alternative to litigation and judicially imposed outcomes*” (para. 22 (emphasis added)). The effect of my colleague’s reasons would be quite the opposite. She invites s. 35 rights holders — that is, Indigenous peoples themselves — to spend many years and considerable resources *litigating* on the faint possibility that they have identified some “other form of recourse” that this Court finds “appropriate”. In other words, even though “[t]rue reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms” (*Clyde River*, at para. 24), it is to the courtroom that my colleague’s unresolved speculation would direct them. The burden of achieving reconciliation is thereby placed upon the one group of Canadians whose assertion of sovereignty is not what demands reconciliation with anyone or anything.

[143] As my colleague Rowe J. explains (paras. 160-65), the effects of the legal uncertainty generated by Karakatsanis J.’s reasons would also be felt by legislators, who are, in essence, being told that they cannot enact legislation that “affects” (but does not infringe) certain rights that might exist — and that, if they do, they may be subject to as-yet unrecognized “recourse”. This would leave legislators in the dark, possibly for many years, about the efficacy of supply bills (and, therefore, of government budgets), and of legislation relating to matters as diverse as the delivery of health care and education, environmental protection, transportation infrastructure, agriculture and industrial activity, even where — it bears emphasizing — such legislation is validly enacted and fully compliant with Aboriginal and treaty rights guaranteed by

[142] Cela m’amène à formuler une objection supplémentaire. En soulevant (puis en laissant en suspens) cet argument chimérique quant à l’honneur de la Couronne — que ni l’appelant ni aucun des intervenants n’ont même songé à soulever —, ma collègue la juge Karakatsanis jetterait le droit dans une incertitude considérable. Il vaut la peine de se demander qui souffrirait du poids de cette incertitude. À cet égard, il est ironique que ma collègue insiste pour dire que l’honneur de la Couronne favorise la promotion de la « réconciliation » qui, dit-elle, suppose de « favoris[er] la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme *solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux* » : par. 22 (italiques ajoutés). Les motifs de ma collègue auraient pourtant l’effet opposé. Elle invite les titulaires des droits protégés par l’art. 35 — soit les peuples autochtones eux-mêmes — à consacrer des années et des ressources considérables à des litiges sur la foi d’une faible possibilité qu’ils aient identifié d’« autres formes de réparation » que la Cour juge « convenir ». Autrement dit, même si « [o]n ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d’audience » (*Clyde River*, par. 24), c’est vers les salles d’audience que la spéculation laissée en suspens par ma collègue les dirigerait. Le fardeau de la réconciliation pèserait ainsi précisément sur le seul groupe de Canadiens dont l’affirmation de souveraineté n’est pas ce qui a besoin d’être réconcilié avec qui que ce soit ou quoi que ce soit.

[143] Comme l’explique mon collègue, le juge Rowe (par. 160-165), les effets de l’incertitude juridique que créeraient les motifs de la juge Karakatsanis seraient également ressentis par les législateurs à qui l’on dit, essentiellement, qu’ils ne peuvent pas adopter des lois qui « ont un effet préjudiciable » sur certains droits qui pourraient exister (mais sans y porter atteinte) — et que, s’ils le font, ils pourraient être sujets à un « recours » qui n’est pas encore reconnu. Les législateurs seraient donc dans le noir, possiblement durant de nombreuses années, quant à l’efficacité des projets de loi de crédit (et donc des budgets du gouvernement), et de la législation relative à des questions aussi diverses que l’offre de soins de santé et d’éducation, la protection de l’environnement, l’infrastructure du transport, l’agriculture et

s. 35. It would also generate intolerable uncertainty for governments charged with implementing such legislation, and for all those who pursue economic or other activities in reliance upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

III. Conclusion

[144] An apex court should not strive to sow uncertainty, but rather to resolve it by, wherever possible (as here), stating clear legal rules. To be clear, then: judicial review of the legislative process, including *post-facto* review of the process of legislative enactment, for adherence to s. 35 and for consistency with the honour of the Crown, is unconstitutional.

[145] That this is so should not, however, be seen to diminish the value and wisdom of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of Aboriginal or treaty rights. Consultation during the legislative process, including the formulation of policy, is an important consideration in the justification analysis under s. 35 (*Sparrow*, at p. 1119; *Tsilhqot'in*, at paras. 77-78). But the absence or inadequacy of consultation may be considered only once the legislation at issue has been enacted, and then, only in respect of a challenge under s. 35 to the substance or the effects of such enacted legislation (as opposed to a challenge to the legislative process leading to and including its enactment).

[146] I would therefore dismiss the appeal.

[147] Canada does not seek costs. The Federal Court of Appeal awarded Canada its costs when it struck the Federal Court's declaration. As Canada

l'activité industrielle, même si — cela mérite d'être souligné — cette législation est valablement adoptée et totalement conforme aux droits ancestraux et issus de traités protégés par l'art. 35. Cette situation créerait en outre une incertitude intolérable pour les gouvernements responsables de mettre en œuvre une telle législation, et pour tous ceux qui exercent des activités économiques ou autres en se fiant sur l'efficacité de lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

III. Conclusion

[144] Une cour de justice qui se trouve au sommet de l'appareil judiciaire ne devrait pas chercher à semer l'incertitude, mais plutôt à la dissiper en énonçant chaque fois que cela est possible, comme c'est le cas en l'espèce, des règles de droit claires. Pour bien me faire comprendre, je le répète : procéder au contrôle judiciaire du processus législatif, en contrôlant notamment, après le fait, le processus d'adoption des lois pour vérifier la conformité à l'art. 35 et à l'honneur de la Couronne, est inconstitutionnel.

[145] Le fait qu'il en soit ainsi ne diminue pas la valeur et la sagesse inhérentes à la consultation des peuples autochtones avant l'adoption de lois susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. La consultation durant le processus législatif, y compris à l'étape de l'élaboration de la politique, est une considération importante dans l'analyse de la justification au regard de l'art. 35 : *Sparrow*, p. 1119; *Tsilhqot'in*, par. 77-78. Cela dit, l'absence de consultation ou les lacunes de ce processus ne peuvent être examinées qu'une fois la loi adoptée, et encore, uniquement dans le contexte d'une contestation, fondée sur l'art. 35, de la teneur de la loi ainsi adoptée ou de ses effets (par opposition à une contestation du processus législatif jusqu'à l'édiction inclusivement de la loi en question).

[146] Je rejetterais donc le pourvoi.

[147] Le Canada ne sollicite aucuns dépens. La Cour d'appel fédérale a adjugé les dépens au Canada quand elle a annulé le jugement déclaratoire de la

did not ask us to upset that order, I would not do so. I would make no order as to costs in this Court.

The reasons of Moldaver, Côté and Rowe JJ. were delivered by

[148] ROWE J. — I concur with the reasons of Justice Brown. In particular, I would adopt his analysis with respect to the lack of jurisdiction of the Federal Court to conduct the review under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7; the distinction between the Crown and the legislature; the preparation of legislation as a legislative function; the separation of powers, notably between the legislature and the judiciary; and the critical importance of maintaining parliamentary privilege.

[149] To this I would add three main points. First, contrary to submissions made by the appellant Mikisew Cree First Nation, the fact that the duty to consult has not been recognized as a procedural requirement in the legislative process does not leave Aboriginal claimants without effective means to have their rights, which are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, vindicated by the courts. Second, recognizing a constitutionally mandated duty to consult with Indigenous peoples during the process of preparing legislation (and other matters to go before the legislature for consideration, notably budgets) would be highly disruptive to the carrying out of that work. Finally, an additional and serious consequence to the appellant's suggested course of action would be the interventionist role that the courts would be called upon to play in order to supervise interactions between Indigenous parties and those preparing legislation (and other measures) for consideration by Parliament and by provincial legislatures.

I. Effective Means Exist to Vindicate and Protect Rights Under Section 35

[150] Counsel for the Mikisew claims that in the absence of the extension of the duty to consult into

Cour fédérale. Comme le Canada ne nous a pas demandé de modifier cette ordonnance, je m'abstienrais de le faire. Je ne rendrais aucune ordonnance au sujet des dépens devant la Cour.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Rowe rendus par

[148] LE JUGE ROWE — Je souscris aux motifs du juge Brown. En particulier, je fais mienne son analyse relative à l'absence de compétence de la Cour fédérale pour procéder au contrôle prévu par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, à la distinction entre la Couronne et le pouvoir législatif, à la préparation des lois en tant que fonction législative, à la séparation des pouvoirs — notamment entre le législatif et le judiciaire —, et à l'importance cruciale de maintenir le privilège parlementaire.

[149] J'ajouterais à cela trois principaux éléments. En premier lieu, contrairement aux prétentions de l'appelante la Mikisew Cree First Nation, le fait que l'obligation de consulter n'a pas été reconnue comme exigence procédurale dans le cadre du processus législatif ne prive pas les demandeurs autochtones de tout moyen efficace de faire reconnaître par les tribunaux les atteintes à leurs droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En second lieu, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones durant le processus de l'élaboration des projets de loi (et à propos d'autres questions devant être soumises pour examen aux assemblées législatives, notamment les budgets), cela perturberait grandement l'exécution de ce travail. En troisième lieu, la démarche préconisée par l'appelante aurait une autre conséquence sérieuse : les tribunaux seraient appelés à intervenir pour superviser les interactions entre les parties autochtones et les responsables de l'élaboration des projets de loi (et d'autres mesures) soumis à l'examen du Parlement et des législatures provinciales.

