



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2020 Vol. 2

2^e cahier, 2020 Vol. 2

Cited as [2020] 2 S.C.R. 283-586

Renvoi [2020] 2 R.C.S. 283-586

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MARYAM ARZANI SUZANNE AUDET
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ KATHIA SÉGUIN

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

Reference re Genetic

Non-Discrimination Act 283

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Genetic tests — Parliament enacting legislation criminalizing compulsory genetic testing and non-voluntary use or disclosure of genetic test results in context of wide range of activities — Whether ss. 1 to 7 of Genetic Non-Discrimination Act, S.C. 2017, c. 3, are ultra vires Parliament's jurisdiction over criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

R. v. Thanabalasingham 413

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused charged with second degree murder in death of spouse — Delay of almost five years between charge and anticipated end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.

Atlantic Lottery Corp. Inc. v.

Babstock 420

Civil procedure — Class actions — Certification — Pleadings — Causes of action — Plaintiffs alleging defendants profited from dangerous and deceptive video lottery terminals — Plaintiffs relying on waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment as causes of action and seeking gain-based award — Plaintiffs' action certified as class proceeding — Whether plaintiffs' claims disclose reasonable cause of action.

British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of

British Columbia 506

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial Attorney General about remuneration, allowances and benefits of provincial judges — Attorney General making submission to Cabinet concerning commission's recommendations and government's response — Legislative Assembly passing resolution rejecting commission's recommended increase in salary — Judges petitioning for judicial review

Continued on next page

SOMMAIRE

Renvoi relatif à la Loi sur la

non-discrimination génétique 283

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Tests génétiques — Adoption par le Parlement d'une loi criminalisant les tests génétiques obligatoires ainsi que l'utilisation ou la communication non volontaires des résultats de tels tests dans le contexte d'une vaste gamme d'activités — Les articles 1 à 7 de la Loi sur la non-discrimination génétique, L.C. 2017, c. 3, sont-ils ultra vires de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

R. c. Thanabalasingham 413

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Accusé inculpé du meurtre au deuxième degré de son épouse — Écoulement d'un délai de presque cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Est-ce que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'accusé par l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés a été violé? — Application du cadre d'analyse établi dans Jordan pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 11b).

Société des loteries de l'Atlantique c.

Babstock 420

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation d'exercer un recours collectif — Actes de procédure — Causes d'action — Demandeurs alléguant que les défendeurs ont tiré profit d'appareils de loterie vidéo dangereux et trompeurs — Demandeurs invoquant les causes d'action de renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause et cherchant à obtenir une réparation fondée sur les gains réalisés — Action des demandeurs autorisée en tant que recours collectif — Les demandes présentées par les demandeurs révèlent-elles une cause d'action raisonnable?

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of

British Columbia 506

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges au procureur général d'une province concernant la rémunération, les indemnités et les avantages consentis aux juges provinciaux — Mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement déposé par le procureur général — Résolution adoptée par l'Assemblée législative rejetant l'augmentation salariale

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of Legislative Assembly's resolution — Whether Cabinet submission should form part of record on judicial review.

Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia 556

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial government concerning salaries, benefits and pensions of provincial judges — Attorney General providing report to Cabinet concerning commission's recommendations — Order in council varying commission's recommendation concerning judges' salaries — Judges applying for judicial review of order in council — Whether Attorney General's report should form part of record on judicial review — Whether production of report precluded on grounds of public interest immunity.

SOMMAIRE (Fin)

recommandée par la commission — Demande de contrôle judiciaire de la résolution de l'Assemblée législative présentée par les juges — Le mémoire au Cabinet devrait-il faire partie du dossier de contrôle judiciaire?

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia 556

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Présentation au gouvernement de la province par une commission d'examen de la rémunération des juges de recommandations concernant les traitements, les avantages et les pensions des juges provinciaux — Remise au Cabinet par la procureure générale d'un rapport concernant ces recommandations — Modification par voie de décret de la recommandation de la commission relative aux traitements des juges — Dépôt par les juges d'une demande de contrôle judiciaire du décret — Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle judiciaire? — L'immunité d'intérêt public fait-elle obstacle à la production du rapport?

IN THE MATTER OF a Reference by the Government of Quebec to the Court of Appeal of Quebec concerning the constitutionality of the *Genetic Non-Discrimination Act* enacted by sections 1 to 7 of the *Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, S.C. 2017, c. 3

Canadian Coalition for Genetic Fairness
Appellant

v.

Attorney General of Canada and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Canadian Life and Health Insurance Association, Canadian Human Rights Commission, Privacy Commissioner of Canada and Canadian College of Medical Geneticists
Interveners

INDEXED AS: REFERENCE RE GENETIC NON-DISCRIMINATION ACT

2020 SCC 17

File No.: 38478.

2019: October 10; 2020: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Genetic tests — Parliament enacting legislation criminalizing compulsory genetic testing and

DANS L’AFFAIRE D’UN renvoi par le Gouvernement du Québec à la Cour d’appel du Québec relativement à la constitutionnalité de la *Loi sur la non-discrimination génétique* édictée par les articles 1 à 7 de la *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, L.C. 2017, c. 3

Coalition canadienne pour l’équité génétique
Appelante

c.

Procureur général du Canada et procureure générale du Québec *Intimés*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, Association canadienne des compagnies d’assurances de personnes, Commission canadienne des droits de la personne, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et Collège canadien de généticiens médicaux
Intervenants

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA NON-DISCRIMINATION GÉNÉTIQUE

2020 CSC 17

N° du greffe : 38478.

2019 : 10 octobre; 2020 : 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Tests génétiques — Adoption par le Parlement d’une loi criminalisant les tests génétiques

non-voluntary use or disclosure of genetic test results in context of wide range of activities — Whether ss. 1 to 7 of Genetic Non-Discrimination Act, S.C. 2017, c. 3, are ultra vires Parliament’s jurisdiction over criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

In 2017, Parliament enacted the *Genetic Non-Discrimination Act*. Section 2 of the *Act* defines a genetic test as “a test that analyzes DNA, RNA or chromosomes for purposes such as the prediction of disease or vertical transmission risks, or monitoring, diagnosis or prognosis”. Sections 3, 4 and 5 establish prohibitions relating to genetic tests: individuals and corporations cannot force individuals to take genetic tests or disclose genetic test results as a condition of obtaining access to goods, services and contracts; cannot refuse an individual access to goods, services and contracts because they have refused to take a genetic test or refused to disclose the results of a genetic test; and cannot use individuals’ genetic test results without their written consent in the areas of contracting and the provision of goods and services. Section 6 provides that the prohibitions established by ss. 3 to 5 do not apply to a physician, pharmacist or other health care practitioner, or to a person conducting research in certain respects. Section 7 provides that doing anything prohibited by ss. 3, 4 or 5 is an offence punishable on summary conviction or by indictment. Section 8 of the *Act* amended the *Canada Labour Code* to protect employees from forced genetic testing or disclosure of test results, and from disciplinary action on the basis of genetic test results, and ss. 9 to 11 of the *Act* amended the *Canadian Human Rights Act* to add genetic characteristics as a prohibited ground of discrimination and to create a deeming provision relating to refusal to undergo genetic testing or disclose test results.

The Government of Quebec referred the constitutionality of ss. 1 to 7 of the *Act* to the Quebec Court of Appeal, asking whether these provisions were *ultra vires* to the jurisdiction of Parliament over criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The Court of Appeal answered the reference question in the affirmative, concluding that ss. 1 to 7 of the *Act* exceeded Parliament’s authority over criminal law. The Canadian Coalition for

obligatoires ainsi que l’utilisation ou la communication non volontaires des résultats de tels tests dans le contexte d’une vaste gamme d’activités — Les articles 1 à 7 de la Loi sur la non-discrimination génétique, L.C. 2017, c. 3, sont-ils ultra vires de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

En 2017, le Parlement a édicté la *Loi sur la non-discrimination génétique*. Selon l’art. 2 de la *Loi*, un test génétique s’entend d’un « test visant l’analyse de l’ADN, de l’ARN ou des chromosomes à des fins telles la prédiction de maladies ou de risques de transmission verticale, ou la surveillance, le diagnostic ou le pronostic ». Les articles 3, 4 et 5 établissent les interdictions suivantes concernant les tests de cette nature : les particuliers et les sociétés ne peuvent forcer des personnes à subir des tests génétiques ou à en communiquer les résultats comme condition d’accès à des biens, à des services et à des contrats, ils ne peuvent leur refuser l’accès à des biens, à des services et à des contrats au motif qu’elles ont refusé de subir un test génétique ou d’en communiquer les résultats, et ils ne peuvent se servir des résultats de tels tests sans le consentement écrit des personnes visées dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services. L’article 6 prévoit que les interdictions établies par les art. 3 à 5 ne s’appliquent pas au médecin, au pharmacien et à tout autre professionnel de la santé, ni au chercheur qui mène des recherches à certains égards. L’article 7 prévoit qu’accomplir un acte interdit par les art. 3, 4 ou 5 constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation. L’article 8 de la *Loi* a modifié le *Code canadien du travail* afin de protéger les employés contre les tests génétiques forcés ou la communication forcée des résultats de tels tests, et contre les mesures disciplinaires fondées sur ces résultats, et les art. 9 à 11 de la *Loi* ont modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour ajouter les caractéristiques génétiques aux motifs de distinction illicite et pour prévoir une disposition créant une présomption relative au refus de subir un test génétique ou d’en communiquer les résultats.

Le gouvernement du Québec a soumis la question de la validité constitutionnelle des art. 1 à 7 de la *Loi* à la Cour d’appel du Québec, lui demandant si ces dispositions étaient *ultra vires* de la compétence du Parlement en matière de droit criminel selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d’appel a répondu par l’affirmative à la question du renvoi, et a conclu que les art. 1 à 7 de la *Loi* outrepassaient la compétence du

Genetic Fairness, which had intervened in the Court of Appeal, appeals to the Court as of right.

Held (Wagner C.J. and Brown, Rowe and Kasirer JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the reference question answered in the negative.

Per Abella, Karakatsanis and Martin JJ.: Parliament had the power to enact the *Genetic Non-Discrimination Act* under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The pith and substance of the challenged provisions is to protect individuals' control over their detailed personal information disclosed by genetic tests, in the broad areas of contracting and the provision of goods and services, in order to address Canadians' fears that their genetic test results will be used against them and to prevent discrimination based on that information. This matter is properly classified within Parliament's power over criminal law. The provisions are supported by a criminal law purpose because they respond to a threat of harm to several overlapping public interests traditionally protected by the criminal law — autonomy, privacy, equality and public health.

To determine whether a law falls within the authority of Parliament or a provincial legislature, a court must first characterize the law and then, based on that characterization, classify the law by reference to the federal and provincial heads of power under the Constitution.

At the characterization stage, a court must identify the law's pith and substance. The goal is to determine the law's true subject matter, even when it differs from its apparent or stated subject matter. The court will first look to characterize the specific provisions that are challenged, rather than the legislative scheme as a whole, to determine whether they are validly enacted. Identifying a law's pith and substance requires considering both the law's purpose and its legal and practical effects. Characterization plays a critical role in determining how a law can be classified, and thus the law's matter must be precisely defined. The focus is on the law itself and what it is really about.

To determine a law's purpose, a court looks to both intrinsic and extrinsic evidence. Intrinsic evidence includes the text of the law, and provisions that expressly set out the law's purpose, as well as the law's title and structure. Extrinsic evidence includes statements made

Parlement en matière de droit criminel. La Coalition canadienne pour l'équité génétique, qui avait participé en qualité d'intervenante devant la Cour d'appel, se pourvoit de plein droit devant la Cour.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Brown, Rowe et Kasirer sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la question du renvoi reçoit une réponse négative.

Les juges Abella, Karakatsanis et Martin : Le Parlement avait le pouvoir d'édicter la *Loi sur la non-discrimination génétique* en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le caractère véritable des dispositions contestées consiste à protéger le contrôle qu'exercent les personnes sur leurs renseignements personnels détaillés révélés par les tests génétiques dans les vastes secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services, afin de répondre à la crainte des Canadiens et Canadiennes que leurs résultats de test génétique ne soient utilisés contre eux et de prévenir la discrimination fondée sur ces renseignements. Cette matière est classifiée à bon droit comme relevant de la compétence du Parlement en droit criminel. Les dispositions reposent sur un objet de droit criminel, car elles répondent à une menace de préjudice pour plusieurs intérêts publics qui se chevauchent et qui sont traditionnellement protégés par le droit criminel — l'autonomie, la vie privée, l'égalité et la santé publique.

Pour déterminer si une loi relève de la compétence du Parlement ou de celle des législatures provinciales, le tribunal doit d'abord procéder à sa qualification et ensuite, sur ce fondement, classer la loi eu égard aux chefs de compétence fédéraux et provinciaux établis par la Constitution.

À l'étape de la qualification, le tribunal doit déterminer le caractère véritable de la loi. Le but est d'identifier l'objet véritable de la loi, même s'il diffère de son objet apparent ou déclaré. Le tribunal cherchera d'abord à qualifier les dispositions particulières contestées, plutôt que le régime législatif dans son ensemble, afin de déterminer si ces dispositions ont été validement adoptées. Pour déterminer le caractère véritable d'une loi, il faut examiner son objet et ses effets juridiques et pratiques. La qualification joue un rôle essentiel lors de la classification d'une loi, de sorte qu'il faut définir avec précision la matière de la loi. L'accent est mis sur la loi elle-même et sur ce à quoi elle a réellement trait.

Pour déterminer l'objet d'une loi, le tribunal examine tant la preuve intrinsèque qu'extrinsèque. La preuve intrinsèque comprend le texte de la loi et les dispositions qui énoncent expressément l'objet visé, ainsi que le titre et la structure de la loi. La preuve extrinsèque inclut

during parliamentary proceedings and drawn from government publications. Both legal and practical effects are also relevant to identifying a law's pith and substance. Legal effects flow directly from the provisions of the statute itself, whereas practical effects flow from the application of the statute.

Here, the title of the *Act* and the text of the prohibitions provide strong evidence that ss. 1 to 7 have the purpose of combatting genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on the results of genetic tests by prohibiting conduct that makes individuals vulnerable to genetic discrimination in the areas of contracting and the provision of goods and services. The prohibitions created by ss. 3 to 5 apply to a wide range of circumstances in which individuals might be treated adversely based on their decision about whether to undergo genetic testing. They do not target a particular activity or industry, but instead target conduct that enables genetic discrimination. Section 2 of the *Act* defines a "genetic test" as an analysis of genetic material for a health-related purpose and therefore speaks to a health-related genetic test. Reading the definition this way supports the conclusion that the *Act* aims to combat discrimination based on genetic test results, as health-related genetic tests reveal highly personal information — details that individuals might not wish to know or share and that could be used against them.