I. Il existe des moyens efficaces de défendre et de protéger les droits garantis par l'art. 35

[150] L'avocat des Mikisew prétend que, si l'obligation de consulter n'était pas étendue au processus

the law-making process, their right to be meaningfully consulted by the Crown would be rendered unenforceable. This assertion hinges on an understanding of “Crown conduct” to include law-making functions; an understanding that my colleague Justice Brown has properly rejected. This does not mean that the Mikisew are without avenue to pursue their treaty rights in the face of impugned legislation.

[151] As I shall explain more fully below, the means to challenge an alleged infringement of the Mikisew’s treaty rights are well established in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, and subsequent cases (see e.g. *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010). As well, the Mikisew can allege a failure by the Crown to fulfill its duty to consult when contemplating government action, as required by *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and subsequent cases (see e.g. *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R. 227; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650).

[152] The appellant asks this Court to recognize that the duty to consult is triggered by the preparation of legislation, in other words, at the policy development stage of law making. On a practical level, this can be seen as moving the procedural duty first recognized in *Haida Nation* from executive decision making, either through the operation of legislation, or otherwise (*Rio Tinto*, at para. 43), all the way to the initial stages of the legislative process. As the law stands, the avenue by which aggrieved Aboriginal

législatif, il serait impossible de faire respecter leur droit d’être consultés utilement par la Couronne. Cette affirmation repose sur l’idée qu’une « conduite de la Couronne » englobe les fonctions législatives, une idée que mon collègue le juge Brown a rejetée à juste titre. Cela ne veut pas dire que les Mikisew ne disposent d’aucun recours pour exercer leurs droits issus de traités et contester les projets de loi en cause.

[151] Comme je l’expliquerai davantage plus loin, les moyens de contester l’atteinte aux droits issus de traités des Mikisew sont bien établis dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, et dans les arrêts subséquents : voir, p. ex., *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Les Mikisew peuvent aussi reprocher à la Couronne d’avoir manqué à son obligation de consulter au moment d’envisager la prise d’une mesure gouvernementale, comme l’exigent l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et la jurisprudence subséquente : voir, p. ex., *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[152] L’appelante demande à la Cour de reconnaître que l’obligation de consulter est déclenchée par l’élaboration d’un projet de loi, autrement dit, à l’étape de la réflexion sur les orientations du processus législatif. Sur le plan pratique, on peut voir cette proposition comme un déplacement de l’obligation procédurale, reconnue la première fois dans *Nation haïda*, de la décision de l’exécutif — que ce soit par l’application d’un projet de loi ou par un autre moyen (*Rio Tinto*, par. 43) — aux toutes premières étapes

rights holders can challenge the constitutionality of legislation under s. 35 is through the infringement/justification framework laid out by this Court in *Sparrow*, as affirmed recently in *Tsilhqot'in* (see paras. 118-25). The Mikisew's proposal would short-circuit this process by mandating that consultation occur before any ink is spilled in the drafting of a bill. All legislation that could potentially have an adverse effect on an Aboriginal right or claim would be presumptively unconstitutional unless adequate consultation had occurred. Practically, this would transform pre-legislative consultation from a factor in the *Sparrow* framework (as described below), to a constitutional requirement. Such consultation would be not only with proven rights holders, but with anyone with an unproven Aboriginal interest that might be adversely impacted by contemplated legislation.

[153] It is not warranted to extend the law in this way. Section 35 rights are not absolute. Like other provisions of the *Constitution Act, 1982*, s. 35 is both supported and confined by broader constitutional principles. The honour of the Crown arises from the fiduciary duty that Canada owes to Indigenous peoples following the assertion of sovereignty; it is an overarching guide to Canada's dealings with Indigenous peoples: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24, quoted with approval in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66. The current jurisprudence provides for protection and vindication of Aboriginal rights and for upholding the constitutional principles of parliamentary sovereignty and the separation of powers. It is important to continue to do both. This can be done while upholding the honour of the Crown.

[154] Legislation said to infringe an Aboriginal or treaty right can be challenged under the infringement/justification framework in *Sparrow*. To establish a

du processus législatif. Dans l'état actuel du droit, c'est grâce au cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la justification exposé par la Cour dans *Sparrow* et confirmé récemment dans *Tsilhqot'in* (voir les par. 118-125), que les titulaires lésés de droits ancestraux peuvent contester la constitutionnalité d'une loi sur le fondement de l'art. 35. La proposition des Mikisew court-circuiterait ce processus en exigeant qu'il y ait consultation avant même le début de la rédaction d'un projet de loi. Toute mesure législative susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou une revendication autochtone serait présumée inconstitutionnelle à moins qu'il y ait eu une consultation adéquate. En pratique, cela transformerait la consultation prélegislative, un facteur du cadre énoncé dans *Sparrow* (décrit ci-après), en une exigence constitutionnelle. Pareille consultation se tiendrait non seulement auprès des titulaires de droits établis, mais également auprès de quiconque a un droit ancestral non établi qui pourrait être compromis par la mesure législative envisagée.

[153] Rien ne justifie d'étendre la règle de droit de cette façon. Les droits prévus à l'art. 35 ne sont pas absolus. À l'instar d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 35 s'appuie sur des principes constitutionnels plus larges, tout en étant restreint par ceux-ci. L'honneur de la Couronne découle de l'obligation fiduciaire qui incombe au Canada envers les peuples autochtones depuis l'affirmation de sa souveraineté; il s'agit d'un principe directeur des relations du Canada avec les peuples autochtones : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24, cité avec approbation dans *Manitoba Métis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66. La jurisprudence actuelle prévoit la protection et la défense des droits ancestraux ainsi que le respect des principes constitutionnels de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs. Il importe de poursuivre ces deux objectifs, ce qui peut se faire tout en préservant l'honneur de la Couronne.

[154] Il est possible de contester une loi qui porterait atteinte à un droit ancestral ou issu de traités en recourant au cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la

s. 35 violation, a party must first demonstrate that it holds an Aboriginal right that remains unextinguished as of the enactment of the *Constitution Act, 1982* (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686), or a treaty right (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Delgamuukw*). Next, the party must establish that there has been a *prima facie* infringement of that right by way of an unreasonable limitation, undue hardship, or the denial of the preferred means of exercising the right: (*Sparrow*, at pp. 1112-13). Once a *prima facie* infringement has been established, the burden shifts to the Crown to show that the interference was based on a valid legislative objective and that the interference was consistent with the Crown's honour and fiduciary duty to Indigenous peoples. Along with other factors, including compensation and minimizing the infringement, any prior consultation is considered in determining whether the infringement was justified. It is settled jurisprudence that where a right is infringed and where that infringement has not been justified (to the requisite legal standard), then the courts will grant a substantive remedy to prevent the infringement or (if that is not possible) to mitigate its consequences for those whose s. 35 rights were infringed. In the case of infringing legislation, provisions found not to be justified will be a nullity and will not authorize any regulatory action (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 28-62).

[155] The significance of prior consultation in the infringement/justification analysis is a strong incentive for law makers to seek input from Indigenous communities whose interests may be affected by nascent legislation. This is exemplified by provinces which have recognized the importance of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of treaty or Aboriginal rights in the province (see e.g. Saskatchewan, "First Nation and Métis Consultation Policy Framework" (June 2010) (online), at p. 5; Manitoba, "Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities" (May 4,

justification formulé dans *Sparrow*. Pour établir une violation de l'art. 35, une partie doit d'abord démontrer qu'elle détient un droit ancestral qui n'était pas éteint lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686), ou un droit issu de traités (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Delgamuukw*). Ensuite, la partie doit établir qu'il y a eu atteinte *prima facie* à ce droit du fait d'une restriction déraisonnable, d'une contrainte excessive ou de la privation du moyen préféré d'exercer le droit : *Sparrow*, p. 1112-1113. Une fois l'atteinte *prima facie* établie, il incombe à la Couronne de démontrer que l'atteinte en cause repose sur un objectif législatif régulier et qu'elle est conforme au principe de l'honneur de la Couronne et à l'obligation fiduciaire de celle-ci envers les peuples autochtones. Au même titre que d'autres facteurs, y compris l'indemnisation et le fait de minimiser l'atteinte, toute consultation préalable est prise en compte pour décider si l'atteinte était justifiée. Il est bien établi par la jurisprudence que, s'il y a atteinte à un droit et si celle-ci n'a pas été justifiée (en fonction de la norme juridique applicable), les tribunaux accordent une réparation substantielle afin de la prévenir ou (si cela est impossible) afin d'atténuer les conséquences pour ceux et celles qui sont victimes d'une violation de leurs droits protégés par l'art. 35. Dans le cas d'une disposition législative qui porte atteinte aux droits protégés, cette disposition sera nulle et n'autorisera aucune prise de règlement si le tribunal conclut que l'atteinte est injustifiée : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. (feuilles mobiles)), p. 28-62.

[155] L'importance que revêt une consultation préalable dans l'analyse relative à l'atteinte et à la justification incite fortement les législateurs à demander l'avis des communautés autochtones dont les intérêts peuvent être touchés par une loi en devenir. À titre d'exemple, des provinces ont reconnu l'importance de consulter les peuples autochtones avant d'adopter une loi susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités dans la province : voir, p. ex., Saskatchewan, « First Nation and Métis Consultation Policy Framework » (juin 2010) (en ligne), p. 5; Manitoba, « Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal

2009) (online), at p. 1; Quebec, Interministerial Support Group on Aboriginal Consultation, *Interim Guide for Consulting the Aboriginal Communities* (2008), at p. 4). However, good public policy does not necessarily equate to a constitutional right. It is for each jurisdiction, federal, provincial and territorial, to decide on the modalities for consultation in the context of *Sparrow*.

[156] I turn now to the duty to consult recognized in *Haida Nation*. The duty to consult arises when three conditions are met. First, the Crown must have knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal right or claim. Second, there must be Crown conduct or a decision that is contemplated. Finally, the conduct must have the potential to adversely affect an Aboriginal right or claim. On the part of the Crown, the duty to consult serves two distinct objectives: first is a fact-finding function, as through consultation the Crown learns about the content of the interest or right, and how the proposed Crown conduct would impact that interest or right. The second objective is practical; the Crown must consider whether and how the Aboriginal interests should be accommodated. The Crown must approach the process with a view to reconciling interests. Where it is shown that the duty to consult has not been fulfilled, the decision in question will be quashed and, in effect, the decision maker will be told to “go back and do it again”, this time with adequate consultation. Where consultation has been adequate, but the duty to accommodate has not been fulfilled, various remedies can arise, both procedural and substantive.

[157] This Court stated in *Rio Tinto* that any *potential* for adverse impact as a result of Crown conduct will trigger the duty to consult and accommodate. The Court further stated that the duty may arise with respect to “high-level managerial or policy decisions” (para. 87). The policy decisions at issue in *Rio Tinto* were made by the executive in regards

Communities » (4 mai 2009) (en ligne), p. 1; Québec, Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones* (2008), p. 4. Cela dit, une bonne politique publique n'équivaut pas nécessairement à un droit constitutionnel. Il appartient à chaque gouvernement — fédéral, provincial ou territorial — de décider des modalités de la consultation à la lumière de l'arrêt *Sparrow*.

[156] Je passe maintenant à l'obligation de consulter reconnue dans *Nation haïda*. Elle prend naissance lorsque trois conditions sont réunies. Premièrement, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ancestral revendiqué. Deuxièmement, la Couronne doit envisager une mesure ou une décision. Troisièmement, la mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le droit ancestral revendiqué en question. Du point de vue de la Couronne, l'obligation de consulter sert deux objectifs distincts : elle a d'abord pour fonction d'établir les faits, car, grâce à la consultation, la Couronne se renseigne sur la teneur de l'intérêt ou du droit en cause de même que sur l'incidence qu'aurait la mesure qu'elle envisage sur cet intérêt ou sur ce droit. Le second objectif est d'ordre pratique : la Couronne doit s'interroger sur l'opportunité d'accueillir les intérêts des Autochtones et sur la façon de s'y prendre. Elle doit aborder le processus en cherchant à concilier les intérêts. Si l'on démontre qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter, la décision en question sera annulée et, dans les faits, on dira au décideur de « refaire ses devoirs », cette fois en procédant à une consultation adéquate. Si la consultation s'est révélée adéquate, mais qu'il y a manquement à l'obligation d'accueillir, plusieurs réparations tant procédurales que substantielles peuvent être accordées.

[157] La Cour a affirmé dans *Rio Tinto* que toute *possibilité* qu'une mesure de la Couronne ait un effet préjudiciable donne naissance à l'obligation de consulter et d'accueillir. Toujours selon la Cour, cette obligation peut prendre naissance à l'égard de « décisions de gestion ou politiques qui sont prises en haut lieu » (par. 87). Les décisions politiques en

to a *particular development project*; in that case, the impugned decision concerned the sale of power produced from a hydroelectric dam on the Nechako River. The Court's statement needs to be understood in the context in which it was made; it does not support the proposition that a duty to consult is constitutionally mandated in the law-making process. This is reinforced by the requirement that the impugned decision would result in potential adverse impacts. This Court held that there must be a "*causal relationship* between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights" (para. 45 (emphasis added)). Counsel for the Mikisew rely heavily on the reasons given by this Court in *Rio Tinto*. But *Rio Tinto* does not support the conclusion that the duty to consult must apply to the legislative process. In fact, this Court explicitly left open the question of whether "government conduct" attracting the duty to consult includes the legislative process (para. 44).

[158] While Bills C-38 (enacted as *Jobs, Growth and Long Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19) and C-45 (enacted as *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31) modified the regulatory framework for certain waterways, the use of those waters was not thereby returned to a situation of laissez-faire. Environmental regulation, provincial and territorial as well as federal, continues to apply. The appellants submit that the reduction in federal environmental oversight "profoundly affects" treaty rights by removing an environmental assessment process that would trigger the duty to consult (A.F., at para. 13). However, this is not the type of adverse effect that was contemplated in *Haida Nation* and subsequent jurisprudence. What is protected by s. 35 is the Aboriginal or treaty right itself. A specific set of arrangements for environmental regulation is not equivalent to a s. 35 right, and in particular is not equivalent to the treaty right relied on by the Mikisew in this case. As this Court stated in *Rio Tinto*: "the definition of what constitutes an adverse effect [does not] extend to adverse impacts on the negotiating position of an Aboriginal group" (para. 50). The adverse

cause dans *Rio Tinto* ont été prises par l'exécutif au sujet d'un *projet de développement en particulier*. Dans cette affaire, la décision attaquée portait sur la vente de l'électricité produite à partir d'un barrage hydroélectrique situé sur la rivière Nechako. Il est nécessaire de replacer l'affirmation de la Cour dans le contexte où elle a été faite, ce qui permet de conclure qu'elle n'étaye pas la proposition selon laquelle la Constitution impose l'obligation de consulter durant le processus législatif. Cette conclusion est renforcée par l'exigence que la décision attaquée soit susceptible d'avoir des effets préjudiciables. La Cour a jugé qu'il doit y avoir un « *lien de causalité* entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral » : par. 45 (italiques ajoutés). L'avocat des Mikisew s'appuie en grande partie sur les motifs donnés par la Cour dans *Rio Tinto*. Or, cet arrêt n'étaye pas la conclusion que l'obligation de consulter doit s'appliquer au processus législatif. En fait, la Cour a explicitement laissé en suspens la question de savoir si une « mesure gouvernementale » emportant l'obligation de consulter inclut le processus législatif : par. 44.

[158] Bien que les projets de loi C-38 (adopté en tant que *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19) et C-45 (adopté en tant que *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31) aient modifié le cadre réglementaire applicable à certains cours d'eau, l'usage de ceux-ci n'est pas revenu de ce fait à un état de laissez-faire. La réglementation provinciale, territoriale et fédérale en matière d'environnement continue de s'appliquer. Les appelants soutiennent que la réduction de la surveillance environnementale par le gouvernement fédéral [TRADUCTION] « nuit profondément » aux droits issus de traités en supprimant un processus d'évaluation environnementale qui donnerait naissance à l'obligation de consulter : m.a., par. 13. Cependant, il ne s'agit pas du type d'effet préjudiciable envisagé dans *Nation haïda* et la jurisprudence subséquente. Ce que protège l'art. 35, c'est le droit ancestral ou issu de traités lui-même. Un ensemble précis de dispositions en vue de la réglementation environnementale n'est pas équivalent à un droit protégé par l'art. 35, et tout particulièrement n'est pas équivalent au droit issu d'un traité sur lequel se fondent les Mikisew en l'espèce. Comme la Cour

impact must be to the future exercise of the *right itself* (para. 46).

[159] In summary, when legislation has been adopted, those who assert that the effect of the legislation is to infringe s. 35 rights have their remedies under *Sparrow*. Those who assert that government decisions made pursuant to the legislation's authority will adversely affect their claims will have their remedies under *Haida Nation*. Other Crown conduct beyond decisions made pursuant to statutory authority may also attract the duty to consult (*Rio Tinto*, at para. 43). Where new situations arise that require the adaptation or extension of this jurisprudence, the courts provide a means for such development of the law. But, no such requirement has been shown on the facts of this case.

II. Consequences for the Separation of Powers

[160] In order to understand the consequences of imposing a duty to consult on the process of preparing legislation for consideration by Parliament and by provincial legislatures, one needs to begin by understanding the many steps involved in this process. (I make no comment on territorial legislatures, as they operate with notable differences from Parliament and provincial legislatures.) Counsel for the Mikisew was of considerable assistance in this regard by placing before the Court and referring in his submissions to a document prepared by the Privy Council Office identifying the many steps involved (Canada, Privy Council, *Guide to Making Federal Acts and Regulations* (2nd ed. 2001), at p. 59). With slight paraphrasing, these steps are as follows:

Préparation

1. The department prepares analyses and plans; ministerial approval is required to proceed with policy consultations.

l'a mentionné dans *Rio Tinto*, « [l']effet préjudiciable ne s'entend pas [...] d'une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone » : par. 50. Le préjudice doit toucher l'exercice futur du *droit lui-même* : par. 46.