The parliamentary debates provide strong evidence to support the view that the purpose of ss. 1 to 7 is to combat genetic discrimination. The debates make clear that the immediate mischief that the law was intended to address was the lack of legal protection for the results of genetic testing, which left individuals vulnerable to genetic discrimination and gave rise to fear of genetic discrimination. Those concerns correspond to the title of the *Act* and the text of the prohibitions. Parliament's amendments to the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act* enacted at the same time as ss. 1 to 7 of the *Act* suggest that Parliament was looking to take a coordinated approach to tackling genetic discrimination based on test results, using different tools.

Parliament's purpose in enacting the provisions in question is borne out in the provisions' effects. Starting with legal effects, ss. 3 to 5 of the *Act* prohibit genetic testing requirements and non-consensual uses of genetic test results in a broad range of circumstances. Section 7

les déclarations faites lors des travaux parlementaires et celles tirées des publications gouvernementales. Les effets tant juridiques que pratiques sont également pertinents lorsqu'il s'agit d'établir le caractère véritable d'une loi. Les effets juridiques découlent directement des dispositions de la loi elle-même, alors que les effets pratiques découlent de l'application de celle-ci.

En l'espèce, le titre de la *Loi* et le libellé des interdictions fournissent une preuve solide que les art. 1 à 7 ont pour objet de combattre la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques en interdisant une conduite qui expose les personnes à la discrimination génétique dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services. Les interdictions créées par les art. 3 à 5 s'appliquent à un vaste éventail de circonstances dans lesquelles des personnes pourraient subir un traitement préjudiciable fondé sur leur décision de subir ou non un test génétique. Elles ne visent pas une activité ou un secteur particuliers, mais visent plutôt une conduite qui rend possible la discrimination génétique. L'article 2 de la *Loi* définit un « test génétique » comme une analyse de matériel génétique à une fin liée à la santé et vise donc un test génétique lié à la santé. Interpréter la définition de cette façon étaye la conclusion selon laquelle la *Loi* vise à combattre la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques, car les tests génétiques liés à la santé révèlent des renseignements très personnels — des détails que des personnes pourraient ne pas souhaiter connaître ou partager et qui pourraient être utilisés contre elles.

Les débats parlementaires fournissent une preuve solide à l'appui du point de vue selon lequel les art. 1 à 7 visent à combattre la discrimination génétique. Les débats indiquent clairement que le mal immédiat auquel la loi vise à remédier est l'absence d'une protection juridique à l'égard des résultats de tests génétiques, ce qui exposait les personnes à la discrimination génétique et entraînait la crainte de la discrimination génétique. Ces préoccupations correspondent au titre de la *Loi* et au libellé des interdictions. Le fait que les modifications au *Code canadien du travail* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aient été adoptées en même temps que les art. 1 à 7 de la *Loi* indique que le Parlement cherchait à mettre en œuvre une approche coordonnée pour lutter contre la discrimination génétique fondée sur les résultats d'un test, en utilisant différents moyens.

L'objectif que visait le Parlement en édictant les dispositions en cause est confirmé par les effets de celles-ci. S'agissant d'abord des effets juridiques, les art. 3 à 5 de la *Loi* interdisent d'obliger une personne à subir un test génétique et d'utiliser sans son consentement les résultats

imposes significant penalties for contravening these prohibitions. These prohibitions and penalties will also likely affect the operation of provincial and territorial legislation that requires the disclosure of genetic test results. The most direct and significant practical effect of the prohibitions is to give individuals control over the decision of whether to undergo genetic testing and over access to the results of genetic testing. The prohibitions do so by preventing genetic testing requirements from being imposed on individuals as a condition of access to goods, services and contracts, and by preventing individuals' genetic test results from being used non-consensually when they seek to obtain goods and services and enter into contracts.

As to classification, s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, gives Parliament the exclusive authority to make laws in relation to the criminal law. A law will be valid criminal law if, in pith and substance, (1) it consists of a prohibition (2) accompanied by a penalty and (3) backed by a criminal law purpose. Here, as there are undoubtedly prohibitions accompanied by penalties, the only issue is whether ss. 1 to 7 of the *Act* are supported by a criminal law purpose.

A law is backed by a criminal law purpose if the law, in pith and substance, represents Parliament's response to a threat of harm to a public interest traditionally protected by the criminal law, such as peace, order, security, health and morality, or to a threat of harm to another similar interest. As long as Parliament is addressing a reasoned apprehension of harm to one or more of these public interests, no degree of seriousness of harm need be proved before it can make criminal law.

The essential character of the prohibitions in the *Act* represents Parliament's response to the risk of harm that the prohibited conduct, genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on genetic test results pose to several public interests traditionally protected by the criminal law: autonomy, privacy, equality and public health.

Safeguarding autonomy and privacy are established uses of the criminal law power. The conduct prohibited by ss. 1 to 7 of the *Act* poses a risk of harm to two facets of autonomy and personal privacy because individuals have an interest in deciding whether or not to access the detailed genetic information revealed by genetic testing

d'un tel test dans un vaste éventail de circonstances. L'article 7 impose des peines sévères pour la violation de ces interdictions. Les interdictions et les peines en question auront aussi vraisemblablement une incidence sur le caractère opérant des lois provinciales et territoriales qui exigent la communication des résultats d'un test génétique. L'effet pratique le plus direct et le plus important des interdictions est de permettre aux gens d'exercer un contrôle sur la décision de subir ou non un test génétique et sur l'accès aux résultats d'un tel test. C'est ce que font les interdictions en empêchant qu'une personne se voie imposer l'obligation de subir un test génétique comme condition d'accès à des biens, à des services et à des contrats, et en empêchant l'utilisation non consensuelle des résultats d'un test génétique effectué sur une personne lorsque celle-ci cherche à obtenir des biens et services et à conclure des contrats.

En ce qui concerne la classification, le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement l'autorité législative exclusive en ce qui a trait au droit criminel. Des dispositions législatives constitueront des dispositions de droit criminel valides si, par leur caractère véritable, (1) elles contiennent une interdiction (2) assortie d'une sanction et (3) reposent sur un objet de droit criminel. En l'espèce, puisqu'il y a sans aucun doute des interdictions assorties de sanctions, la seule question consiste à savoir si les art. 1 à 7 reposent sur un objet de droit criminel.

Une loi repose sur un objet de droit criminel si, par son caractère véritable, elle constitue la réponse du Parlement à une menace de préjudice à un intérêt public traditionnellement protégé par le droit criminel, comme la paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité, ou à une menace de préjudice à un autre intérêt semblable. Dans la mesure où le Parlement répond à une appréhension raisonnée de préjudice à l'un ou plusieurs de ces intérêts publics, le degré de gravité du préjudice n'a pas à être établi pour qu'il puisse légiférer en matière criminelle.

Le caractère essentiel des interdictions dans la *Loi* constitue la réponse du Parlement au risque de préjudice que présentent la conduite interdite, la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques pour plusieurs intérêts publics traditionnellement protégés par le droit criminel, à savoir l'autonomie, la vie privée, l'égalité et la santé publique.

La sauvegarde de l'autonomie et de la vie privée sont des exercices établis de la compétence en matière criminelle. La conduite interdite aux art. 1 à 7 de la *Loi* présente un risque de préjudice pour deux aspects de l'autonomie et de la vie privée, car les personnes ont un intérêt à décider si elles souhaitent ou non avoir accès aux renseignements

and whether or not to share their test results with others. The risk of harm to these dignity-related interests in the contexts of the provision of goods and services and the conclusion of contracts is significant: the dignity, autonomy and privacy interests in individuals' detailed genetic information were understood by Parliament to be unique and strong. The potential for genetic test results to reveal highly personal information about the individual tested and the potential for abuse of genetic test results and the information they reveal are immense. Protecting fundamental moral precepts or social values is also an established criminal law purpose. Genetic discrimination threatens the fundamental social value of equality by stigmatizing and imposing adverse treatment on individuals because of their inherited, immutable genetic characteristics. In pith and substance, ss. 1 to 7 of the *Act* are Parliament's response to the risk of harm that the prohibited conduct and discrimination based on genetic test results pose to autonomy, privacy and equality. Parliament has the power under s. 91(27) to protect people from emerging threats to these interests. This is especially so when Parliament reasonably views the information it is safeguarding as uniquely elemental to identity, and uniquely vulnerable to abuse. Protecting these core interests is an established, proper use of the criminal law power.

Parliament can also use its criminal law power to respond to a reasoned apprehension of harm to public health. Genetic discrimination and the fear of genetic discrimination are barriers to accessing suitable, maximally effective health care, to preventing the onset of health conditions and to participating in research. Here, in pith and substance, Parliament's action was a response to the harm that vulnerability to and fear of genetic discrimination posed to public health. Giving individuals control over access to their genetic information by prohibiting forced genetic testing and disclosure of test results and the non-consensual collection, use or disclosure of genetic test results in the areas of contracting and the provision of goods and services targets the harmful fear of genetic discrimination that poses a threat to health. The *Act* was intended to target that fear.

génétiques détaillés que révèlent des tests génétiques et si elles souhaitent ou non communiquer leurs résultats de test à d'autres personnes. Le risque de préjudice à ces intérêts liés à la dignité dans les contextes de la fourniture de biens et services et de la conclusion de contrats est important : le Parlement a estimé que les intérêts d'une personne au respect de la dignité, de l'autonomie et de la vie privée en ce qui a trait à ses renseignements génétiques détaillés sont des intérêts uniques et importants. La possibilité que les résultats d'un test génétique révèlent des renseignements de nature très personnelle sur la personne qui subit un tel test et le risque d'usage abusif des résultats de tests génétiques et des renseignements qu'ils révèlent sont énormes. La protection des règles morales ou valeurs sociales fondamentales constitue également un objet de droit criminel établi. La discrimination génétique menace la valeur sociale fondamentale de l'égalité en stigmatisant des personnes en raison des caractéristiques génétiques immuables dont elles ont hérité et en leur imposant un traitement préjudiciable. Par leur caractère véritable, les art. 1 à 7 de la *Loi* constituent la réponse du Parlement au risque de préjudice que présentent la conduite interdite et la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques pour l'autonomie, la vie privée et l'égalité. Le Parlement a le pouvoir, en vertu du par. 91(27), de protéger les personnes contre les nouvelles menaces à ces intérêts. C'est notamment le cas lorsque le Parlement estime à juste titre que les renseignements qu'il sauvegarde sont particulièrement essentiels en ce qui a trait à l'identité et particulièrement sujets aux abus. La protection de ces intérêts fondamentaux est une utilisation établie et légitime de la compétence en matière de droit criminel.

Le Parlement peut également recourir à sa compétence en matière de droit criminel pour répondre à une appréhension raisonnée de préjudice pour la santé publique. La discrimination génétique et la crainte d'une telle discrimination sont des obstacles à l'accès à des soins de santé adéquats et d'efficacité optimale, à la prévention de l'apparition de problèmes de santé ainsi qu'à la participation à des recherches. En l'espèce, par son caractère véritable, l'intervention du Parlement répond au risque du préjudice que présentent pour la santé publique le fait d'être exposé à la discrimination génétique et la crainte d'une telle discrimination. Permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur l'accès à leurs renseignements génétiques en interdisant les tests génétiques forcés et la communication forcée des résultats de tels tests, ainsi que la collecte, l'utilisation ou la communication non consensuelle de ces résultats dans les domaines de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services, vise la crainte préjudiciable de la discrimination génétique qui constitue une menace pour la santé. La *Loi* visait cette crainte.

Per Moldaver and Côté JJ.: There is agreement in the result with Justice Karakatsanis that ss. 1 to 7 of the *Act* represent a valid exercise of Parliament’s power over criminal law set out at s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. However, there is disagreement as to the pith and substance of ss. 1 to 7: it is to protect health by prohibiting conduct that undermines individuals’ control over the intimate information revealed by genetic testing. By giving people control over the decision to undergo genetic testing and over the collection, disclosure and use of the results of such testing, Parliament sought to mitigate their fears that their genetic test results could be used against them in a wide variety of contexts. Parliament had ample evidence before it that this fear was causing grave harm to the health of individuals and their families, and to the public healthcare system as a whole.

The pith and substance of the impugned provisions is borne out by their purpose and effects. By enacting ss. 1 to 7 of the *Act*, Parliament sought to prohibit conduct that was undermining individuals’ control over the information revealed by genetic testing — conduct that was leading to health-related harms. This purpose can be discerned from the structure and content of the *Act*, and from the parliamentary debates.

The text of the impugned provisions is a key source of intrinsic evidence of purpose. Section 2 sets out the definition of “genetic test”, which is restricted to tests that are taken for health-related purposes. This limited definition is crucial in order to accurately identify the purpose of the prohibitions in ss. 3 to 5 of the *Act*, since the term “genetic test” lies at the heart of each of those sections. Sections 3 to 5 give individuals control over the profoundly personal information revealed by genetic testing.

An additional form of intrinsic evidence is the title of the *Act*. While the short and long titles of the *Act* do not mirror the pith and substance of ss. 1 to 7, they are nonetheless consistent with the purpose identified. This is because reducing the opportunities for genetic discrimination is one of the ways in which the provisions in issue reduce individuals’ fears that their genetic information will be used against them — the barrier to pursuing genetic testing that Parliament identified and sought to remove. Thus, while preventing genetic discrimination is not the

Les juges Moldaver et Côté : Il y a accord avec la juge Karakatsanis quant au résultat, à savoir que les art. 1 à 7 de la *Loi* constituent un exercice valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, il y a désaccord quant au caractère véritable des art. 1 à 7 : ces dispositions ont pour caractère véritable la protection de la santé en ce qu’elles prohibent des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements intimes que révèlent les tests génétiques. En permettant aux gens d’exercer un contrôle sur la décision de subir un test génétique, ainsi que sur la collecte, la communication et l’utilisation des résultats de ces tests, le Parlement a voulu atténuer leurs craintes que les résultats des tests génétiques soient utilisés à leur détriment dans un large éventail de contextes. Le Parlement disposait d’une preuve amplement suffisante démontrant que cette crainte causait un grave préjudice à l’égard de la santé des gens et de leur famille, et du système de santé public dans son ensemble.

La conclusion quant au caractère véritable des dispositions contestées est étayée par l’objet et par l’effet de ces dernières. En édictant les art. 1 à 7 de la *Loi*, le Parlement cherchait à interdire des conduites ayant pour effet de réduire le contrôle qu’exerce une personne sur les renseignements révélés par des tests génétiques — des conduites entraînant des préjudices liés à la santé. Cet objet peut être dégagé de la structure et du contenu de la *Loi*, ainsi que des débats parlementaires.

Le texte des dispositions contestées est une source clé de preuve intrinsèque concernant leur objet. L’article 2 comporte une définition de « test génétique » qui limite le sens de cette expression aux tests subis à des fins liées à la santé. Cette définition restreinte constitue un élément essentiel pour déterminer avec précision l’objet des interdictions prévues aux art. 3 à 5 de la *Loi*, puisque l’expression « test génétique » est au cœur de chacune de ces dispositions. Les articles 3 à 5 permettent aux gens de contrôler les renseignements profondément personnels que révèlent des tests génétiques.

Une autre forme de preuve intrinsèque est le titre de la *Loi*. Bien que le titre abrégé de la *Loi* et son titre complet ne reflètent pas le caractère véritable des art. 1 à 7, ils sont néanmoins compatibles avec l’objet qui a été déterminé. Il en est ainsi parce que la réduction des possibilités de discrimination génétique est l’un des moyens par lesquels les dispositions litigieuses atténuent la crainte qu’ont les gens que leurs renseignements génétiques soient utilisés à leur détriment — l’obstacle aux tests génétiques que le Parlement a cerné et cherchait à éliminer. Ainsi, bien que la

dominant purpose of the impugned provisions, it is still an important feature of the legislation.

Although the constitutionality of ss. 8 to 10 of the *Act* — which amended the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act* — is not in issue, considering ss. 1 to 7 of the *Act* alongside those sections reveals important distinctions that shed light on the purpose of the impugned provisions. Unlike ss. 1 to 7 of the *Act*, the amendments in ss. 8 to 10 of the *Act* prohibit genetic discrimination. This indicates that where Parliament's dominant objective was to prevent and prohibit genetic discrimination, it did so directly. This supports the conclusion that the dominant purpose of ss. 1 to 7 is not preventing and prohibiting genetic discrimination, but rather prohibiting conduct that deprives individuals of control over their genetic test results in order to protect health.

The parliamentary record bolsters the conclusion regarding the purpose of the provisions in question. The debates and testimony are directed at the devastating health consequences that were resulting from people foregoing genetic testing out of fear that the personal health information revealed by such testing could be used against them, including in discriminatory ways. To avoid these health consequences, Parliament targeted a disincentive to genetic testing: individuals' lack of control over the personal health information revealed by genetic testing. It sought to remove this barrier by prohibiting conduct that deprived individuals of that control.

There is agreement with Karakatsanis J. that the most significant practical effect of the *Act* is that it gives individuals control over the decision of whether to undergo genetic testing and over access to the results of any genetic testing they choose to undergo. Sections 1 to 7 confer near complete control over the specific category of genetic information that Parliament was targeting (i.e. "genetic test" results). These sections give individuals the ability to dictate the manner and extent to which their genetic test results may be collected, disclosed, and used in a wide array of contexts. This control has cascading effects that ultimately result in the protection of health. By giving individuals control over the intimate health-related information revealed by genetic testing, the pertinent provisions

prévention de la discrimination ne soit pas l'objet principal des dispositions contestées, elle constitue quand même un aspect important de la *Loi*.

Bien que la constitutionnalité des art. 8 à 10 de la *Loi* — qui ont modifié le *Code canadien du travail* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — ne soit pas contestée, un examen des art. 1 à 7 de la *Loi* au regard de ces articles révèle des distinctions importantes qui apportent un éclairage sur l'objectif des dispositions litigieuses. À la différence des art. 1 à 7 de la *Loi*, les modifications apportées aux art. 8 à 10 de la *Loi* interdisent la discrimination génétique. Cela indique que, dans les cas où le Parlement avait pour objectif principal de prévenir et d'interdire la discrimination génétique, il l'a fait directement. Cette constatation appuie la conclusion selon laquelle l'objet principal des art. 1 à 7 n'est pas la prévention et l'interdiction de la discrimination génétique, mais plutôt l'interdiction, dans le but de protéger la santé, de conduites qui privent les gens de la possibilité de contrôler l'utilisation qui est faite des résultats de leurs tests génétiques.

Le dossier parlementaire renforce la conclusion sur l'objet des dispositions en cause. Les débats et les témoignages visent les conséquences dévastatrices pour la santé découlant du fait que des personnes renoncent à subir des tests génétiques parce qu'elles craignent que les renseignements concernant leur état de santé révélés par de tels tests soient utilisés à leur détriment, y compris de manière discriminatoire. Afin d'éviter de telles conséquences pour la santé, le Parlement a choisi de s'attaquer à un facteur dissuasif qui faisait obstacle aux tests génétiques : l'absence de contrôle par les gens sur les renseignements concernant leur santé révélés par ces tests. Le Parlement cherchait à éliminer cet obstacle en interdisant des conduites qui priveraient les gens d'un tel contrôle.

Il y a accord avec la juge Karakatsanis pour dire que l'effet pratique le plus important de la *Loi* est de permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur la décision de subir ou non un test génétique et sur l'accès aux résultats de tout test génétique qu'elles choisissent de subir. Les articles 1 à 7 confèrent un contrôle quasi complet sur la catégorie précise de renseignements génétiques que ciblait le Parlement (c'est-à-dire, les résultats de « tests génétiques »). Ces articles donnent aux personnes la capacité de dicter la façon dont les résultats de leurs tests génétiques peuvent être recueillis, communiqués et utilisés — ainsi que la mesure dans laquelle ils peuvent l'être — dans un large éventail de contextes. Les effets de ce contrôle se répercutent en définitive sur la protection de la santé. En

have the effect of reducing their fears that this information will be used against them in myriad ways.

At the classification stage, ss. 1 to 7 of the *Act* are backed by a criminal law purpose because they are directed at suppressing a threat. Canadians choosing to forego genetic testing and thereby dying preventable deaths and suffering other preventable health-related harms for no reason other than the fear that their genetic test results could be used against them is a threat to health that Parliament was constitutionally entitled to address, pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Beyond addressing the dangers of preventable disease, the impugned provisions also protect other significant facets of health, like privacy and autonomy. They accordingly represent a valid exercise of Parliament's power to enact laws in relation to the criminal law.

Per Wagner C.J. and Brown, Rowe and Kasirer JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed and the reference question answered affirmatively. Sections 1 to 7 of the *Act* were not enacted within the constitutional authority of Parliament over the criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, they fall within provincial jurisdiction over property and civil rights conferred by s. 92(13).

The pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to regulate contracts and the provision of goods and services, in particular contracts of insurance and employment, by prohibiting some perceived misuses of one category of genetic tests, the whole with a view to promoting the health of Canadians. Sections 1 to 7 do not satisfy the substantive component of criminal law — a valid criminal law purpose — as Parliament has neither articulated a well-defined threat that it intended to target, nor did it provide any evidentiary foundation of such a threat. Instead, ss. 1 to 7 substantially affect the substantive law of insurance as well as human rights and labour legislation in all provinces.

To determine whether ss. 1 to 7 of the *Act* are *ultra vires* Parliament's jurisdiction over criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, courts must first characterize the law, i.e. determine its pith and substance, and then

permettant aux gens d'exercer un contrôle sur les renseignements intimes liés à leur santé révélés par des tests génétiques, les dispositions pertinentes ont pour effet de réduire leur crainte que ces renseignements soient utilisés à leur détriment d'une myriade de façons.

À l'étape de la classification, les art. 1 à 7 de la *Loi* reposent sur un objet de droit criminel, car ils visent à éliminer une menace. Le fait que des Canadiennes et des Canadiens choisissent de renoncer à subir un test génétique et en conséquence meurent de maladies évitables ou subissent d'autres préjudices liés à la santé évitables, et ce, pour la seule et unique raison qu'ils craignent que les résultats de ces tests soient utilisés à leur détriment, représente une menace pour la santé à l'égard de laquelle le Parlement était constitutionnellement autorisé à agir en légiférant en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En plus de s'attaquer aux risques associés aux maladies évitables, les dispositions contestées protègent aussi d'autres facettes importantes de la santé, telles la vie privée et l'autonomie. Elles constituent par conséquent un exercice valide du pouvoir du Parlement d'adopter des lois en matière de droit criminel.

Le juge en chef Wagner et les juges Brown, Rowe et Kasirer (dissidents) : Il convient de rejeter le pourvoi et de répondre par l'affirmative à la question du renvoi. L'adoption des art. 1 à 7 de la *Loi* ne relève pas de la compétence du Parlement en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces dispositions relèvent plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils conférée par le par. 92(13).

Le caractère véritable des art. 1 à 7 de la *Loi* consiste à réglementer les contrats et la fourniture de biens et services, en particulier les contrats d'assurance et d'emploi, en interdisant ce qui peut être perçu comme des usages inappropriés d'une catégorie de tests génétiques, et ce, dans le but de promouvoir la santé de la population canadienne. Les articles 1 à 7 ne respectent pas l'exigence de fond du droit criminel — un objet valide de droit criminel — parce que le Parlement n'a pas énoncé une menace bien définie qu'il entendait viser et n'a fourni non plus aucune preuve étayant une telle menace. Au contraire, les art. 1 à 7 influent de façon importante sur le droit substantiel des assurances ainsi que sur les lois relatives aux droits de la personne et au droit du travail dans toutes les provinces.

Pour déterminer si les art. 1 à 7 de la *Loi* outrepassent la compétence du Parlement en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux doivent d'abord qualifier la loi, c'est-à-dire

classify the law and determine whether it comes within the jurisdiction of the level of government that enacted it.

The exercise of characterization of impugned legislation must be as precise as possible. The true character of legislation is one which reflects its dominant purpose and effect. While other incidental features of the law may be noted, they should not dictate characterization lest classification be sent down the wrong path. The court's inquiry into pith and substance must be anchored in the text of the impugned legislation. The court must also be careful not to let form control the pith and substance inquiry; it should examine the substance of the legislation to determine what the legislature is really doing. In order to discern the purpose for which the impugned provisions were adopted, both intrinsic and extrinsic evidence must be considered.

Regarding intrinsic evidence, while a statute's title can be helpful to identify its pith and substance, legislatures sometimes use titles to other ends. Here, neither the long title nor the short title of the *Act* can be said to reflect clearly the impugned provisions' true purpose. They do not support a conclusion that ss. 1 to 7 seek to prohibit or prevent discrimination on genetic grounds. They also do not disclose Parliament's dominant purpose as focused on privacy and autonomy.

As no preamble or purpose section outlines the *raison d'être* of the law, the text of the provisions take particular significance in determining their pith and substance. The definition of "genetic test" in s. 2 is central to identifying the law's purpose, since the prohibitions in ss. 3 to 5, the exemption in s. 6, and the penalties in s. 7 all rely on this narrow, health-based definition. Taken together, ss. 1 to 7 aim to prohibit making the provision of goods and services or the making, continuing, or offering of specific terms or conditions of a contract conditional upon an individual undergoing or disclosing the results of genetic testing. The provisions do not prohibit the use of genetic information that may be disclosed voluntarily or obtained through other means, and they do not prohibit genetic discrimination. Sections 1 to 7 are limited in compass to a category of certain health-based genetic tests.

With respect to extrinsic evidence, the amendments to the *Canadian Human Rights Act* and *Canada Labour Code*

déterminer son caractère véritable, et doivent ensuite classer la loi et déterminer si elle relève de la compétence de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée.

La démarche de qualification de dispositions législatives contestées doit être aussi précise que possible. Le caractère véritable d'une loi reflète l'objet et effet principal de celle-ci. Bien que d'autres caractéristiques accessoires de la loi puissent être signalées, il convient de ne pas laisser celles-ci dicter la qualification pour éviter d'être dirigé dans la mauvaise voie lors de la classification. L'analyse du tribunal relative au caractère véritable doit être ancrée dans le texte des dispositions législatives contestées. Le tribunal doit aussi prendre garde de ne pas laisser la forme régir l'analyse relative au caractère véritable; il devrait se pencher sur la substance même de la loi pour déterminer sa portée véritable. Pour discerner l'objet visé par l'adoption des dispositions contestées, il faut examiner tant la preuve intrinsèque que la preuve extrinsèque.

En ce qui a trait à la preuve intrinsèque, bien que le titre d'une loi puisse être utile pour déterminer le caractère véritable de celle-ci, un législateur peut recourir aux titres à d'autres fins. En l'espèce, ni le titre intégral de la *Loi* ni son titre abrégé ne sauraient refléter clairement l'objet véritable des dispositions contestées. Ils ne permettent pas de conclure que les art. 1 à 7 visent à interdire ou à prévenir la discrimination fondée sur des motifs génétiques. Ils n'indiquent pas non plus que l'objet principal du Parlement est axé sur la vie privée et l'autonomie.

Comme aucun préambule ni aucune disposition sur l'objet de la loi n'expose sa raison d'être, le libellé des dispositions revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer leur caractère véritable. La définition de « test génétique » à l'art. 2 est cruciale pour déterminer l'objet de la loi, puisque les interdictions prévues aux art. 3 à 5, l'exception établie à l'art. 6 et les peines figurant à l'art. 7 reposent toutes sur cette définition étroite et axée sur la santé. Considérés ensemble, les art. 1 à 7 visent à interdire le fait d'obliger une personne à se soumettre à un test génétique ou à en communiquer les résultats comme condition préalable pour lui fournir des biens et services ou pour conclure ou maintenir un contrat, ou encore pour offrir ou maintenir des modalités particulières d'un contrat. Les dispositions n'interdisent pas l'utilisation des renseignements génétiques qui peuvent être communiqués de manière volontaire ou être obtenus par d'autres moyens, et n'interdisent pas la discrimination génétique. Les articles 1 à 7 se limitent à une catégorie formée de certains tests génétiques axés sur la santé.

En ce qui concerne la preuve extrinsèque, les modifications à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

in ss. 8 to 10 of the *Act* plainly create prohibitions against genetic discrimination which are absent from ss. 1 to 7 of the *Act*. This demonstrates that the purpose of ss. 1 to 7 is not to prohibit discrimination based on genetic characteristics. While ss. 1 to 7 may offer, to some extent, limited control to individuals over their genetic information, they do not reduce their fears surrounding genetic testing in any real measure, since they do nothing to prohibit genetic discrimination.

Next, the legislative debates are an indicia of the legislature's intent, but they cannot stand for the *Act* and replace its provisions. With that said, in this case, the debates generally reveal that genetic tests were considered to be beneficial and viewed as a means of opening avenues to improved health treatment, as they allow Canadians to be aware of risks and change their behaviour. Parliament was focused on the promotion of health and on removing barriers in order to create incentives for genetic testing. The main sectors of focus in the parliamentary record were insurance and employment. On balance, the debates emphasize that ss. 1 to 7 of the *Act* were included as a way to encourage Canadians to undergo genetic tests, by mitigating their fears that they would be misused, in particular in respect of insurance and employment.

In light of the above, the purpose of ss. 1 to 7 is not to combat discrimination based on genetic characteristics, or to control the use of private information revealed by genetic testing. Rather, their true aim is to regulate contracts, particularly contracts of insurance and employment, in order to encourage Canadians to undergo genetic tests without fear that those tests will be misused so that their health can ultimately be improved.