[159] En résumé, quand une loi est adoptée, les parties qui soutiennent qu'elle a pour effet de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 disposent de recours fondés sur l'arrêt *Sparrow*. Celles qui prétendent qu'une décision prise par le gouvernement en vertu du pouvoir que lui confère cette loi nuira à un droit qu'elles revendiquent disposeront de recours fondés sur *Nation haïda*. D'autres mesures gouvernementales, outre les décisions prises en vertu d'un pouvoir conféré par la loi, peuvent aussi donner naissance à l'obligation de consulter : *Rio Tinto*, par. 43. Lorsque surviennent de nouvelles situations où il faut adapter ou étendre la jurisprudence précitée, les tribunaux constituent un moyen de faire ainsi évoluer le droit. Le besoin de le faire n'a toutefois pas été démontré au vu des faits de l'espèce.

II. Conséquences pour la séparation des pouvoirs

[160] Pour saisir les conséquences de l'imposition de l'obligation de consulter lors de l'élaboration des projets de loi qui seront soumis à l'examen du Parlement ou des législatures provinciales, il faut tout d'abord comprendre les nombreuses étapes de ce processus. (Je ne me prononce pas sur les législatures territoriales en raison des différences notables qui existent entre leur fonctionnement et celui du Parlement ainsi que des législatures provinciales.) L'avocat des Mikisew a été d'un grand secours à cet égard en portant à la connaissance de la Cour — et en mentionnant lors de sa plaidoirie — un document dans lequel le Bureau du Conseil privé énumère les nombreuses étapes à suivre : Canada, Conseil privé, *Lois et règlements : l'essentiel* (2^e éd 2001), p. 61. En paraphrasant légèrement ce document, les étapes en question sont les suivantes :

Préparation

1. Le ministère prépare des analyses et des plans; il faut obtenir l'approbation ministérielle pour procéder à des consultations concernant les orientations.

- | | |
|--|---|
| <p>2. The Prime Minister reviews and approves machinery-related issues (where applicable).</p> <p>3. The sponsoring Minister makes a decision on the policy options and recommendations to Cabinet.</p> <p>4. The memorandum to Cabinet is prepared.</p> <p>5. The memorandum to Cabinet is subject to inter-departmental consultation.</p> <p>6. The memorandum to Cabinet is approved by the Deputy Minister and senior management.</p> <p>7. The memorandum to Cabinet is approved by the sponsoring Minister, and sent to the Privy Council Office.</p> <p>8. The Privy Council Office briefs the chair of the Cabinet Committee.</p> <p>9. The Cabinet Committee considers the memorandum to Cabinet, and the Privy Council Office issues a Committee Report.</p> <p>10. Cabinet ratifies the Committee Report, and the Privy Council Office issues a Record of Decision.</p> <p>11. The Department of Justice prepares a draft bill with the assistance of the legislation section drafting team, the sponsoring department, and the departmental legal services unit.</p> <p>12. The bill is approved by appropriate senior officials in the sponsoring department.</p> <p>13. The sponsoring Minister reviews and signs off on the bill.</p> <p>14. The Government House Leader reviews the bill.</p> <p>15. The Government House Leader seeks delegated authority from Cabinet to approve the bill for introduction.</p> <p>16. The Privy Council Office issues the bill.</p> | <p>2. Le premier ministre examine et approuve les questions liées aux rouages (s'il y a lieu).</p> <p>3. Le ministre décide des solutions possibles et des recommandations à faire au Cabinet.</p> <p>4. Le mémoire au Cabinet est rédigé.</p> <p>5. Le mémoire au Cabinet fait l'objet de consultations interministérielles.</p> <p>6. Le mémoire au Cabinet est approuvé par le sous-ministre et la haute direction.</p> <p>7. Le mémoire au Cabinet est approuvé par le ministre parrain et envoyé au Bureau du Conseil privé.</p> <p>8. Le Bureau du Conseil privé renseigne le président du comité du Cabinet.</p> <p>9. Le comité du Cabinet examine le mémoire au Cabinet et le Bureau du Conseil privé rend public un rapport de comité.</p> <p>10. Le Cabinet ratifie le rapport de comité et le Bureau du Conseil privé rend public un compte rendu de décision.</p> <p>11. Le ministère de la Justice prépare un avant-projet de loi avec l'aide de l'équipe de rédaction de la Section de la législation, le ministère parrain et les Services juridiques ministériels.</p> <p>12. Le projet de loi est approuvé par les hauts fonctionnaires compétents du ministère parrain.</p> <p>13. Le ministre parrain étudie et signe le projet de loi.</p> <p>14. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes étudie le projet de loi.</p> <p>15. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes demande au Cabinet le pouvoir délégué d'approuver le dépôt du projet de loi.</p> <p>16. Le Bureau du Conseil privé rend le projet de loi public.</p> |
|--|---|

The House of Commons

17. The Government House Leader gives notice of the bill's introduction.

La Chambre des communes

17. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes donne un avis du dépôt du projet de loi.

- | | |
|--|--|
| 18. The bill is introduced in the House of Commons: first reading. | 18. Le projet de loi est déposé à la Chambre des communes : première lecture. |
| 19. The bill proceeds to second reading (approval in principle). | 19. Le projet de loi passe à la deuxième lecture (approbation des orientations). |
| 20. The bill is considered in Committee (clause by clause consideration). | 20. Le projet de loi est étudié en comité (étude article par article). |
| 21. The Committee reports on the bill, including any recommended amendments. | 21. Le comité fait rapport sur le projet de loi et recommande, le cas échéant, des amendements à celui-ci. |
| 22. The bill proceeds to third reading and final approval by the House of Commons. | 22. Le projet de loi passe à la troisième lecture et à l'approbation finale de la Chambre des communes. |

The Senate

- | | |
|--|--|
| 23. The bill is introduced in the Senate: first reading. | 23. Le projet de loi est déposé au Sénat : première lecture. |
| 24. The bill proceeds to second reading (approval in principle). | 24. Le projet de loi passe à la deuxième lecture (approbation des orientations). |
| 25. The bill is considered in Committee (clause by clause consideration). | 25. Le projet de loi est étudié en comité (étude article par article). |
| 26. The Committee reports on the bill, including any recommended amendments. | 26. Le comité fait rapport sur le projet de loi et recommande, le cas échéant, des amendements à celui-ci. |
| 27. The bill proceeds to Third Reading and final approval by which the Senate. | 27. Le projet de loi passe à la troisième lecture et à l'approbation finale du Sénat. |

Royal Assent

- | | |
|--|--|
| 28. The bill receives royal assent from the Governor General. | 28. Le projet de loi reçoit la sanction royale de la part du gouverneur général. |
| 29. The legislation (now a statute) comes into effect upon royal assent or (if the statute so provides) at a later date. | 29. Le texte législatif (désormais une loi) entre en vigueur à la sanction royale ou (si la loi le prévoit) à une date ultérieure. |

Operation of the Legislation

- | | |
|--|--|
| 30. Regulations are made and decisions are taken pursuant to the authority conferred by the legislation. | 30. Des règlements et des décisions sont pris, en vertu du pouvoir conféré par la loi. |
|--|--|

[161] The situation is similar in the provinces, except for the fact that their legislatures are unicameral, i.e., they have no upper house corresponding to the Senate. The focus of the Mikisew's argument was on

Le Sénat

Sanction royale

Application de la loi

[161] Le portrait est le même dans les provinces, mis à part le fait que leur législature est unicamérale; autrement dit, elles n'ont pas de chambre haute correspondant au Sénat. L'argumentation des Mikisew

the first 16 steps listed above, relating to preparation of legislation which they mischaracterize as Crown conduct. Justice Brown has dealt with the confusion in the Mikisew's position in conflating the Crown and the legislature. (For an example, see the use of the ambiguous term "legislative processes" in para. 50 and elsewhere in their factum.) If the distinction between the Crown and the legislature were cast aside, then the next logical step would be to say that the duty to consult extends to consideration by Parliament (or provincial legislatures), as set out in steps 17 to 29 above.

[162] From another perspective, why should the duty to consult relate only to legislation? Why not budgetary measures (including the Estimates)? These are prepared for Parliament's consideration and arguably they could infringe s. 35 rights or adversely affect claims to such rights.

[163] If one breaches the separation of powers and treats the legislature as part of the Crown, then all of this can follow. The consequences of the foregoing are profound and warrant careful reflection. And, I would repeat, the consequences would relate not only to the Parliament of Canada, but also to the legislatures of the provinces.

[164] The first 16 steps involved in the preparation of legislation show that this is not a simple process. Rather, it is a highly complex process involving multiple actors across government. Imposing a duty to consult at this stage could effectively grind the day-to-day internal operation of government to a halt. What is now complex and difficult could become drawn out and dysfunctional. Inevitably, disputes would arise about the way that this obligation would be fulfilled. This is why the separation of powers operates the way it does. The courts are

portait principalement sur les 16 premières étapes énumérées précédemment, qui ont trait à l'élaboration des projets de loi, une tâche qu'ils qualifient à tort de conduite de la Couronne. Le juge Brown a traité de la confusion dans la position des Mikisew du fait qu'ils amalgament la Couronne et le Parlement ou les législatures provinciales : voir, par exemple, l'utilisation du terme ambigu « *legislative processes* » ([TRADUCTION] « processus législatifs ») au par. 50 et à d'autres endroits dans leur mémoire. Si la distinction entre la Couronne et le Parlement ou les législatures provinciales était écartée, la prochaine chose logique à faire serait de dire que l'obligation de consulter s'étend à l'étude du projet de loi par le Parlement ou par les législatures provinciales, soit aux étapes 17 à 29 décrites précédemment.

[162] D'un autre point de vue, pourquoi l'obligation de consulter devrait-elle viser uniquement les projets de loi? Pourquoi ne viserait-elle pas les mesures budgétaires (dont le budget des dépenses)? Ces mesures sont destinées à l'examen du Parlement et l'on pourrait soutenir qu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 ou d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication de ces droits.

[163] Si quelqu'un transgresse le principe de la séparation des pouvoirs et considère le Parlement ou les législatures provinciales comme faisant partie de la Couronne, toutes les répercussions susmentionnées peuvent s'ensuivre. Les conséquences de ce qui précède seraient profondes et méritent mûre réflexion. En outre, je le répète, les conséquences toucheraient non seulement le Parlement canadien, mais aussi les législatures provinciales.

[164] Les 16 premières étapes de l'élaboration des projets de loi démontrent qu'il ne s'agit pas d'un processus simple. C'est plutôt un processus fort complexe qui mobilise de nombreux acteurs au sein du gouvernement. L'imposition de l'obligation de consulter à ce stade pourrait en fait paralyser le fonctionnement interne au quotidien du gouvernement. Ce qui est aujourd'hui complexe et difficile risquerait de devenir interminable et dysfonctionnel. Inévitablement, des différends se soulevaient quant à la façon de s'acquitter de cette obligation. Voilà

ill-equipped to deal with the procedural complexities of the legislative process. Consider the following practical questions that would arise if this Court were to recognize a duty to consult in the preparation of legislation.

[165] Four questions (each with several facets) arise directly from what the Mikisew are seeking:

- (a) *Which types of legislation would trigger the duty to consult?* Would it be only legislation whose focus was the situation of Indigenous peoples? Arguably not; rather, it would extend to many laws of general application (as on the facts of this case).
- (b) In giving effect to the duty, *which Indigenous groups would need to be consulted?* How would they be identified? In the case of legislation of general application might not the duty require consultation with all Aboriginal groups within the jurisdiction?
- (c) *At what stage (in the 16 step process) is consultation to take place?* Might the duty require consultation to take place at more than one stage, as one moves from formulating policy options, to deciding on a recommended approach, to consideration and approval (possibly with changes) by Cabinet committee and then full Cabinet, to the drafting of the bill and its approval for introduction?
- (d) *What would be needed to fulfill the duty to consult in various circumstances?* How would this be decided and by whom?
- (e) Three further questions arise from the logical extension of the framework that the Mikisew are asking this court to adopt:
- (f) If the preparation of legislation that might affect s. 35 rights triggers the duty to consult, then would not that duty also be triggered by the

pourquoi le principe de la séparation des pouvoirs fonctionne comme il le fait. Les tribunaux sont mal outillés pour traiter des considérations procédurales complexes associées au processus législatif. Songez aux questions pratiques suivantes qui se poseraient si la Cour devait reconnaître l'existence d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi.

[165] Quatre questions (comportant toutes plusieurs facettes) découleraient directement de ce que réclament les Mikisew :

- a) *Quels types de lois donneraient naissance à l'obligation de consulter?* Serait-ce seulement les lois dont le point de mire est la situation des peuples autochtones? On pourrait soutenir que non; cette obligation s'étendrait plutôt à de nombreuses lois d'application générale (comme en l'espèce).
- b) Pour donner effet à l'obligation, *quels groupes autochtones faudrait-il consulter?* De quelle manière seraient-ils identifiés? Dans le cas d'une loi d'application générale, l'obligation requerrait-elle que l'on consulte tous les groupes autochtones se trouvant dans le ressort en cause?
- c) *À quel stade (du processus en 16 étapes) la consultation devrait-elle avoir lieu?* Se pourrait-il que l'obligation exige de consulter à plus d'une étape, quand on passe de la formulation des orientations possibles au choix d'une démarche recommandée, à l'étude et à l'approbation (peut-être avec des changements) d'un comité du Cabinet, puis de tout le Cabinet, à la rédaction du projet de loi et à l'approbation de son dépôt?
- d) *Que faudrait-il faire pour s'acquitter de l'obligation de consulter dans différentes situations?* De quelle manière conviendrait-il de trancher cette question et à qui reviendrait cette décision?
- e) Trois autres questions découleraient de l'élargissement logique du cadre que les Mikisew réclament à la Cour :
- f) Si l'élaboration d'un projet de loi susceptible de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 donnait naissance à l'obligation de consulter,

preparation of other measures for Parliament's consideration, notably the Budget, including the Estimates?

- (g) And, if the duty to consult extended to consideration by Parliament and provincial legislatures, then would not there also be significant and likely unforeseeable consequences for the operation of legislative assemblies, affecting their powers and privileges?
- (h) The relationship among the institutions of the executive and between them and Parliament are complex. What would be the impact on the operation of Cabinet, on the role of the Prime Minister or Premier as the head of Cabinet, and on the responsibility of the ministry to the legislature? Would there not be significant and likely unforeseeable consequences for the conventions, practices and procedures by which Cabinet operates and its relationship to the legislature?

[166] The careful reader of the foregoing list of 30 steps will have noted a reference to "policy consultations" in step 1. As a matter of practice and in furtherance of good public administration, consultation on policy options in the preparation of legislation is very often undertaken. But, it is not constitutionally required.

[167] Similarly, I would note again that under the jurisprudence, consultation is a factor in the justification of any s. 35 infringement under *Sparrow*. Thus, where an infringement of rights protected under s. 35 is possible by virtue of the adoption of legislation, there is strong incentive to consult. As mentioned above, it is fundamentally different to impose a constitutionally mandated duty to consult, the operation of that would inevitably be supervised by the courts. If Parliament or a provincial legislature wishes to bind itself to a manner and form requirement incorporating the duty to consult Indigenous peoples before the passing of legislation, it is free to do so (Hogg, at p. 12-12). But the courts will not infringe

cette obligation ne serait-elle pas aussi déclenchée par la préparation d'autres mesures soumises à l'étude du Parlement, notamment le budget, y compris le budget des dépenses?

- g) De plus, si l'obligation de consulter s'étendait à l'étude par le Parlement et par les législatures provinciales, n'aurait-elle pas vraisemblablement d'importantes conséquences imprévisibles sur le fonctionnement des assemblées législatives qui nuiraient aux pouvoirs et aux privilèges de ces dernières?
- h) Le rapport entre les institutions de l'exécutif et celui entre elles et le Parlement sont complexes. Quel serait l'impact sur le fonctionnement du Cabinet, sur le rôle du premier ministre à titre de chef du Cabinet ainsi que sur la responsabilité du ministère envers le Parlement ou une législature provinciale? N'y aurait-il pas d'importantes conséquences vraisemblablement imprévisibles pour les conventions, les pratiques et les procédures régissant le fonctionnement du Cabinet et sa relation avec le Parlement ou les législatures provinciales?

[166] Le lecteur attentif de la liste précédente comportant 30 étapes aura constaté la mention des « consultations concernant les orientations » à l'étape 1. En pratique, et pour favoriser une bonne administration publique, les consultations sur les orientations possibles durant l'élaboration des projets de loi sont monnaie courante. Elles ne sont toutefois pas exigées par la Constitution.

[167] De même, je tiens à souligner de nouveau que, selon la jurisprudence, la consultation est un facteur de la justification de toute violation de l'art. 35 suivant le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*. Ainsi, lorsque l'adoption d'une loi risque de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35, il y a une forte incitation à consulter. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'imposition d'une obligation de consulter prescrite par la Constitution est fondamentalement différente et son application serait forcément contrôlée par les tribunaux. Si le Parlement ou une législature provinciale souhaitaient se lier par une exigence de moyen ou de forme qui comporterait l'obligation de consulter

on the discretion of legislatures by imposing additional procedural requirements on legislative bodies (*Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40).

[168] Finally, I note that legislation itself will not ordinarily give rise to an infringement of rights under s. 35. When it does, an infringement claim may be brought under *Sparrow*. Rather, what is ordinarily the case is that it is *Crown conduct*, whether through the exercise of authority conferred by legislation, or by its own authority, that gives rise to an infringement of rights or to adverse effects to a claimed right. In such instances, *Haida Nation* and the cases following it impose a duty to consult and, where necessary, to accommodate. With respect to the duty to consult, the Crown's actions are reviewable by the courts under the general principles of judicial review (*Haida Nation*). These principles do not allow for courts to review decisions of a legislative nature on grounds of procedural fairness (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pp. 758-59). As a general rule, no duty of procedural fairness is owed by the government in the exercise of any legislative function (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 558; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59; *Authorson*, at para. 41).