Immediate effects, and not indirect or speculative effects, are relevant to the validity of a law in so far as they reveal its pith and substance. Here, the dominant effects of ss. 1 to 7 concern the regulation of insurance and the promotion of health rather than the protection of privacy and autonomy or the prevention of genetic discrimination. The provisions' focus is on controlling the exchange of information obtained through specific means in relation to contracts and the provision of goods and services, particularly in the insurance industry. Legally, the provisions

et au *Code canadien du travail* énoncées aux art. 8 à 10 de la *Loi* créent clairement des interdictions relatives à la discrimination génétique qui ne figurent pas dans les art. 1 à 7 de la *Loi*. Cela démontre que les art. 1 à 7 n'ont pas pour objet d'interdire la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques. Bien qu'ils puissent, dans une certaine mesure, permettre aux personnes d'exercer un contrôle limité sur leurs renseignements génétiques, les art. 1 à 7 ne réduisent pas réellement leurs craintes à l'égard des tests génétiques, car ils ne font rien pour interdire la discrimination génétique.

Ensuite, les débats législatifs constituent des indices de l'intention du Parlement, mais ils ne sauraient suppléer la *Loi* et remplacer ses dispositions. Cela dit, en l'espèce, les débats révèlent généralement que les tests génétiques étaient considérés comme bénéfiques et étaient perçus comme un moyen pour ouvrir la voie à l'amélioration des traitements médicaux, en ce qu'ils permettent à la population canadienne d'être mise au courant de risques et de changer son comportement. Le Parlement a mis l'accent sur la promotion de la santé et sur l'élimination d'obstacles afin de créer des mesures incitatives au recours aux tests génétiques. Les domaines de l'assurance et de l'emploi constituaient les principaux secteurs d'intérêt dans les travaux parlementaires. Tout bien considéré, il ressort des débats que l'inclusion des art. 1 à 7 de la *Loi* visait à encourager la population canadienne à se soumettre à des tests génétiques en atténuant ses craintes que ces tests soient utilisés de façon inappropriée, en particulier en matière d'assurance et d'emploi.

Compte tenu de ce qui précède, les art. 1 à 7 n'ont pas pour objet de combattre la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, ni de contrôler l'utilisation des renseignements personnels que révèle un test génétique. Ces dispositions visent plutôt véritablement à réglementer les contrats, en particulier les contrats d'assurance et d'emploi, afin d'encourager la population canadienne à se soumettre à des tests génétiques sans craindre que ces tests soient utilisés de façon inappropriée, et ce, afin d'améliorer sa santé.

Les effets immédiats, et non les effets indirects ou hypothétiques, sont pertinents pour déterminer si une loi est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. En l'espèce, les effets principaux des art. 1 à 7 portent sur la réglementation en matière d'assurance et la promotion de la santé plutôt que sur la protection de la vie privée et de l'autonomie ou la prévention de la discrimination génétique. Ces dispositions cherchent à contrôler l'échange de renseignements obtenus par des moyens précis dans le contexte des contrats et de la fourniture de

represent a departure from the provincial law of insurance and human rights legislation in Canada; practically, the insurance market will be affected by the incomplete information insurers receive from some policy-holders.

The definition of “genetic test” in s. 2 of the *Act* and the conditions placed on contracts and the provision of services in ss. 3 to 5 also indicate plainly that health improvement is the dominant effect sought by ss. 1 to 7 of the *Act*. The contested provisions seek to improve the health of Canadians through the removal of a stumbling block: the fear that genetic tests will be misused. They also bear upon privacy and autonomy. However, given the focus on a narrow category of testing and only on genetic information derived from genetic tests, and given that all information about one’s health is considered private, the effects of the impugned provisions on privacy are incidental to the promotion of health.

The sole issue at the classification stage is whether Parliament was authorized to enact the impugned provisions under the criminal law power conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. A law will be properly categorized as valid criminal law if three essential elements are satisfied: a prohibition, a penalty related to that prohibition, and a valid criminal law purpose. The first two elements are formal requirements while the third is substantive. This tripartite test ensures Parliament cannot use its authority improperly to invade upon provinces’ areas of competence, thus ensuring the balance of federalism is respected. Here, the only issue concerns whether ss. 1 to 7 are supported by the third requirement, a valid criminal law purpose.

For the substantive criminal law purpose requirement to be met, the impugned legislation must be directed at an evil or injurious or undesirable effect upon the public. The concept of “evil” is necessary to remind Parliament that mere undesirable effects are not sufficient for legislation to have a criminal purpose. It remains conceptually useful for courts to search for an evil before the criminal law purpose requirement is satisfied. Three questions must be confronted when determining whether a law rests upon a valid criminal law purpose. First, does the impugned

biens et services, en particulier dans le secteur des assurances. Sur le plan juridique, les dispositions en question s’écarterent du droit provincial des assurances et des lois relatives aux droits de la personne au Canada. Sur le plan pratique, les renseignements incomplets que les assureurs reçoivent de la part de certains titulaires de police auront une incidence sur le marché des assurances.

La définition de « test génétique » énoncée à l’art. 2 de la *Loi* et les conditions imposées aux art. 3 à 5 en ce qui a trait aux contrats et à la fourniture de services indiquent aussi clairement que l’amélioration de la santé constitue l’effet principal recherché par les art. 1 à 7 de la *Loi*. Les dispositions contestées cherchent à améliorer la santé de la population canadienne en éliminant un obstacle, soit la crainte que les tests génétiques soient utilisés de façon inappropriée. Elles ont également une incidence sur la vie privée et l’autonomie. Cependant, étant donné l’accent mis sur une catégorie restreinte de tests et seulement sur les renseignements génétiques issus de tests génétiques, et vu que tout renseignement sur la santé d’une personne est considéré comme privé, les effets qu’ont les dispositions contestées sur la vie privée sont accessoires à la promotion de la santé.

La seule question à l’étape de la classification est celle de savoir si le Parlement était autorisé à adopter les dispositions contestées en vertu de la compétence en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une loi sera classifiée à bon droit comme étant une loi criminelle valide si trois éléments essentiels sont réunis : une interdiction, une sanction liée à cette interdiction et un objet valide de droit criminel. Les deux premiers éléments constituent des exigences formelles alors que le troisième est une exigence de fond. Ce critère à trois volets permet d’empêcher que le Parlement utilise son pouvoir de manière inappropriée pour empiéter sur les domaines de compétence des provinces, et permet donc le respect de l’équilibre du fédéralisme. En l’espèce, la seule question qui se pose est celle de savoir si les art. 1 à 7 répondent à la troisième exigence, soit un objet valide de droit criminel.

Pour respecter l’exigence de fond relative à l’objet de droit criminel, les dispositions législatives contestées doivent viser un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public. Le concept de « mal » est nécessaire pour rappeler au Parlement que de simples effets indésirables ne sont pas suffisants pour qu’une loi ait un objet de droit criminel. Sur le plan conceptuel, il demeure utile que les tribunaux recherchent un mal pour que l’exigence relative à l’objet de droit criminel soit respectée. Il faut répondre à trois questions au moment de décider si des

legislation relate to a public purpose, such as public peace, order, security, health, or morality? Second, did Parliament articulate a well-defined threat to be suppressed or prevented by the impugned legislation (i.e. the evil or injurious or undesirable effect upon the public)? Third, is the threat “real”, in the sense that Parliament had a concrete basis and a reasoned apprehension of harm when enacting the impugned legislation?

Regarding the first question, there is agreement that the contested provisions can be said to relate to a public purpose: health. There is a clear dimension related to health in the dominant character of the legislation. The impugned provisions also have an impact on privacy and autonomy, but the scope of the definition of “genetic test” in s. 2 means that health is the primary character of the law and that privacy and autonomy are only derivatives thereof.

Regarding the second question, Parliament must clearly articulate and define the scope of the threat it seeks to suppress, i.e. it must articulate a precise threat with ascertainable contours. This requirement is particularly important in relation to matters that have provincial aspects, such as health, in order to preserve the balance of federal and provincial powers. It is not sufficient for the impugned provisions’ pith and substance to merely relate to health; it must also involve suppressing an evil or injurious or undesirable effect upon the public. Here, there is no defined public health evil or threat to be suppressed. The objective of the legislation is to foster or promote beneficial health practices — it seeks to encourage Canadians to undergo genetic testing, which may then result in better health outcomes. This, in and of itself, will simply not suffice at this stage. The mere fact that genetic testing is a novel development does not, on its own, bring it within the purview of the criminal law. Moreover, a gap in provincial legislations across the country is not a well-defined threat that justifies recourse to the criminal law.

Regarding the third question, while Parliament undoubtedly has wide latitude to determine the nature and degree of harm to which it wishes to respond, it cannot act where there is no adequate evidentiary foundation of harm. Had there been a well-defined threat to health in this case,

dispositions législatives reposent sur un objet valide de droit criminel. Premièrement, les dispositions législatives contestées se rattachent-elles à un objectif public, par exemple la paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé ou la moralité? Deuxièmement, le Parlement a-t-il énoncé une menace bien définie à supprimer ou à prévenir au moyen des dispositions législatives contestées (c.-à-d. un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public)? Troisièmement, la menace est-elle « réelle », en ce sens que le Parlement avait un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice lorsqu’il a adopté les dispositions législatives contestées?

En ce qui a trait à la première question, il y a accord pour dire qu’il est possible d’affirmer que les dispositions contestées se rattachent à un objectif public : la santé. Le caractère principal des dispositions comporte une dimension clairement liée à la santé. Les dispositions contestées ont également une incidence sur la vie privée et l’autonomie, mais la portée de la définition de « test génétique » à l’art. 2 signifie que la santé constitue le caractère premier de la loi et que la vie privée et l’autonomie n’en sont que des caractères secondaires.

Pour ce qui est de la deuxième question, le Parlement doit énoncer et définir clairement la portée de la menace qu’il cherche à supprimer, c.-à-d. qu’il doit énoncer une menace précise dont les contours sont déterminables. Cette exigence revêt une importance particulière à l’égard de matières qui ont des aspects provinciaux, comme la santé, afin de préserver l’équilibre entre pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il ne suffit pas que le caractère véritable des dispositions contestées se rattache à la santé; il doit également porter sur la suppression d’un mal ou d’un effet nuisible ou indésirable pour le public. En l’espèce, le Parlement n’a défini ni mal pour la santé publique ni menace à supprimer. La loi a pour objectif de favoriser ou promouvoir des pratiques bénéfiques en matière de santé — elle vise à encourager la population canadienne à se soumettre à un test génétique, ce qui peut ensuite mener à de meilleures conditions de santé. Cela, en soi, ne suffira tout simplement pas à cette étape. Le simple fait que les tests génétiques constituent une nouveauté ne fait pas, à lui seul, tomber ceux-ci sous le coup du droit criminel. De plus, une lacune dans les lois provinciales à travers le pays ne constitue pas une menace bien définie qui justifie le recours au droit criminel.

Quant à la troisième question, bien qu’il dispose sans aucun doute d’une grande latitude pour décider de la nature et du degré de préjudice auquel il souhaite remédier, le Parlement ne peut intervenir lorsqu’il y a absence de preuve adéquate étayant le préjudice. S’il y avait eu une

there still would have been no evidentiary foundation of harm. Rather, Parliament seeks to improve the health of Canadians by making them aware of underlying conditions they may have and does so by attempting to encourage the use of genetic tests. The contested provisions therefore do not satisfy the substantive component of criminal law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; **referred to:** *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Reference re pan-Canadian securities regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R.

menace bien définie pour la santé en l'espèce, il y aurait tout de même eu absence de preuve étayant le préjudice. Le Parlement cherche à améliorer la santé des gens en leur permettant d'être informés de problèmes de santé préexistants qu'ils sont susceptibles d'avoir, et le fait en tentant de les encourager à recourir à des tests génétiques. Les dispositions contestées ne respectent donc pas l'exigence de fond du droit criminel.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; **arrêts mentionnés :** *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571;

501; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139.

By Moldaver J.

Applied: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; **referred to:** *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 82 D.L.R. (4th) 449; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* (1993), 102 D.L.R. (4th) 289; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783.

By Kasirer J. (dissenting)

Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] S.C.R. 1; *Desgagnés Transport Inc. v. Wäirtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Reference re Environmental Management Act (British Columbia)*, 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, aff'd 2020 SCC 1, [2020] 1 S.C.R. 3; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995]

Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada, [1931] A.C. 310; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139.

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; **arrêts mentionnés :** *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 2260; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 375; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783.

Citée par le juge Kasirer (dissident)

Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, [1949] R.C.S. 1; *Transport Desgagnés inc. c. Wäirtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Reference re Environmental Management Act (British Columbia)*, 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, conf. par 2020 CSC 1, [2020] 1 R.C.S. 3; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*

3 S.C.R. 199; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code, S.C. 2017, c. 13.
 Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017.
 Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 2nd Sess., 41st Parl., 2015.
 Bill S-218, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 41st Parl., 2013, s. 6.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, ss. 247.98, 247.99.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), (2), (3).
Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 12, 13, 20.1 para. 2.
Civil Code of Québec, art. 2408.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Court of Appeal Reference Act, CQLR, c. R-23, s. 1.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 162(1), 184.
Genetic Non-Discrimination Act, S.C. 2017, c. 3, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 5(2).

Authors Cited

Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 47, 1st Sess., 42nd Parl., May 3, 2016, p. 2736.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, 1st Sess., 42nd Parl., September 20, 2016, pp. 4885-87, 4889-90, 4892-94.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 97, 1st Sess., 42nd Parl., October 25, 2016, pp. 6125-28.

(*Procureur général*), [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10, 12, 13, 20.1 al. 2.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 247.98, 247.99.
Code civil du Québec, art. 2408.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 162(1), 184.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 22.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 2, 3(1), (2), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 5(2).
Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel, L.C. 2017, c. 13.
Loi sur la non-discrimination génétique, L.C. 2017, c. 3, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.
Loi sur les renvois à la Cour d'appel, RLRQ, c. R-23, art. 1.
 Projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2017.
 Projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 2^e sess., 41^e lég., 2015.
 Projet de loi S-218, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2013, art. 6.

Doctrine et autres documents cités

Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 34, 1^{re} sess., 42^e lég., 15 novembre 2016, p. 2.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 35, 1^{re} sess., 42^e lég., 17 novembre 2016, p. 13.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 36, 1^{re} sess., 42^e lég., 22 novembre 2016, p. 12-13.

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 140, 1st Sess., 42nd Parl., February 14, 2017, p. 8955.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 34, 1st Sess., 42nd Parl., November 15, 2016, p. 2.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 35, 1st Sess., 42nd Parl., November 17, 2016, p. 13.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 36, 1st Sess., 42nd Parl., November 22, 2016, pp. 12-13.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 37, 1st Sess., 42nd Parl., November 24, 2016, pp. 1-11.
- Canada. Office of the Privacy Commissioner of Canada. *The Potential Economic Impact of a Ban on the Use of Genetic Information for Life and Health Insurance*, by Michael Hoy and Maureen Durnin. Gatineau, 2012.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 148, No. 154, 1st Sess., 41st Parl., April 23, 2013, pp. 3744-45.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 149, No. 32, 2nd Sess., 41st Parl., February 5, 2014, p. 889.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 149, No. 137, 2nd Sess., 41st Parl., May 5, 2015, pp. 3270-78, 3281.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, 1st Sess., 42nd Parl., January 27, 2016, pp. 146-51.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 22, 1st Sess., 42nd Parl., March 22, 2016, p. 381.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 26, 1st Sess., 42nd Parl., April 13, 2016, p. 459.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Human Rights. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 2, 1st Sess., 42nd Parl., March 9, 2016, pp. 2:15, 2:28.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Human Rights. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 11, 2nd Sess., 41st Parl., October 2, 2014, pp. 11:88-11:96.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Human Rights. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 15, 2nd Sess., 41st Parl., February 19, 2015, p. 15:49.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. par Alain Rey, dir. Paris: Le Robert, 2001, “diagnostic”, “pronostic”.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Lluelles, Didier. *Droit des assurances terrestres*, 6^e éd. Montréal: Thémis, 2017.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n^o 37, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 novembre 2016, p. 1-11.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 mai 2016, p. 2736.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 77, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 septembre 2016, p. 4885-4887, 4889-4890, 4892-4894.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 97, 1^{re} sess., 42^e lég., 25 octobre 2016, p. 6125-6128.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 140, 1^{re} sess., 42^e lég., 14 février 2017, p. 8951.
- Canada. Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. *Répercussions économiques possibles sur l'assurance de personnes de l'interdiction d'utiliser les renseignements génétiques*, par Michael Hoy et Maureen Durnin, Gatineau, 2012.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n^o 2, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 mars 2016, p. 2:15, 2:28.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n^o 11, 2^e sess., 41^e lég., 2 octobre, 2014, p. 11:88-11:96.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n^o 15, 2^e sess., 41^e lég., 19 février 2015, p. 15:49.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 148, n^o 154, 1^{re} sess., 41^e lég., 23 avril 2013, p. 3744-3745.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 149, n^o 32, 2^e sess., 41^e lég., 5 février 2014, p. 889.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 149, n^o 137, 2^e sess., 41^e lég., 5 mai 2015, p. 3270-3278, 3281.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 8, 1^{re} sess., 42^e lég., 27 janvier 2016, p. 146-151.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 22, 1^{re} sess., 42^e lég., 22 mars 2016, p. 381.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n^o 26, 1^{re} sess., 42^e lég., 13 avril 2016, p. 459-460.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. par Alain Rey, dir., Paris, Le Robert, 2001, « diagnostic », « pronostic ».
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Supp., Scarborough, (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Lluelles, Didier. *Droit des assurances terrestres*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 2017.

Newman, Dwight. “Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity” (2011), 74 *Sask. L.R.* 21.

Ogbogu, Ubaka. “The Assisted Human Reproduction Act Reference and the Thin Line Between Health and Crime” (2013), 22 *Constitutional Forum* 93.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “diagnosis”, “prognosis”.

Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2017.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Sylvestre, Marie-Eve. “Droit criminel, droit pénal et droits individuels”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir. Montréal: LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2011, envoi n° 16).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Bich, Bélanger, Savard and Mainville J.J.A.), 2018 QCCA 2193, 2019 CLLC ¶230-020, [2018] AZ-51556275, [2018] Q.J. No. 12399 (QL), 2018 CarswellQue 11522 (WL Can.), in the matter of a reference concerning the constitutionality of the *Genetic Non-Discrimination Act* enacted by ss. 1 to 7 of the *Act to prohibit and prevent genetic discrimination*. Appeal allowed, Wagner C.J. and Brown, Rowe and Kasirer J.J. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., Bruce B. Ryder, Michael Sobkin and William Colish, for the appellants.

Alexander Pless and Liliane Bantourakis, for the respondent the Attorney General of Canada.

Francis Demers and Samuel Chayer, for the respondent the Attorney General of Quebec.

J. Gareth Morley and Zachary Froese, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

Dana J. Brûlé, for the intervenor the Attorney General of Saskatchewan.

Newman, Dwight. “Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity” (2011), 74 *Sask. L.R.* 21.

Ogbogu, Ubaka. “The Assisted Human Reproduction Act Reference and the Thin Line Between Health and Crime” (2013), 22 *Forum constitutionnel* 93.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1989, « *diagnosis* », « *prognosis* ».

Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto: LexisNexis, 2017.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Sylvestre, Marie-Eve. « Droit criminel, droit pénal et droits individuels », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir., Montréal, LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2011, envoi n° 16).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Bich, Bélanger, Savard et Mainville), 2018 QCCA 2193, 2019 CLLC ¶230-020, [2018] AZ-51556275, [2018] J.Q. n° 12399 (QL), 2018 CarswellQue 11830 (WL Can.), dans l’affaire d’un renvoi concernant la constitutionnalité de la *Loi sur la non-discrimination génétique* édictée par les art. 1 à 7 de la *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*. Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et les juges Brown, Rowe et Kasirer sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., Bruce B. Ryder, Michael Sobkin et William Colish, pour l’appelante.

Alexander Pless et Liliane Bantourakis, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Francis Demers et Samuel Chayer, pour l’intimée la procureure générale du Québec.

J. Gareth Morley et Zachary Froese, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Dana J. Brûlé, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Christopher Richter and Nick Kennedy, for the interveners the Canadian Life and Health Insurance Association.

Fiona Keith and Daniel Poulin, for the interveners the Canadian Human Rights Commission.

Frank Addario and Samara Secter, for the interveners the Privacy Commissioner of Canada.

Michael Bookman, for the interveners the Canadian College of Medical Geneticists.

Douglas Mitchell, as *amicus curiae*, and *Olga Redko and Léa Charbonneau*.

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

[1] KARAKATSANIS J. — Parliament criminalized compulsory genetic testing and the non-voluntary use or disclosure of genetic test results in the context of a wide range of activities — activities that structure much of our participation in society. This Court must decide whether Parliament could validly use its broad criminal law power to do so.

[2] In particular, we must decide whether s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* empowers Parliament to prohibit forcing an individual to take a genetic test or to disclose genetic test results, or to prohibit using an individual's genetic test results without consent, by way of ss. 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act*, S.C. 2017, c. 3. Answering that question turns on whether Parliament enacted the challenged prohibitions for a valid criminal law purpose. I find that it did.

[3] The Government of Quebec referred the constitutionality of ss. 1 to 7 of the *Act* to the Quebec Court of Appeal, which concluded that those provisions fell outside Parliament's authority to make criminal law.

Christopher Richter et Nick Kennedy, pour l'intervenante l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes.

Fiona Keith et Daniel Poulin, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Frank Addario et Samara Secter, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Michael Bookman, pour l'intervenant le Collège canadien de généticiens médicaux.

Douglas Mitchell, en qualité d'*amicus curiae*, et *Olga Redko et Léa Charbonneau*.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis et Martin rendus par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le Parlement a criminalisé les tests génétiques obligatoires ainsi que l'utilisation ou la communication non volontaires des résultats de tels tests dans le contexte d'une vaste gamme d'activités — activités qui structurent en grande partie notre participation à la société. La Cour doit décider si le Parlement pouvait valablement recourir à sa compétence étendue en matière de droit criminel pour ce faire.

[2] Plus particulièrement, il nous faut décider si le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir d'interdire le fait de forcer une personne à subir un test génétique ou à en communiquer les résultats, ou le pouvoir d'interdire l'utilisation des résultats d'un test génétique d'une personne sans son consentement, au moyen des art. 1 à 7 de la *Loi sur la non-discrimination génétique*, L.C. 2017, c. 3. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si le Parlement visait un objet de droit criminel valide en édictant les interdictions contestées. Je conclus que oui.

[3] Le gouvernement du Québec a soumis la question de la validité constitutionnelle des art. 1 à 7 de la *Loi* à la Cour d'appel du Québec, laquelle a conclu que les dispositions échappaient à la compétence du

The appellant, the Canadian Coalition for Genetic Fairness, appeals to this Court as of right.

[4] I would allow the appeal and conclude that Parliament had the power to enact ss. 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act* under s. 91(27). As I explain below, the “matter” (or pith and substance) of the challenged provisions is to protect individuals’ control over their detailed personal information disclosed by genetic tests, in the broad areas of contracting and the provision of goods and services, in order to address Canadians’ fears that their genetic test results will be used against them and to prevent discrimination based on that information. This matter is properly classified within Parliament’s s. 91(27) power over criminal law. The provisions are supported by a criminal law purpose because they respond to a threat of harm to several overlapping public interests traditionally protected by the criminal law. The prohibitions in the *Act* protect autonomy, privacy, equality and public health, and therefore represent a valid exercise of Parliament’s criminal law power.

I. Genetic Non-Discrimination Act

[5] In December 2015, Senator James S. Cowan introduced Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017, which would eventually become the *Genetic Non-Discrimination Act*, in the Senate. The Senate passed the bill by unanimous vote. The House of Commons passed it with 222 members of Parliament voting in favour and 60 against. Although the government opposed the bill, it did not require its backbenchers to vote against it. The bill came into force on royal assent as the *Genetic Non-Discrimination Act*: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 5(2).

[6] Section 2 of the *Act* defines a “genetic test” as “a test that analyzes DNA, RNA or chromosomes for

Parlement en matière de droit criminel. L’appelante, la Coalition canadienne pour l’équité génétique, se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

[4] J’accueillerais le pourvoi et je conclurais que le Parlement avait le pouvoir d’édicter les art. 1 à 7 de la *Loi sur la non-discrimination génétique* en vertu du par. 91(27). Comme je l’explique plus loin, la « matière » (ou le caractère véritable) des dispositions contestées consiste à protéger le contrôle qu’exercent les personnes sur leurs renseignements personnels détaillés révélés par les tests génétiques dans les vastes secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services, afin de répondre à la crainte des Canadiens et Canadiennes que leurs résultats de test génétique ne soient utilisés contre eux et de prévenir la discrimination fondée sur ces renseignements. Cette matière est classifiée à bon droit comme relevant de la compétence du Parlement en droit criminel prévue au par. 91(27). Les dispositions en cause reposent sur un objet de droit criminel, car elles répondent à une menace de préjudice pour plusieurs intérêts publics qui se chevauchent et qui sont traditionnellement protégés par le droit criminel. Les interdictions prévues par la *Loi* protègent l’autonomie, la vie privée, l’égalité et la santé publique, et représentent donc un exercice valide de la compétence du Parlement en matière criminelle.

I. Loi sur la non-discrimination génétique

[5] En décembre 2015, le sénateur James S. Cowan a déposé au Sénat le projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2017, qui deviendra la *Loi sur la non-discrimination génétique*. Le Sénat a adopté le projet de loi à l’unanimité. La Chambre des communes l’a pour sa part adopté par 222 voix contre 60. Bien qu’il se soit opposé au projet de loi, le gouvernement n’a pas exigé que ses députés d’arrière-ban votent contre celui-ci. Le projet de loi est entré en vigueur à la date de la sanction royale en tant que *Loi sur la non-discrimination génétique* : voir *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, par. 5(2).

[6] Selon l’art. 2 de la *Loi*, un « test génétique » s’entend d’un « [t]est visant l’analyse de l’ADN,

purposes such as the prediction of disease or vertical transmission risks, or monitoring, diagnosis or prognosis”. Sections 3, 4 and 5 establish the following prohibitions relating to genetic tests:

3 (1) It is prohibited for any person to require an individual to undergo a genetic test as a condition of

- (a) providing goods or services to that individual;
- (b) entering into or continuing a contract or agreement with that individual; or
- (c) offering or continuing specific terms or conditions in a contract or agreement with that individual.

(2) It is prohibited for any person to refuse to engage in an activity described in any of paragraphs (1)(a) to (c) in respect of an individual on the grounds that the individual has refused to undergo a genetic test.

4 (1) It is prohibited for any person to require an individual to disclose the results of a genetic test as a condition of engaging in an activity described in any of paragraphs 3(1)(a) to (c).

(2) It is prohibited for any person to refuse to engage in an activity described in any of paragraphs 3(1)(a) to (c) in respect of an individual on the grounds that the individual has refused to disclose the results of a genetic test.

5 It is prohibited for any person who is engaged in an activity described in any of paragraphs 3(1)(a) to (c) in respect of an individual to collect, use or disclose the results of a genetic test of the individual without the individual’s written consent.

[7] Thus, individuals and corporations cannot force individuals to take genetic tests or disclose genetic test results and cannot use individuals’ genetic test results without their written consent in the areas of contracting¹ and the provision of goods and services.

¹ The provisions refer to entering into and continuing both contracts and agreements. Although the notion of an agreement is broader than that of a contract in a private law sense, I will refer simply to “contracting” and “entering into contracts” throughout these reasons.

de l’ARN ou des chromosomes à des fins telles la prédiction de maladies ou de risques de transmission verticale, ou la surveillance, le diagnostic ou le pronostic ». Les articles 3, 4 et 5 établissent les interdictions suivantes concernant les tests de cette nature :

3 (1) Nul ne peut obliger une personne à subir un test génétique comme condition préalable à l’exercice de l’une ou l’autre des activités suivantes :

- a) pour lui fournir des biens ou des services;
- b) pour conclure ou maintenir un contrat ou une entente avec elle;
- c) pour offrir ou maintenir des modalités particulières dans le cadre d’un contrat ou d’une entente avec elle.

(2) Nul ne peut refuser d’exercer une activité visée à l’un des alinéas (1)a) à c) à l’égard d’une personne au motif qu’elle a refusé de subir un test génétique.

4 (1) Nul ne peut obliger une personne à communiquer les résultats d’un test génétique comme condition préalable à l’exercice d’une activité visée à l’un des alinéas 3(1)a) à c).

(2) Nul ne peut refuser d’exercer une activité visée à l’un des alinéas 3(1)a) à c) à l’égard d’une personne au motif qu’elle a refusé de communiquer les résultats d’un test génétique.

5 Il est interdit à quiconque exerce une activité visée aux alinéas 3(1)a) à c) à l’égard d’une personne de recueillir, d’utiliser ou de communiquer les résultats d’un test génétique de celle-ci sans son consentement écrit.

[7] Par conséquent, les particuliers et les sociétés ne peuvent forcer des personnes à subir des tests génétiques ou à en communiquer les résultats, et ne peuvent se servir des résultats de tels tests sans le consentement écrit des personnes visées dans les secteurs de la conclusion de contrats¹ et de la fourniture de biens et services.

¹ Ces dispositions portent sur la conclusion et le maintien à la fois de contrats et d’ententes. Bien que la notion d’entente soit plus large que celle de contrat au sens du droit privé, je ferai simplement référence à la « conclusion de contrats » dans les présents motifs.