III. The Role of the Court

[169] As surely as night follows day, if such a duty were to be imposed, disagreements would arise as to the foregoing questions and many others. How would such disagreements be resolved? Where a constitutionally mandated duty exists, affected parties would inevitably turn to the courts. Thus, courts would be drawn into a supervisory role as to the operation of a duty to consult in the preparation of legislation (as well as, in all likelihood, other matters, notably budgets, requiring approval by the legislature). I agree with Justice Brown's discussion

les peuples autochtones avant l'adoption des lois, ils seraient libres de le faire : Hogg, p. 12-12. Cela dit, les cours ne vont pas s'ingérer dans le pouvoir discrétionnaire des assemblées législatives en imposant des exigences procédurales supplémentaires à des organismes législatifs : *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

[168] Je précise enfin que la loi elle-même ne porte habituellement pas atteinte à des droits protégés par l'art. 35. Lorsque c'est le cas, il est possible d'intenter un recours pour atteinte en application de l'arrêt *Sparrow*. En temps normal, c'est plutôt une *conduite de la Couronne*, que ce soit par l'exercice d'un pouvoir que lui confère la loi ou en vertu de son propre pouvoir, qui porte atteinte à des droits ou qui a des effets préjudiciables sur un droit revendiqué. *Nation haïda* et les arrêts qui l'ont suivi imposent alors une obligation de consulter et, s'il y a lieu, une obligation d'accommoder. Quant à l'obligation de consulter, les mesures de la Couronne sont susceptibles de contrôle judiciaire selon les principes généraux en la matière : *Nation haïda*. Ces principes ne permettent pas aux tribunaux de contrôler des décisions de nature législative pour des motifs d'équité procédurale : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, p. 758-759. Règle générale, le gouvernement n'a pas à faire preuve d'équité procédurale dans l'exercice de fonctions législatives : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 558; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59; *Authorson*, par. 41.

III. Le rôle de la Cour

[169] Aussi certainement que la nuit succède au jour, si pareille obligation devait être imposée, il y aurait des mésententes sur les questions susmentionnées et sur bien d'autres. Comment de telles mésententes seraient-elles réglées? En présence d'une obligation imposée par la Constitution, les parties concernées s'adresseraient inévitablement aux tribunaux. Ces derniers seraient par conséquent appelés à surveiller l'exécution d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi (tout comme, selon toute vraisemblance, d'autres mesures,

on the impact of imposing a duty to consult on the separation of powers.

[170] I would add the following point. If the courts were to impose a duty to consult on the preparation of legislation, would not the next logical step be for the courts to impose a duty to consult on legislatures in their consideration of legislation? In such an eventuality, one would have to situate “consultations” somewhere in the sequence of first reading, second reading, committee stage, report stage, third reading, royal assent. If a legislature chooses to participate in consultation with Indigenous peoples pursuant to *Sparrow*, at what stage that consultation takes place is a matter of discretion. Yet the trial judge in this case suggested just such a remedy — that affected groups would be able to make submissions in Parliament. The trial judge’s order stated that the duty arose “at the time that each of the [bills] was introduced into Parliament” (2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243, at para. 112). Such a result offends the separation of powers and would necessarily engage the courts in regulating the exercise by Parliament and legislatures of their powers and privileges. That would be a profound change in our system of government.

IV. Conclusion

[171] This brings me full circle, back to whether there is a “gap” in the jurisprudence that needs to be filled. As I have set out above, no such gap exists. Vindicating s. 35 rights does not require imposition of a duty to consult in the preparation of legislation. Indeed, the imposition of such a duty would be contrary to the distinction between the Crown and the legislature. It would offend the separation of powers. It would encroach on parliamentary privilege. It would involve the courts in supervising matters that they have always held back from doing. In short, imposing such a duty would not provide needed

notamment les budgets, qui nécessitent l’approbation du Parlement ou d’une législature provinciale). Je souscris à l’analyse du juge Brown relative aux conséquences de l’imposition d’une obligation de consulter sur la séparation des pouvoirs.

[170] J’ajouterais ce qui suit. Si les tribunaux devaient imposer une obligation de consulter durant l’élaboration des projets de loi, la prochaine chose qu’ils devraient faire en toute logique ne serait-elle pas d’imposer aux assemblées législatives une obligation de consulter durant leur étude des projets de loi? En pareil cas, il faudrait situer les « consultations » quelque part aux étapes de la première lecture, de la deuxième lecture, de l’étude en comité, du rapport, de la troisième lecture et de la sanction royale. Si le Parlement ou une législature décidait de prendre part à une consultation avec des peuples autochtones conformément à l’arrêt *Sparrow*, le stade auquel se tiendrait cette consultation relèverait de son pouvoir discrétionnaire. C’est pourtant la réparation que le juge du procès a suggérée en l’espèce : la possibilité pour les groupes touchés de présenter des observations au Parlement. Le juge du procès a affirmé dans son ordonnance que l’obligation de consulter a pris naissance « à l’époque où chacun des projets de loi [. . .] a été déposé au Parlement » : 2014 CF 1244, par. 111 (CanLII). Ce résultat contrevient au principe de la séparation des pouvoirs et il amènerait nécessairement les tribunaux à encadrer l’exercice par le Parlement et les législatures de leurs pouvoirs et privilèges. Cela transformerait de fond en comble notre système de gouvernement.

IV. Conclusion

[171] Me voilà revenu au point de départ, soit à la question de savoir s’il y a dans la jurisprudence une « lacune » qui doit être comblée. Comme je l’ai expliqué précédemment, il n’existe aucune lacune de ce genre. La défense des droits protégés par l’art. 35 n’exige pas l’imposition d’une obligation de consulter durant l’élaboration des projets de loi. En fait, l’imposition d’une telle obligation irait à l’encontre de la distinction entre la Couronne et les assemblées législatives. Elle contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Elle empiéterait sur le privilège parlementaire. Elle amènerait les tribunaux à

protection for s. 35 rights. Rather, it would offend foundational constitutional principles and create rather than resolve problems.

[172] For the above reasons, I would dismiss the appeal with no costs ordered.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: JFK Law Corporation, Victoria and Vancouver.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Champagne and Aishihik First Nations, the Kwanlin Dün First Nation, the Little Salmon Carmacks First Nation, the First Nation of Na-Cho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council, and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society: Ratcliff & Company, North Vancouver.

superviser des questions qu'ils se sont toujours abstenus de superviser. Bref, l'imposition d'une telle obligation n'offrirait pas aux droits garantis par l'art. 35 la protection dont ils ont besoin. Elle contreviendrait plutôt à des principes constitutionnels fondamentaux et poserait des problèmes plutôt que d'en résoudre.

[172] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : JFK Law Corporation, Victoria et Vancouver.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the intervener the Manitoba Metis Federation Inc.: Pape Salter Teillet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération métisse du Manitoba : Pape Salter Teillet, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates for the Rule of Law: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Federation of Sovereign Indigenous Nations, Saskatoon; Westaway Law Group Professional Corporation, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations : Federation of Sovereign Indigenous Nations, Saskatoon; Westaway Law Group Professional Corporation, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Gitanyow Hereditary Chiefs: Grant Huberman, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Gitanyow Hereditary Chiefs : Grant Huberman, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants' children as "Indians" constituted discriminatory provision of services — Tribunal finding that complaints involved direct challenge to s. 6 of Indian Act and that legislation not included in the meaning of "services" under s. 5 of Canadian Human Rights Act — Whether Tribunal's decisions reviewable on standard of reasonableness or correctness.

CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)
V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 230.

2. Judicial review — Standard of review — Law society — Administrative decision engaging Charter protections — Law society denying approval to proposed law school with mandatory religiously-based covenant — Application for judicial review challenging decision on basis that it violated religious rights — Whether law society's decision engages Charter by limiting freedom of religion — If so, whether decision proportionately balanced limitation on freedom of religion with law society's statutory objectives — Whether law society's decision reasonable — Application of Doré/Loyola framework — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, s. 3.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA V. TRINITY
WESTERN UNIVERSITY, 293.

3. Judicial review — Standard of review — Law society — Administrative decision engaging Charter protections — Law society denying accreditation to proposed law school with mandatory religiously-based covenant — Application for judicial review challenging decision on basis that it violated religious rights — Whether law society's decision engages Charter by limiting freedom of religion — If so, whether decision proportionately balanced limitation on freedom of religion with law society's statutory objectives — Whether law society's decision reasonable — Application of Doré/Loyola framework — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 4.1, 4.2.

TRINITY WESTERN UNIVERSITY V. LAW SOCIETY OF
UPPER CANADA, 453.

CIVIL LIABILITY

Apportionment of liability — Damages — Solidarity — Civil action being instituted against rioters for damage done to patrol cars — Whether rioters are solidarily liable for whole of damage done to patrol car during riot because they jointly took part in wrongful act within meaning of art. 1480 of Civil Code of Québec — Whether rioters committed common fault or contributory faults as result of which they are solidarily liable under art. 1526 of Civil Code of Québec — Whether rioters are liable in solidum — Civil Code of Québec, arts. 1480, 1526.

MONTRÉAL (VILLE) V. LONARDI, 103.

CIVIL PROCEDURE

Production of documents — Health care databases — Province bringing action pursuant to provincial legislation against tobacco manufacturers to recover tobacco-related health care costs on aggregate basis — Legislation barring compellability in such action of "health care records and documents of particular individual insured persons" and of "documents relating to provision of health care benefits for particular individual insured persons" — Tobacco manufacturer seeking production of databases of health care information to be used by province to prove causation and damages in action — Whether databases, once anonymized, are compellable — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, s. 2(5)(b).

BRITISH COLUMBIA V. PHILIP MORRIS INTERNA-
TIONAL, INC., 595.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Principles of fundamental justice — Right to equality — Whether use of psychological and actuarial assessment tools to make decisions about Indigenous offender breached his rights to liberty,

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

security of the person and equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

EWERT V. CANADA, 165.