[8] Section 7 provides that doing anything prohibited by ss. 3, 4 or 5 is an offence punishable on summary conviction by a fine of up to \$300,000 or imprisonment of up to 12 months, or both, and on indictment by a fine of up to \$1 million or imprisonment of up to 5 years, or both.

[9] Section 6 provides that the prohibitions established by ss. 3 to 5 do not apply to a physician, pharmacist or other health care practitioner “in respect of an individual to whom they are providing health services” and also do not apply to “a person who is conducting medical, pharmaceutical or scientific research in respect of an individual who is a participant in the research”.

[10] Sections 8, 9 and 10 of the *Act* amended the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, and the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.² None of those amendments is at issue in this appeal, but, as I explain below, they may help illuminate the purpose of ss. 1 to 7 of the *Act*.

II. Quebec Court of Appeal’s Opinion, 2018 QCCA 2193, 2019 CLLC ¶230-020

[11] The Government of Quebec referred the following question to the Quebec Court of Appeal under the *Court of Appeal Reference Act*, CQLR, c. R-23, s. 1:

Is the *Genetic Non-Discrimination Act* enacted by sections 1 to 7 of the *Act to prohibit and prevent genetic discrimination* (S.C. 2017, c. 3) *ultra vires* to the jurisdiction of the Parliament of Canada over criminal law under paragraph 91(27) of the *Constitution Act, 1867*? [para. 1]

² Section 11 of the *Genetic Non-Discrimination Act*, which coordinated the amendments to the *Canadian Human Rights Act* made by ss. 9 and 10(1) of the *Genetic Non-Discrimination Act* with those made by *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code*, S.C. 2017, c. 13, came into force in June 2017.

[8] Tel que prévu par l’art. 7, accomplir un acte interdit par les art. 3, 4 ou 5 constitue une infraction punissable, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d’une amende maximale de 300 000 dollars et d’un emprisonnement maximal de 12 mois, ou de l’une de ces peines, et, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d’une amende maximale de un million de dollars et d’un emprisonnement maximal de 5 ans, ou de l’une de ces peines.

[9] L’article 6 prévoit que les interdictions établies par les art. 3 à 5 ne s’appliquent pas au médecin, au pharmacien et à tout autre professionnel de la santé « qui fournissent des services de santé à une personne », ni « au chercheur qui mène des recherches médicales, pharmaceutiques ou scientifiques à l’égard d’un participant à ces recherches ».

[10] Les articles 8, 9 et 10 de la *Loi* ont modifié le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6². Aucune de ces modifications n’est en cause dans le présent pourvoi, mais, comme je l’explique plus loin, elles peuvent aider à mettre en lumière l’objet des art. 1 à 7 de la *Loi*.

II. Avis de la Cour d’appel du Québec, 2018 QCCA 2193

[11] Le gouvernement du Québec a soumis la question suivante à la Cour d’appel du Québec, conformément à l’art. 1 de la *Loi sur les renvois à la Cour d’appel*, RLRQ, c. R-23 :

La *Loi sur la non-discrimination génétique* édictée par les articles 1 à 7 de la *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique* (L.C. 2017, ch. 3) est-elle *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada en matière de droit criminel selon le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? [par. 1 (CanLII)]

² L’article 11 de la *Loi sur la non-discrimination génétique*, qui coordonnait les modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* par l’art. 9 et le par. 10(1) de la *Loi sur la non-discrimination génétique* avec celles apportées par la *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel*, L.C. 2017, c. 13, est entré en vigueur en juin 2017.

[12] The Court of Appeal held that, in pith and substance, the *Act* aims to “encourage the use of genetic tests in order to improve the health of Canadians by suppressing the fear of some that this information could eventually serve discriminatory purposes in the entering of agreements o[r] in the provision of goods and services, particularly insurance and employment contracts”: para. 11. In the Court of Appeal’s view, despite its title, nothing in the challenged provisions of the *Act* prohibits or even addresses genetic discrimination. The only mention of genetic discrimination is found in the amendments to the *Canadian Human Rights Act*.

[13] With that characterization in mind, the Court of Appeal concluded that the provisions do not pursue a valid criminal law purpose. In the Court of Appeal’s view, the prohibitions created by ss. 3, 4 and 5 of the *Genetic Non-Discrimination Act* govern the type of information available for employment and insurance purposes, which is not a valid criminal law purpose. Moreover, the Court of Appeal reasoned that merely promoting health by encouraging more people to take genetic tests is not a criminal purpose because it does not attack a “real public health evil”, in contrast to legislation that concerns tobacco and illegal drugs, both of which “intrinsicly present a threat to public health”: para. 24.

[14] Accordingly, the Court of Appeal answered the reference question in the affirmative, concluding that ss. 1 to 7 of the *Act* exceed Parliament’s authority over criminal law.

III. Issue

[15] The only issue before this Court is whether Parliament had the power under s. 91(27) to enact ss. 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act*. The wisdom of Parliament’s decision to criminalize the conduct the provisions prohibit is not in issue. Nor is it this Court’s task to consider whether the policy objectives advanced by the provisions could be better achieved by other means, such as provincial legislation. My conclusion that ss. 1 to 7 of the *Act* are

[12] La Cour d’appel a statué que, par son caractère véritable, la *Loi* a pour but « d’encourager le recours aux tests génétiques afin d’améliorer la santé des Canadiens en supprimant la crainte de certains que ces renseignements puissent éventuellement servir à des fins de discrimination génétique dans la conclusion de contrats ou la fourniture de biens et services, tout particulièrement les contrats d’assurance ou d’emploi » : par. 11. Selon la Cour d’appel, malgré le titre de la *Loi*, rien dans les dispositions contestées n’interdit la discrimination génétique ni même ne s’y attaque. La seule mention de la discrimination génétique se trouve dans les modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[13] Compte tenu de cette qualification, la Cour d’appel a conclu que les dispositions en cause n’ont pas un objet de droit criminel valide. Selon elle, les interdictions créées par les art. 3, 4 et 5 de la *Loi sur la non-discrimination génétique* régissent le type de renseignements disponibles pour un emploi ou une assurance, ce qui ne constitue pas un objet de droit criminel valide. La Cour d’appel a estimé par ailleurs que le simple fait de promouvoir la santé en encourageant plus de gens à subir des tests génétiques n’est pas un objet de droit criminel, car il ne s’attaque pas à un « mal véritable pour la santé publique », contrairement à ce qu’il en est dans le cas des lois portant sur le tabac ou les drogues illégales, qui « présentent intrinsèquement un péril pour la santé publique » : par. 24.

[14] En conséquence, la Cour d’appel a répondu par l’affirmative à la question du renvoi, et a conclu que les art. 1 à 7 de la *Loi* outrepassent la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

III. Question en litige

[15] La seule question que la Cour doit trancher est celle savoir si le Parlement avait le pouvoir, en vertu du par. 91(27), d’édicter les art. 1 à 7 de la *Loi sur la non-discrimination génétique*. La sagesse de la décision du Parlement de criminaliser la conduite que ces dispositions interdisent n’est pas en cause. Il n’appartient pas non plus à la Cour de se pencher sur la question de savoir si d’autres moyens, par exemple l’adoption de lois provinciales, permettraient de

valid criminal law does not preclude the provincial legislatures from addressing similar matters within their spheres of jurisdiction, subject to the doctrine of paramourty.

IV. Parties' Positions

[16] The appellant, the Canadian Coalition for Genetic Fairness, was an intervener before the Quebec Court of Appeal and appeals as of right to this Court. It contends that the *Act* falls squarely within Parliament's authority over the criminal law. In the appellant's view, the *Act's* pith and substance is to protect and promote health by putting in place prohibitions that target compelled testing or the non-voluntary use or disclosure of genetic test results, practices that have serious consequences for health, privacy and equality. The appellant argues that the provisions pursue multiple criminal law objectives.

[17] The respondents, the Attorneys General of Canada and of Quebec, both take the position that the *Act* is beyond Parliament's authority. The Attorney General of Canada argues that the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to regulate contracts and the provision of goods and services with the aim of promoting health. The Attorney General of Quebec submits that, in pith and substance, the *Act* seeks to regulate the use of genetic information by insurance companies and employers under provincial jurisdiction. Accordingly, the Attorneys General submit that the challenged provisions in pith and substance relate primarily to matters properly classified as falling within the provinces' jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

[18] While the Court pays respectful attention to the submissions of attorneys general, they remain just that — submissions — even in the face of agreement between attorneys general. This Court's

mieux répondre aux objectifs poursuivis par ces dispositions. Ma conclusion selon laquelle les art. 1 à 7 de la *Loi* sont des dispositions de droit criminel valides n'empêche pas les législatures provinciales de s'attaquer à des matières semblables dans leurs sphères de compétence, sous réserve de la doctrine de la prépondérance.

IV. Position des parties

[16] L'appelante, la Coalition canadienne pour l'équité génétique, qui avait qualité d'intervenante devant la Cour d'appel du Québec, se pourvoit de plein droit en notre Cour. Elle soutient que la *Loi* relève en son entier de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. À son avis, le caractère véritable de la *Loi* consiste à protéger et à promouvoir la santé en mettant en place des interdictions visant les tests génétiques obligatoires ou l'utilisation ou la communication non volontaires des résultats de tests génétiques, des pratiques qui ont des conséquences graves pour la santé, la vie privée et l'égalité. L'appelante fait valoir que les dispositions en cause visent de multiples objets de droit criminel.

[17] Les intimés, le procureur général du Canada et la procureure générale du Québec, soutiennent tous les deux que la *Loi* outrepassé la compétence du Parlement. Le procureur général du Canada fait valoir que le caractère véritable des art. 1 à 7 de la *Loi* est de réglementer les contrats et la fourniture de biens et services dans le but de promouvoir la santé. La procureure générale du Québec prétend pour sa part que la *Loi*, par son caractère véritable, vise à réglementer l'utilisation des renseignements génétiques par les compagnies d'assurance et les employeurs relevant de la compétence provinciale. Les procureurs généraux soutiennent donc que, par leur caractère véritable, les dispositions contestées régissent principalement des matières qui relèvent de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[18] Bien que la Cour accorde une attention respectueuse aux prétentions des procureurs généraux, elles ne demeurent que cela, des prétentions, même en présence d'un accord entre les procureurs généraux.

reference to agreement between federal and provincial attorneys general in the past has been in the context where they agree that the legislation at issue is constitutional: see, for example, *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 72-73. More fundamentally, agreement of the attorneys general that legislation is unconstitutional is not, in itself, persuasive. Parliament enacted the challenged provisions. The sole issue before us is whether it had the power to do so.

[19] Given the positions taken by the Attorneys General of Canada and Quebec, the Quebec Court of Appeal appointed Douglas Mitchell as *amicus curiae* to argue that the *Act* is within Parliament's authority. Mr. Mitchell reprised his role before this Court. He submits that the provisions are, in pith and substance, directed at the protection of the physical and psychological security and the dignity of vulnerable persons, as well as the prevention of social outcomes that Parliament has deemed to be morally wrong. The *Act* aims to further criminal law purposes and was validly enacted under s. 91(27).

V. Analysis

[20] The Constitution of Canada is fundamentally defined by its federal structure; the organizing principle of federalism infuses and breathes life into it: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 32 to 49. This Court has held that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada, and that the division of powers effected mainly by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* is the “primary textual expression” of the federalism principle in the Constitution: *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 905-9; *Secession Reference*, at para. 47.

Lorsque la Cour a fait mention d'un accord entre le procureur général du Canada et ceux des provinces dans le passé, elle l'a fait dans le contexte où ceux-ci s'entendaient sur le fait que la loi en cause était constitutionnelle : voir, par exemple, *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 72-73. Plus fondamentalement, l'existence d'un accord entre les procureurs généraux voulant qu'une loi soit inconstitutionnelle n'est pas, en soi, convaincante. Le Parlement a adopté les dispositions contestées. La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir s'il avait le pouvoir de le faire.

[19] Vu les positions adoptées par les procureurs généraux du Canada et du Québec, la Cour d'appel du Québec a nommé Douglas Mitchell en qualité d'*amicus curiae* pour faire valoir que la *Loi* relève de la compétence du Parlement. Maître Mitchell a repris ce rôle devant notre Cour. Il affirme que les dispositions en cause visent, par leur caractère véritable, la protection de la sécurité physique et psychologique et de la dignité des personnes vulnérables, ainsi que la prévention de retombées sociales que le Parlement a jugées moralement répréhensibles. La *Loi* a pour but de promouvoir des objets de droit criminel et a été validement édictée en vertu du par. 91(27).

V. Analyse

[20] La Constitution du Canada est fondamentalement définie par sa structure fédérale; le principe directeur du fédéralisme est omniprésent dans la Constitution et lui donne vie : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32 à 49. Notre Cour a statué que le principe du fédéralisme anime les systèmes politique et juridique du Canada, et que le partage des compétences établi principalement aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue la « principale expression textuelle » de ce principe dans la Constitution : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 905-909; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 47.

[21] The division of powers assigns spheres of jurisdiction to a central Parliament and to the provincial legislatures, distributing the whole of legislative authority in Canada. Within their respective spheres, the legislative authority of the Parliament and the provincial legislatures is supreme (subject to the constraints established by the Constitution, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*): *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 132; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at paras. 56-57. The principle of federalism and the division of powers are aimed at reconciling diversity with unity: *Secession Reference*, at para. 43. They protect the autonomy of the provinces to pursue their own unique goals within their spheres of jurisdiction, while allowing the federal government to pursue common goals within its spheres.

[22] This Court's approach to the division of powers has evolved to embrace the possibility of intergovernmental cooperation and overlap between valid exercises of provincial and federal authority. In keeping with the movement of constitutional law towards a more flexible view of federalism that reflects the political and cultural realities of Canadian society, the fixed "watertight compartments" approach has long since been overtaken and the doctrine of interjurisdictional immunity has been limited: see *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 23, 67 and 77; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paras. 60-66. Indeed, the more flexible principle of "co-operative federalism" and the doctrines of double aspect and paramountcy have been developed in part to account for the increasing complexity of modern society: *Canadian Western Bank*, at paras. 24, 30 and 37; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 17; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 18. The modern view of federalism "accommodates overlapping jurisdiction and encourages intergovernmental cooperation":

[21] Le partage des compétences attribue des sphères de compétence à un Parlement central et aux législatures provinciales, et distribue l'ensemble du pouvoir législatif au Canada. Dans leurs sphères respectives, le Parlement et les législatures provinciales jouissent d'un pouvoir législatif suprême (sous réserve des contraintes imposées par la Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) : *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), p. 132; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 56-57. Le principe du fédéralisme et le partage des compétences visent à concilier diversité et unité : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 43. Ils protègent l'autonomie des provinces dans la poursuite de leurs objectifs uniques dans leurs sphères de compétence, tout en permettant au gouvernement fédéral de poursuivre des objectifs communs dans les siennes.