2. Parliamentary privilege — Scope of privilege — Security guards dismissed by President of National Assembly of Québec — Union grieving dismissals before labour arbitrator — President objecting to grievances on basis that decision to dismiss guards immune from review because of parliamentary privilege over management of employees and parliamentary privilege to exclude strangers — Whether President has established that either parliamentary privilege is necessary for National Assembly to discharge legislative mandate and therefore dismissals should be immune from arbitrator's review — Act respecting the National Assembly, CQLR, c. A-23.1, ss. 110, 120.

CHAGNON V. SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE ET PARAPUBLIQUE DU QUÉBEC, 687.

3. Aboriginal peoples — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Parliament adopting legislation amending Canada's environmental protection regime — First Nation not consulted on legislation at any stage of development or prior to granting of royal assent — First Nation seeking declaration that Crown owed and breached duty to consult since legislation had potential to adversely affect treaty rights to hunt, trap, and fish — Whether duty to consult applies to law-making process.

MIKISEW CREE FIRST NATION V. CANADA (GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL), 765.

COURTS

Federal Court — Jurisdiction — Judicial review — Parliament adopting legislation amending Canada's environmental protection regime — First Nation bringing application for judicial review with respect to development and introduction of legislation — Whether Federal Court had jurisdiction to consider First Nation's application — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal", 2(2), 17, 18, 18.1.

MIKISEW CREE FIRST NATION V. CANADA (GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL), 765.

CRIMINAL LAW

1. Sentencing — Considerations — Collateral consequences — Mitigating factors — Accused accidentally driving vehicle onto restaurant patio and killing child — Accused pleading guilty to offence of refusing to provide breath sample knowing that he caused accident resulting in death and sentenced to four months of imprisonment and driving prohibition — Court of Appeal increasing sentence to 26 months of imprisonment — Whether lower courts erred in determining appropriate sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 255(3.2), 718 to 718.2.

R. v. SUTER, 496.

2. Criminal law — Defence — Disclosure — Informer privilege — Solicitor-client communication — Police officers charged with crimes relating to alleged misconduct during police investigation — Officers seeking permission to disclose to their defence lawyers information obtained during investigation that might reveal identity of confidential informers — Whether officers entitled to disclose information — Whether limitations placed on information that officers can disclose to their lawyers interfere with solicitor-client relationship.

R. v. BRASSINGTON, 616.

3. Informer-privileged information — Objection to disclosure — Police officers charged with crimes relating to their conduct during police investigation — Case management judge declaring that officers can discuss information obtained during that investigation with their defence counsel that might reveal identity of confidential informers — Crown objection to disclosure of information dismissed — Whether declaratory order criminal or civil in nature — Whether order authorized form of disclosure to which Crown was entitled to object on public interest grounds under Canada Evidence Act — Whether appeal from dismissal of objection available — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1.

R. v. BRASSINGTON, 616.

HUMAN RIGHTS

Discriminatory practices — Provision of services — Indians — Status eligibility — Registration — Human rights complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants' children as "Indians" discriminated in provision of services customarily available to general public on grounds of race, national or

HUMAN RIGHTS — (Concluded)

ethnic origin, sex or family status — Whether complaints constituted direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in provision of service — Meaning of “services” under s. 5 of Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.

CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 230.

INTELLECTUAL PROPERTY

Copyright — Infringement — Norwich order — Costs of compliance — Copyright owners obtaining Norwich order compelling Internet service provider to disclose identity of person suspected of infringing owners’ copyright — Owners seeking not to pay costs of disclosure based on provision in statutory notice and notice copyright regime prohibiting Internet service provider from seeking costs for complying with obligations under regime — Whether steps taken by Internet service provider to comply with Norwich order overlap with its statutory obligations — Whether overlap, if any, impacts Internet service provider’s ability to recover reasonable costs of compliance with Norwich order — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 41.25, 41.26.

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. VOLTAGE PICTURES, LLC, 643.

LAW OF PROFESSIONS

1. Barristers and solicitors — Law society — Approval of law school — Law society denying approval to proposed law school with mandatory covenant prohibiting sexual intimacy except between married heterosexual couples — Whether law society entitled under its enabling statute to consider admissions policy and to hold referendum of members in deciding whether to approve proposed law school — Law Society Rules, r. 2-27 — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, s. 13.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA v. TRINITY WESTERN UNIVERSITY, 293.

2. Barristers and solicitors — Law society — Approval of law school — Law society denying accreditation

LAW OF PROFESSIONS — (Concluded)

to proposed law school with mandatory covenant prohibiting sexual intimacy except between married heterosexual couples — Whether law society entitled under its enabling statute to consider admissions policy in deciding whether to approve proposed law school.

TRINITY WESTERN UNIVERSITY v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, 453.

MUNICIPAL LAW

By-laws — Validity — Judicial review — Time — Action to annul zoning by-law for abuse of power — Reasonable time — Exercise of superintending and reforming power of superior courts with respect to government actions — Amendment to municipal zoning by-law having effect of precluding future construction of residential subdivision on large portion of lot belonging to legal person — Whether by-law that is contested for being abusive can be declared to be inoperable in respect of party contesting it if that party did not institute its action within reasonable time — Whether action in nullity was prescribed in accordance with general law rules of prescription — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 33 — Civil Code of Québec, art. 2922.

LORRAINE (VILLE) v. 2646-8926 QUÉBEC INC., 577.

PRISONS

Inmates — Indigenous offenders — Accuracy of information about offenders — Federal correctional authorities relying on psychological and actuarial assessment tools to make decisions regarding inmates in their custody — Métis inmate challenging reliance on these tools on ground that their validity when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research — Whether correctional authorities breached their statutory obligation to ensure that information about offenders is accurate by using these tools in respect of Indigenous offenders — If so, whether it is appropriate to issue declaration that obligation was breached — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 24(1).

EWERT v. CANADA, 165.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements published in Israeli newspaper available electronically in Canada — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, that Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether situs of tort is reliable basis on which to presume real and substantial connection between chosen forum and subject matter of litigation in Internet defamation cases — If so, whether presumption of jurisdiction can be rebutted — Whether choice of law factor in forum non conveniens analysis for Internet defamation cases should be based on place where plaintiff suffered most substantial harm to reputation.

HAARETZ.COM V. GOLDHAR, 3.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes selon lesquelles des dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d'être inscrits à titre d'« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans la prestation de services — Conclusion du Tribunal portant que les plaintes constituaient une attaque directe contre l'art. 6 de la Loi sur les Indiens et que les textes de loi ne sont pas compris dans le sens du terme « services » figurant à l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les décisions du Tribunal sont-elles assujetties à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 230.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Barreau — Décision administrative mettant en cause les protections conférées par la Charte — Barreau refusant d'agréer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire fondé sur des croyances religieuses — Demande de contrôle judiciaire de cette décision au motif qu'elle porte atteinte aux droits religieux — La décision du barreau fait-elle intervenir la Charte en restreignant la liberté de religion? — Dans l'affirmative, la décision met-elle en balance de façon proportionnée la restriction imposée à la liberté de religion et les objectifs qui incombent au barreau en vertu de la loi? — La décision du barreau est-elle raisonnable? — Application du cadre d'analyse établi dans les arrêts Doré et Loyola — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, art. 3.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA C. TRINITY WESTERN UNIVERSITY, 293.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Barreau — Décision administrative mettant en cause les protections conférées par la Charte — Barreau refusant d'agréer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire fondé sur des croyances religieuses — Demande de contrôle judiciaire de cette décision au motif qu'elle porte atteinte aux droits religieux — La décision du barreau fait-elle intervenir

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

la Charte en restreignant la liberté de religion? — Dans l'affirmative, la décision met-elle en balance de façon proportionnée la restriction imposée à la liberté de religion et les objectifs qui incombent au barreau en vertu de la loi? — La décision du barreau est-elle raisonnable? — Application du cadre d'analyse établi dans les arrêts Doré et Loyola — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 4.1, 4.2.

TRINITY WESTERN UNIVERSITY C. BARREAU DU HAUT-CANADA, 453.

DROIT CARCÉRAL

Détenus — Délinquants autochtones — Exactitude des renseignements concernant les délinquants — Recours par les autorités correctionnelles fédérales à des outils d'évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à l'égard des détenus dont elles ont la garde — Détenu métis contestant le recours à ces outils au motif que leur validité à l'endroit des délinquants autochtones n'a pas été établie par des recherches empiriques — Les autorités correctionnelles ont-elles manqué à leur obligation légale de veiller à l'exactitude des renseignements concernant les délinquants en utilisant ces outils à l'endroit des délinquants autochtones? — Dans l'affirmative, est-il indiqué de rendre un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu manquement à cette obligation? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 24(1).

EWERT C. CANADA, 165.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Principes de justice fondamentale — Droit à l'égalité — L'utilisation d'outils d'évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à propos d'un délinquant autochtone a-t-elle porté atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

personne et à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

EWERT C. CANADA, 165.