[22] L'approche adoptée par notre Cour quant au partage des compétences a évolué pour englober la possibilité de collaboration intergouvernementale et de chevauchement entre des exercices valides des compétences provinciales et fédérales. Conformément à l'évolution du droit constitutionnel vers une vision plus souple du fédéralisme qui reflète les réalités politiques et culturelles de la société canadienne, l'approche fixe des « compartiments étanches » est dépassée depuis longtemps et la doctrine de l'exclusivité des compétences a été circonscrite : voir *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 23, 67 et 77; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 60-66. En fait, le principe plus souple du « fédéralisme coopératif » et les doctrines du double aspect et de la prépondérance ont été élaborés en partie pour tenir compte de la complexité croissante de la société moderne : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 24, 30 et 37; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 17; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 18. La vision moderne du fédéralisme « permet le chevauchement

Reference re Securities Act, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 57.

[23] The courts' preference for accommodating cooperation and overlap between provincial and federal legislation has often played a role in upholding the validity or constitutional operability of provincial legislation, particularly when the legislature has acted in an area in which Parliament has also legislated or over which there is a federal aspect: see, for example, *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624. This Court has described cooperative federalism as a principle used in part to "avoid unnecessary constraints on provincial legislative action": *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at para. 17.

[24] However, cooperative federalism and the increased tolerance for overlap captured by the double aspect and paramountcy doctrines have also been invoked to support federal legislation and interlocking federal and provincial legislative schemes in some circumstances: see, for example, *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 18.

[25] This Court has also emphasized that the principle of cooperative federalism does not override or modify the scope of the legislative authority conferred by the Constitution: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at paras. 18-19. Where the Constitution empowers one level of government to take unilateral action, cooperative federalism will not stand in its way: para. 20.

des compétences et [. . .] encourage la coopération intergouvernementale » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 57.

[23] Le fait que les tribunaux préfèrent permettre la coopération et le chevauchement entre les lois provinciales et fédérales a souvent joué un rôle lorsqu'il s'est agi de confirmer la validité d'une loi provinciale ou son caractère opérant sur le plan constitutionnel, en particulier lorsque la législature avait agi dans un domaine dans lequel le Parlement avait également légiféré ou à l'égard duquel il y avait un aspect fédéral : voir, par exemple, *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624. Notre Cour a qualifié le fédéralisme coopératif de principe utilisé en partie pour « éviter l'imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales » : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 17.

[24] Toutefois, le fédéralisme coopératif et la tolérance de plus en plus grande envers le chevauchement exprimés par les doctrines du double aspect et de la prépondérance ont également été invoqués à l'appui de lois fédérales et de l'intégration des régimes législatifs fédéral et provinciaux dans certaines circonstances : voir, par exemple, *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 18.

[25] La Cour a souligné en outre que le principe du fédéralisme coopératif ne l'emporte pas sur la portée du pouvoir législatif conféré par la Constitution et ne la modifie pas : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 18-19. Si la Constitution donne à un ordre de gouvernement compétence pour procéder à une intervention unilatérale, le fédéralisme coopératif ne lui fera pas obstacle : par. 20.

[26] To determine whether a law falls within the authority of Parliament or a provincial legislature, a court must first characterize the law and then, based on that characterization, classify the law by reference to the federal and provincial heads of power under the Constitution: *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 15; *Reference re Securities Act*, at para. 63; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 86.

[27] Accordingly, I begin by characterizing the provisions of the *Genetic Non-Discrimination Act*, then proceed to determine whether they are properly classified as coming within Parliament’s criminal law power.

A. *Characterization*

[28] At the characterization stage, a court must identify the law’s “pith and substance”, or “*caractère véritable*”. Since the Constitution gives Parliament and the provincial legislatures the authority to “make Laws in relation” to certain “Matters”, the pith and substance analysis aims to “identif[y] the [law’s] ‘matter’”: *Constitution Act, 1867*, ss. 91 and 92; see also *Canadian Western Bank*, at para. 26. As this Court recently described it in the *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 86, the goal is to determine the law’s “true subject matter”, even when it differs from its apparent or stated subject matter: *Firearms Reference*, at para. 18. Generally, the court will first look to characterize the specific provisions that are challenged, rather than the legislative scheme as a whole, to determine whether they are validly enacted: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at pp. 666-67.

[29] This Court has articulated the concept of the law’s matter or pith and substance in a number of other ways, including by describing it as the law’s “dominant purpose”, “leading feature or true character”, “dominant or most important characteristic”

[26] Pour déterminer si une loi relève de la compétence du Parlement ou de celle des législatures provinciales, le tribunal doit d’abord procéder à sa qualification et ensuite, sur ce fondement, classer la loi eu égard aux chefs de compétence fédéraux et provinciaux établis par la Constitution : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 63; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 86.

[27] Par conséquent, je vais d’abord qualifier les dispositions de la *Loi sur la non-discrimination génétique*, pour ensuite décider si elles sont classifiées à bon droit comme relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

A. *Qualification*

[28] À l’étape de la qualification, le tribunal doit déterminer le « caractère véritable », ou « *pith and substance* » de la loi. Puisque la Constitution confère au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de « faire des lois » relativement à certaines « matières », l’analyse relative au caractère véritable vise à « identifier la “matière” » de la loi : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 et 92; voir aussi *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 26. Comme l’a récemment affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 86, le but est d’identifier « l’objet véritable » de la loi, même s’il diffère de son objet apparent ou déclaré : *Renvoi sur les armes à feu*, par. 18. De manière générale, le tribunal cherchera d’abord à qualifier les dispositions particulières contestées, plutôt que le régime législatif dans son ensemble, afin de déterminer si ces dispositions ont été validement adoptées : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 666-667.

[29] Notre Cour a exprimé la notion de matière ou de caractère véritable de la loi de plusieurs autres façons, notamment en la décrivant comme l’« objet principal », l’« idée maîtresse », la « caractéristique principale ou la plus importante » de la loi (*Renvoi*

Reference re Assisted Human Reproduction Act, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 184 (*Reference re AHRA*), citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463 (*Morgentaler* (1993)), at p. 481; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 62), and the “essence of what the law does and how it does it”: *Reference re AHRA*, at para. 284, citing *Chatterjee*, at para. 16; see also *Reference re AHRA*, at paras. 20 and 23.

[30] Identifying a law’s pith and substance requires considering both the law’s purpose and its effects: *Firearms Reference*, at para. 16. Both Parliament’s or the provincial legislature’s purpose and the legal and practical effects of the law will assist the court in determining the law’s essential character.

[31] Characterizing a law can be a challenging exercise, especially when the challenged law has multiple features, and the court must determine which of those features is most important. Characterization plays a critical role in determining how a law can be classified, and thus the law’s matter must be precisely defined: see *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228, at para. 35; see also *Reference re AHRA*, at paras. 190-91, per LeBel and Deschamps JJ. Identifying the pith and substance of the challenged law as precisely as possible encourages courts to take a close look at the evidence of the law’s purpose and effects, and discourages characterization that is overly influenced by classification. The focus is on the law itself and what it is really about.

[32] Identifying the law’s matter with precision also discourages courts from characterizing the law in question too broadly, which may result in it being superficially related to both federal and provincial heads of power, or may exaggerate the extent to which the law extends into the other level of government’s sphere of jurisdiction: *Desgagnés Transport*, at para. 35; *Reference re AHRA*, at para. 190. Precisely defining the impugned law’s

relatif à la Loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 184 (*Renvoi relatif à la LPA*), citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463 (*Morgentaler* (1993)), p. 481; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 62), et le « caractère essentiel de l’objectif de la loi et de la manière dont il est atteint » : *Renvoi relatif à la LPA*, par. 284, citant *Chatterjee*, par. 16; voir aussi *Renvoi relatif à la LPA*, par. 20 et 23.

[30] Pour déterminer le caractère véritable d’une loi, il faut examiner son objet et ses effets : *Renvoi sur les armes à feu*, par. 16. Tant l’objet visé par le Parlement ou la législature provinciale que les effets juridiques et pratiques de la loi aideront le tribunal à déterminer le caractère essentiel de celle-ci.

[31] Il peut être difficile de qualifier une loi contestée, surtout lorsque celle-ci comporte de multiples caractéristiques et que le tribunal doit décider laquelle de ces caractéristiques est la plus importante. La qualification joue un rôle essentiel lors de la classification d’une loi, de sorte qu’il faut définir avec précision la matière de la loi : voir *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228, par. 35; voir aussi *Renvoi relatif à la LPA*, par. 190-191, les juges LeBel et Deschamps. Le fait de déterminer le caractère véritable de la loi contestée aussi précisément que possible encourage les tribunaux à examiner attentivement les éléments de preuve relatifs à l’objet et aux effets de la loi en question, et décourage une qualification indûment influencée par la classification. L’accent est mis sur la loi elle-même et sur ce à quoi elle a réellement trait.

[32] Le fait d’établir avec précision la matière de la loi décourage en outre les tribunaux de qualifier trop largement la loi en question, ce qui peut faire en sorte que celle-ci soit superficiellement rattachée aux deux chefs de compétence, fédéral et provincial, ou ce qui peut avoir pour effet d’exagérer la mesure dans laquelle elle déborde sur la sphère de compétence de l’autre ordre de gouvernement : *Transport Desgagnés*, par. 35; *Renvoi relatif à la LPA*, par. 190.

matter therefore facilitates classification. But precision should not be confused with narrowness. Pith and substance should capture the law's essential character in terms that are as precise as the law will allow.

[33] I now turn to characterizing ss. 1 to 7 of the *Act*, considering first the provisions' purpose before turning to their effects.

(1) Purpose

[34] To determine a law's purpose, a court looks to both intrinsic and extrinsic evidence. Intrinsic evidence includes the text of the law, and provisions that expressly set out the law's purpose, as well as the law's title and structure. Extrinsic evidence includes statements made during parliamentary proceedings and drawn from government publications: *Firearms Reference*, at para. 17.

[35] A law's title, especially its long title, is an important form of intrinsic evidence, as both titles are an integral part of the law: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 440-41. Here, both the short title — the *Genetic Non-Discrimination Act* — and the long title — *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination* — suggest that the *Act's* purpose is twofold. They suggest that the *Act* seeks to prohibit discrimination on genetic grounds and prevent such discrimination from occurring in the first place.

[36] Turning to the *Act's* text and structure, the prohibitions created by ss. 3 to 5 apply to a wide range of circumstances (obtaining goods and services and entering into contracts) in which individuals might be treated adversely based on their decision whether to undergo genetic testing and based on test results. The prohibitions are of general application, as they do not target a particular activity or industry. Instead, they target specific behaviour related to genetic testing, namely forcing individuals to undergo testing and disclose test results, and using test results without

Une définition précise de la matière visée par la loi contestée facilite donc la classification. Cependant, il ne faut pas confondre qualification précise et qualification étroite. Le caractère véritable devrait exprimer le caractère essentiel de la loi en termes aussi précis que le permet la loi.

[33] Je passe maintenant à la qualification des art. 1 à 7 de la *Loi*, en me penchant d'abord sur l'objet de ces dispositions pour ensuite examiner leurs effets.

(1) Objet

[34] Pour déterminer l'objet d'une loi, le tribunal examine tant la preuve intrinsèque qu'extrinsèque. La preuve intrinsèque comprend le texte de la loi et les dispositions qui énoncent expressément l'objet visé, ainsi que le titre et la structure de la loi. La preuve extrinsèque inclut les déclarations faites lors des travaux parlementaires et celles tirées des publications gouvernementales : *Renvoi sur les armes à feu*, par. 17.

[35] Le titre de la loi, en particulier son titre intégral, constitue une forme importante de preuve intrinsèque, car les deux titres font partie intégrante de la loi : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 440-441. En l'espèce, tant le titre abrégé — *Loi sur la non-discrimination génétique* — que le titre intégral — *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique* — suggèrent que la *Loi* a un double objet. Ils tendent à indiquer que celle-ci vise à interdire la discrimination fondée sur des motifs génétiques et à la prévenir.

[36] Pour ce qui est du texte et de la structure de la *Loi*, les interdictions créées par les art. 3 à 5 s'appliquent à un vaste éventail de circonstances (l'obtention de biens et services et la conclusion de contrats) dans lesquelles des personnes pourraient subir un traitement préjudiciable fondé sur leur décision de subir ou non un test génétique et sur les résultats de ce test. Les interdictions sont d'application générale, car elles ne visent pas une activité ou un secteur particuliers. Elles visent plutôt un comportement précis en matière de tests génétiques, à savoir

consent. The prohibitions target conduct that enables genetic discrimination.

[37] The definition of “genetic test” in s. 2 of the *Act* is broad and captures analyses of DNA, RNA or chromosomes performed with a wide range of ends in mind. Section 2 defines a genetic test as “a test that analyzes DNA, RNA or chromosomes for purposes such as the prediction of disease or vertical transmission risks, or monitoring, diagnosis or prognosis.”

[38] This definition identifies a test that conducts analysis of genetic material and provides examples of the types of purposes for which such analysis may be undertaken. Each example speaks to “disease”: its “prediction”, “diagnosis”, “prognosis” and “monitoring” and the “prediction” of the “risk” of its “vertical transmission” from a gestational parent to a child.³ On their face, these words appear to be illustrative examples. But, when read in context, they serve to delineate the scope of the definition. After all, analysis is always conducted for a purpose, so Parliament’s choice to refer to analysis for certain types of purposes must be given meaning. The use of these medical terms relating to disease in association with one another indicates that the purpose for which the analysis is undertaken must be health-related. Since a genetic test is defined as an analysis of genetic material for a health-related purpose, I think it fair to say that the definition speaks to a health-related genetic test. Indeed, Parliament’s particular concern for protecting individuals’ control over the results of health-related genetic tests pervades the debates, as I explain below.

le fait de forcer des personnes à subir un tel test et à en communiquer les résultats, et le fait d’utiliser ces résultats sans leur contentement. Les interdictions visent une conduite qui rend possible la discrimination génétique.

[37] La définition de « test génétique » énoncée à l’art. 2 de la *Loi* est large et vise l’analyse de l’ADN, de l’ARN ou des chromosomes à une multitude de fins. Selon l’art. 2, un test génétique s’entend d’un « [t]est visant l’analyse de l’ADN, de l’ARN ou des chromosomes à des fins telles la prédiction de maladies ou de risques de transmission verticale, ou la surveillance, le diagnostic ou le pronostic. »

[38] Cette définition décrit un test qui analyse le matériel génétique et elle fournit des exemples des types de fins auxquelles une telle analyse peut être effectuée. Chaque exemple a trait à la « maladie » : sa « prédiction », son « diagnostic », son « pronostic » et sa « surveillance », ainsi que la « prédiction » du « risque » de sa « transmission verticale » d’un parent gestateur à un enfant³. À première vue, ces mots semblent constituer des exemples illustratifs. Cependant, interprétés dans leur contexte, ils servent à délimiter la portée de la définition. Après tout, une analyse est toujours effectuée à une fin déterminée, de sorte qu’il faut donner un sens à la décision du Parlement de parler d’une analyse à certains types de fins. L’utilisation de ces termes médicaux se rapportant à la maladie en association les uns avec les autres indique que la fin à laquelle l’analyse est effectuée doit être liée à la santé. Comme un test génétique s’entend d’une analyse de matériel génétique à une fin liée à la santé, je crois qu’il est juste de dire que la définition vise un test génétique lié à la santé. D’ailleurs, comme je l’expliquerai plus loin, la préoccupation particulière du Parlement au sujet de la protection du contrôle qu’exercent les personnes sur les résultats des tests génétiques liés à la santé marque profondément les débats.

³ See *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IV, “diagnosis”, at p. 596, and vol. XII, “prognosis”, at p. 587; *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001), vol. 2, “diagnostic”, at p. 1466, and vol. 5, “prognostic”, at p. 1288.

³ Voir *The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. IV, « *diagnosis* », p. 596, et vol. XII, « *prognosis* », p. 587; *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), vol. 2, « *diagnostic* », p. 1466, et vol. 5, « *prognostic* », p. 1288.

[39] Reading the definition this way would support — not detract from — the conclusion that the *Act* aims to combat discrimination based on genetic test results. Health-related genetic tests reveal highly personal information — details that individuals might not wish to know or share and that could be used against them. The prohibitions target a broad range of conduct that creates the opportunity for genetic discrimination based on intimate personal information revealed by health-related tests. Parliament saw genetic test results relating to health as particularly vulnerable to abuse and discrimination. The intrinsic evidence suggests that the purpose of the provisions is to combat discrimination based on information disclosed by genetic tests by criminalizing compulsory genetic testing, compulsory disclosure of test results, and non-consensual use of test results in a broadly-defined context (the areas of contracting and the provision of goods and services). The extrinsic evidence points largely in the same direction.

[40] The main source of extrinsic evidence of purpose is the parliamentary debates on the bill that became the *Genetic Non-Discrimination Act*. I would note that this Court has historically urged caution in relying too heavily on statements made in the course of parliamentary debates: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 508-9; *Morgentaler* (1993), at p. 484; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 47. As well, because the bill was introduced as a Senate public bill, the Court does not have the benefit of statements made by or on behalf of the minister sponsoring the bill.

[41] With that caution in mind, I proceed to examine statements suggestive of purpose made in the course of parliamentary debate as additional evidence of purpose. Senator Cowan, the bill's sponsor, described the mischief the *Act* aims to address, along

[39] Interpréter la définition de cette façon étayerait — et n'atténuerait pas — la conclusion selon laquelle la *Loi* vise à combattre la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques. Les tests génétiques liés à la santé révèlent des renseignements très personnels — des détails que des personnes pourraient ne pas souhaiter connaître ou partager et qui pourraient être utilisés contre elles. Les interdictions visent une vaste gamme de conduites qui rendent possible la discrimination génétique fondée sur les renseignements personnels intimes révélés par les tests liés à la santé. Le Parlement a considéré que les résultats des tests génétiques liés à la santé étaient particulièrement sujets aux abus et à la discrimination. La preuve intrinsèque suggère que les dispositions en cause ont pour objet de combattre la discrimination fondée sur les renseignements révélés par les tests génétiques en criminalisant les tests génétiques obligatoires, la communication obligatoire des résultats de tels tests et l'utilisation non consensuelle de ces résultats dans un contexte défini largement (les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services). La preuve extrinsèque va d'ailleurs en grande partie dans le même sens.

[40] La preuve extrinsèque sur l'objet provient principalement des débats parlementaires sur le projet de loi qui est devenu la *Loi sur la non-discrimination génétique*. Je signale que notre Cour a historiquement recommandé de faire preuve de prudence avant de s'appuyer trop largement sur les déclarations faites au cours des débats parlementaires : *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 508-509; *Morgentaler* (1993), p. 484; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 47. De plus, comme le projet de loi a été présenté en tant que projet de loi d'intérêt public du Sénat, la Cour ne dispose pas des déclarations faites par le ministre qui a déposé le projet de loi ou en son nom.

[41] Eu égard à cette mise en garde, j'examine maintenant en tant que preuve additionnelle de l'objet les déclarations à cet effet qui ont été faites au cours des débats parlementaires. Le sénateur Cowan, l'auteur du projet de loi, a décrit le mal auquel la *Loi*

with the negative effects that genetic discrimination and the fear of genetic discrimination were having on the public:

The problem, colleagues, is that the law in Canada has not kept pace with the science. In particular, in Canada, unlike in most other Western nations, if one has genetic testing and discovers that one carries a gene associated with a particular condition or disease, there is no law at either the federal or provincial level that provides protection against what is called “genetic discrimination.” That is the problem that Bill S-201 is designed to address.

Right now in Canada, a third party such as an insurance company, an employer or someone else can demand access to your genetic test results and then use that information against you. There is no law in place to protect against that.

...

. . . the ripple effect of these instances of actual discrimination⁴ is very significant. Fear of genetic discrimination is causing many Canadians, far too many Canadians, to choose not to have genetic testing that their doctors believe would help them.

...

The decision whether or not to take a genetic test is a deeply personal one. There are many factors that a person weighs in making the decision. There are some illnesses for which, at present, there is no treatment or cure. One, understandably, may prefer not to know There are many very serious issues to be considered. But, colleagues, genetic discrimination should not be such an issue. That kind of worry should simply not enter into the discussion. [Emphasis added; footnote added.]

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, 1st Sess., 42nd Parl., January 27, 2016, at pp. 147-48 and 150)

⁴ Senator Cowan cited several examples of discrimination based on genetic test results, drawing on testimony given by experts before the Standing Senate Committee on Human Rights. For instance, he referred to the testimony of Dr. Yvonne Bombard and Dr. Ronald Cohn: see *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, 1st Sess., 42nd Parl., January 27, 2016, at p. 148.

visé à remédier, ainsi que les effets négatifs que la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique avaient sur le public :

Le problème, chers collègues, c’est que la loi canadienne a été dépassée par la recherche scientifique. Par exemple, au Canada, contrairement à la plupart des pays occidentaux, si un individu qui subit des tests génétiques découvre qu’il est porteur d’un gène associé à une maladie particulière, aucune loi fédérale ni provinciale ne le protège contre ce que l’on appelle la discrimination génétique. Le projet de loi S-201 vise à résoudre ce problème.

Actuellement, au Canada, une tierce partie telle une compagnie d’assurance ou un employeur peut demander d’obtenir les résultats de vos tests génétiques pour s’en servir contre vous. Aucune loi ne les en empêcherait.

...

. . . ces cas de discrimination réelle ont des répercussions⁴ très graves. La peur de la discrimination génétique conduit beaucoup trop de gens à refuser des tests génétiques qui les aideraient, selon leur médecin.

...

La décision de subir ou non ce type de test est profondément personnelle. Il y a beaucoup de facteurs à prendre en considération lorsqu’il faut prendre cette décision. Il existe certaines maladies pour lesquelles il n’y a actuellement aucun traitement ou remède. On peut comprendre pourquoi certaines personnes préfèrent ne pas savoir qu’elles sont porteuses d’une telle maladie. [. . .] Il y a de nombreuses questions très importantes à prendre en considération. Cependant, la discrimination génétique ne devrait pas être l’une d’elles. Ce genre d’inquiétude ne devrait jamais entrer en ligne de compte. [Je souligne; note en bas de page ajoutée.]

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, 1^{re} sess., 42^e lég., 27 janvier 2016, p. 147-148 et 150)

⁴ Le sénateur Cowan a cité plusieurs exemples de discrimination fondée sur les résultats d’un test génétique, se fondant sur les témoignages donnés par des experts devant le Comité sénatorial permanent des droits de la personne. Par exemple, il a mentionné les témoignages de M^{me} Yvonne Bombard et du D^r Ronald Cohn : voir *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, 1^{re} sess., 42^e lég., 27 janvier 2016, p. 148.

[42] Robert Oliphant, Member of Parliament, the bill's sponsor in the House of Commons, shared many of Senator Cowan's concerns:

In Canada, unlike most western countries, if one has a genetic test, there is no protection from a third party using that information, those test results, perhaps to one's detriment. This is the problem of genetic discrimination and that is what Bill S-201 seeks to address.

...

[Bill S-201] states clearly and unequivocally that society condemns genetic discrimination. It is unacceptable behaviour, and it will not be tolerated. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, 1st Sess., 42nd Parl., September 20, 2016, at pp. 4886-87)

[43] The concerns raised by senators and members of Parliament in debate found support in the testimony given before Senate and House of Commons committees. Some of the experts who appeared spoke to situations in which Canadians have been discriminated against on genetic grounds and explained that Canadians fear that their genetic test results might come to be used against them.⁵ The experts explained that fear of genetic discrimination has led many Canadians to forego testing that might help them improve their health and contribute to improving public health.

[44] For its part, the Court of Appeal relied on the parliamentary debates to conclude that ss. 1 to 7 of the *Act* do not have the purpose of prohibiting genetic discrimination, but instead aim to improve health. The Court of Appeal concluded that even though the

⁵ See, for example, Y. Bombard, *Written testimony to the Standing Senate Committee on Human Rights regarding Bill S-201, An Act to Prohibit and Prevent Genetic Discrimination*, February 29, 2016, reproduced in R.R. (AGC), vol. XII, at p. 25; House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 36, 1st Sess., 42nd Parl., November 22, 2016, at pp. 12-13.

[42] Le député Robert Oliphant, qui s'est chargé du projet de loi à la Chambre des communes, partageait bon nombre des préoccupations soulevées par le sénateur Cowan :

Au Canada, contrairement à ce qu'il en est dans la plupart des pays occidentaux, si une personne subit un test génétique, rien n'empêche une tierce partie d'utiliser les résultats du test, même si c'est au détriment de la personne. C'est le problème de la discrimination génétique et celui auquel le projet de loi S-201 tente de remédier.

...

Le [projet de loi S-201] précise noir sur blanc que la société condamne la discrimination génétique. Il s'agit d'un comportement inacceptable qui ne sera pas toléré. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 septembre 2016, p. 4886-4887)

[43] Les préoccupations qu'ont soulevées les sénateurs et les députés au cours des débats sont corroborées par les témoignages donnés devant les comités du Sénat et de la Chambre des communes. Certains experts qui ont comparu ont parlé de situations dans lesquelles des personnes ont été victimes de discrimination fondée sur des motifs génétiques, et ont expliqué que celles-ci craignent que leurs résultats de test génétique ne puissent en venir à être utilisés contre elles⁵. Les experts ont expliqué que la crainte de la discrimination génétique a amené de nombreux Canadiens et Canadiennes à renoncer à subir un test génétique qui pouvait les aider à améliorer leur santé et contribuer à améliorer la santé publique.

[44] Pour sa part, la Cour d'appel s'est fondée sur les débats parlementaires pour conclure que les art. 1 à 7 de la *Loi* ne visent pas à interdire la discrimination génétique, mais ont plutôt pour but d'améliorer la santé. Selon elle, si les dispositions en cause

⁵ Voir, par exemple, Y. Bombard, *Written testimony to the Standing Senate Committee on Human Rights regarding Bill S-201, An Act to Prohibit and Prevent Genetic Discrimination*, 29 février 2016, reproduit dans d.i. (PGC), vol. XII, p. 25; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 36, 1^{re} sess., 42^e lég., 22 novembre 2016, p. 12-13.

provisions make access to and use of the information obtained through genetic testing more difficult, they do not prohibit genetic discrimination itself. This is so despite the title of the *Act*, and in contrast to the amendments to the *Canadian Human Rights Act*.

[45] In my view, the Court of Appeal privileged statements made by parliamentarians in the course of debates about the positive effect they hoped the prohibitions would eventually have over statements about the immediate mischief that the law is intended to address. The mischief in parliamentarians' minds was the "gap" in the laws, which left individuals vulnerable to genetic discrimination and grounded the fear of genetic discrimination. Those concerns correspond to the title of the *Act* and the text of the prohibitions.

[46] In addition to enacting substantive provisions, the *Act* also amended the *Canada Labour Code* to protect employees from forced genetic testing or disclosure of test results, and from disciplinary action on the basis of genetic test results, and amended the *Canadian Human Rights Act* to add "genetic characteristics" as a prohibited ground of discrimination and to create a deeming provision relating to refusal to undergo genetic testing or disclose test results: see *Canada Labour Code*, ss. 247.98 and 247.99, as amended by s. 8 of the *Act*; *Canadian Human Rights Act*, s. 3(1) and (3), as amended by ss. 9 to 11 of the *Act*.

[47] Parliament's decision to make these amendments to the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act* in conjunction with its enactment of the *Act*'s substantive provisions suggests that Parliament was looking to take a coordinated approach to tackling genetic discrimination based on test results, using different tools. It was not only targeting genetic discrimination directly through human rights and labour legislation, but was also targeting precursors to such discrimination, namely forced genetic testing and disclosure of the results of such testing. The fact that Parliament did not criminalize

rendent plus difficiles l'accès aux renseignements obtenus au moyen des tests génétiques ainsi que leur utilisation, elles n'interdisent pas la discrimination génétique elle-même. Il est ainsi malgré le titre de la *Loi*, et contrairement aux modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[45] À mon avis, la Cour d'appel a privilégié les déclarations faites au cours des débats par les parlementaires au sujet de l'effet positif que ceux-ci espéraient que les interdictions auraient un jour. Elle a accordé moins d'importance aux déclarations concernant le mal immédiat auquel la loi vise à remédier. Selon les parlementaires, le mal visé était la « lacune » dans les lois, laquelle exposait les personnes à la discrimination génétique et fondait la crainte de la discrimination génétique. Ces préoccupations correspondent au titre de la *Loi* et au libellé des interdictions.

[46] En plus d'édicter des dispositions de fond, la *Loi* a modifié aussi le *Code canadien du travail* afin de protéger les employés contre les tests génétiques forcés ou la communication forcée des résultats de tels tests, et contre les mesures disciplinaires fondées sur ces résultats, et elle a modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour ajouter les « caractéristiques génétiques » aux motifs de distinction illicite et pour prévoir une disposition créant une présomption relative au refus de subir un test génétique ou d'en communiquer les résultats : voir *Code canadien du travail*, art. 247.98 et 247.99, modifiés par l'art. 8 de la *Loi*; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, par. 3(1) et (3), modifiés par les art. 9 à 11 de la *Loi*.

[47] La décision du Parlement d'apporter ces modifications au *Code canadien du travail* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, conjuguée à l'adoption des dispositions de fond de la *Loi*, indique que celui-ci cherchait à mettre en œuvre une approche coordonnée pour lutter contre la discrimination génétique fondée sur les résultats d'un test, en utilisant différents moyens. Le Parlement visait non seulement la discrimination génétique de façon directe au moyen de dispositions législatives relatives aux droits de la personne et au droit du travail, mais aussi les éléments précurseurs d