2. Privilège parlementaire — Portée du privilège — Gardiens de sécurité congédiés par le président de l'Assemblée nationale du Québec — Présentation par le syndicat de griefs contre les congédiements à un arbitre en droit du travail — Opposition du président aux griefs au motif que la décision de congédier les gardiens était à l'abri d'une révision en raison du privilège parlementaire relatif à la gestion du personnel et de celui d'expulser des étrangers — Le président a-t-il établi que l'un ou l'autre des privilèges parlementaires était nécessaire pour que l'Assemblée nationale puisse s'acquitter de son mandat législatif, de sorte que les congédiements devraient être à l'abri d'une révision par l'arbitre? — Loi sur l'Assemblée nationale, RLRQ, c. A-23.1, art. 110, 120.

CHAGNON C. SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE ET PARAPUBLIQUE DU QUÉBEC, 687.

3. Peuples autochtones — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consulter — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l'environnement — Absence de consultation d'une première nation pendant toute l'élaboration des projets de loi et avant que ceux-ci reçoivent la sanction royale — Demande par la première nation d'un jugement déclarant que la Couronne avait l'obligation de la consulter parce que les mesures législatives étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasser, de piéger et de pêcher issus de traité et qu'elle a manqué à cette obligation — L'obligation de consulter s'applique-t-elle au processus législatif?

MIKISEW CREE FIRST NATION C. CANADA (GOUVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL), 765.

DROIT CRIMINEL

1. Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conséquences indirectes — Facteurs atténuants — Accusé fonçant accidentellement avec son véhicule dans la terrasse d'un restaurant et tuant un enfant — Accusé plaidant coupable à une infraction de refus de fournir un échantillon d'haleine alors qu'il savait avoir causé un accident ayant occasionné la mort, puis condamné à une peine d'emprisonnement de quatre

DROIT CRIMINEL — (Fin)

mois et à une interdiction de conduire — Peine augmentée à 26 mois d'emprisonnement par la Cour d'appel — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en déterminant la peine appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 255(3.2), 718 à 718.2.

R. C. SUTER, 496.

2. Défense — Divulgaration — Privilège de l'indicateur de police — Communication avocat-client — Policiers accusés de crimes liés à la conduite répréhensible qu'ils auraient eue au cours d'une enquête policière — Demandes des policiers sollicitant la permission de divulguer à leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance dans le cadre de l'enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Les policiers ont-ils le droit de divulguer les renseignements? — Les restrictions imposées à l'égard des renseignements que les policiers peuvent divulguer à leurs avocats entravent-elles la relation avocat-client?

R. C. BRASSINGTON, 616.

3. Renseignements protégés par le privilège de l'indicateur — Opposition à la divulgation — Policiers accusés de crimes liés à leur conduite au cours d'une enquête policière — Déclaration par la juge chargée de la gestion de l'instance que les policiers peuvent discuter avec leurs avocats des renseignements dont ils ont pris connaissance pendant cette enquête et qui sont susceptibles de révéler l'identité d'indicateurs anonymes — Rejet de l'opposition de la Couronne à la divulgation des renseignements — L'ordonnance déclaratoire est-elle de nature criminelle ou civile? — L'ordonnance autorisait-elle une forme de divulgation à laquelle la Couronne avait le droit de s'opposer pour des raisons d'intérêt public en vertu de la Loi sur la preuve au Canada? — Le rejet de l'opposition peut-il être porté en appel? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37, 37.1.

R. C. BRASSINGTON, 616.

DROIT DES PROFESSIONS

1. Avocats et procureurs — Barreau — Reconnaissance d'une faculté de droit — Barreau refusant d'agréeer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire interdisant toute intimité sexuelle sauf au sein des couples hétérosexuels mariés — En vertu de sa loi habilitante, le barreau peut-il examiner

DROIT DES PROFESSIONS — (Fin)

une politique d'admission et tenir un référendum auprès de ses membres pour décider s'il y a lieu d'agréer la faculté de droit proposée? — *Law Society Rules*, art. 2-27 — *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 13.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA C. TRINITY WESTERN UNIVERSITY, 293.

2. Avocats et procureurs — Barreau — Reconnaissance d'une faculté de droit — Barreau refusant d'agréer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire interdisant toute intimité sexuelle sauf au sein des couples hétérosexuels mariés — En vertu de sa loi habilitante, le barreau peut-il examiner une politique d'admission pour décider s'il y a lieu d'agréer la faculté de droit proposée?

TRINITY WESTERN UNIVERSITY C. BARREAU DU HAUT-CANADA, 453.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Choix du tribunal — Juridiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario à l'égard de propos diffusés dans un journal israélien qui pouvaient être consultés en ligne au Canada — Requête déposée par les défendeurs pour faire suspendre l'action au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, que le tribunal ontarien devrait décliner l'exercice de sa compétence pour cause de forum non conveniens — Le lieu du délit constitue-t-il un fondement fiable à partir duquel on peut présumer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le ressort choisi et l'objet du litige dans les affaires de diffamation sur Internet? — Dans l'affirmative, la présomption de compétence peut-elle être réfutée? — Le facteur du choix du droit applicable dans l'analyse relative au forum non conveniens en matière de diffamation sur Internet doit-il reposer sur le lieu où le demandeur a subi l'atteinte la plus substantielle à sa réputation?

HAARETZ.COM C. GOLDHAR, 3.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Validité — Contrôle judiciaire — Délais — Demande en nullité d'un règlement de zonage pour

DROIT MUNICIPAL — (Fin)

cause d'abus de pouvoir — Délai raisonnable — Exercice du pouvoir de contrôle ou de surveillance des cours supérieures des actes de l'administration publique — Modification à la réglementation municipale en matière de zonage ayant pour conséquence d'empêcher la construction éventuelle d'un lotissement domiciliaire sur une partie importante d'un terrain appartenant à une personne morale — Est-ce qu'un règlement qu'une partie conteste en raison de son caractère abusif peut lui être déclaré inopposable si cette dernière n'a pas présenté sa demande dans un délai raisonnable? — La demande en nullité était-elle prescrite en vertu de la prescription de droit commun? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 33 — Code civil du Québec, art. 2922.

LORRAINE (VILLE) C. 2646-8926 QUÉBEC INC., 577.

DROITS DE LA PERSONNE

Pratiques discriminatoires — Prestation de services — Indiens — Droit au statut d'« Indien » — Inscription — Plaintes relatives aux droits de la personne selon lesquelles les dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d'être inscrits à titre d'« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services destinés au public fondé sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille — Les plaintes constituaient-elles une attaque directe contre un texte de loi ou mettaient-elles en cause un acte discriminatoire dans la prestation d'un service? — Sens de « services » aux termes de l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.

CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 230.

PROCÉDURE CIVILE

Production de documents — Bases de données relatives aux soins de santé — Action intentée par la province contre les fabricants de produits du tabac en vertu de la législation provinciale afin de recouvrer globalement le coût des services de soins de santé liés au tabac — Législation précisant que, dans une telle action, nul ne peut être requis de produire les « dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier » et les « documents relatifs

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

aux soins de santé prodigués à ces assurés » — Fabricant de produits du tabac cherchant à obtenir la production de bases de données contenant des renseignements médicaux destinés à servir à la province pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts dans le cadre de l'action — Est-il possible d'exiger la production des bases de données, une fois celles-ci anonymisées? — Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, art. 2(5)(b).

COLOMBIE-BRITANNIQUE C. PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, INC., 595.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Droit d'auteur — Violation — Ordonnance de type Norwich — Coûts occasionnés en vue de la conformité — Obtention par des titulaires de droits d'auteur d'une ordonnance de type Norwich obligeant un fournisseur de services Internet à communiquer l'identité d'une personne qui aurait violé leur droit — Titulaires de droits d'auteur demandant de ne pas payer les coûts relatifs à la communication sur le fondement d'une disposition du régime législatif d'avis et avis interdisant aux fournisseurs de services Internet de demander des droits pour les coûts occasionnés par la conformité aux obligations dans le cadre de ce régime — Les mesures prises par le fournisseur de services Internet pour se conformer à l'ordonnance de type Norwich chevauchent-elles ses obligations légales? — Un tel chevauchement, s'il en est, a-t-il une incidence sur la capacité du fournisseur de services Internet de recouvrer les coûts raisonnables occasionnés pour se conformer à l'ordonnance de type Norwich? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 41.25, 41.26.

ROGERS COMMUNICATIONS INC. C. VOLTAGE PICTURES, LLC, 643.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Partage de la responsabilité — Dommages-intérêts — Solidarité — Recours civil intenté contre des émeutiers pour des dommages causés à des autos-patrouilles — Les émeutiers sont-ils solidairement responsables de la totalité des dommages causés à une auto-patrouille pendant l'émeute en raison de leur participation à un fait collectif fautif au sens de l'art. 1480 du Code civil du Québec? — Les émeutiers ont-ils commis une faute commune ou des fautes contributoires qui les rendent solidairement responsables au sens de l'art. 1526 du Code civil du Québec? — Les émeutiers sont-ils responsables in solidum? — Code civil du Québec, art. 1480, 1526.

MONTRÉAL (VILLE) C. LONARDI, 103.

TRIBUNAUX

Cour fédérale — Compétence — Contrôle judiciaire — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l'environnement — Présentation par une première nation d'une demande de contrôle judiciaire concernant l'élaboration et le dépôt de projets de loi — La Cour fédérale avait-elle compétence pour se prononcer quant à la demande de la première nation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1.

MIKISEW CREE FIRST NATION C. CANADA (GOUVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL), 765.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca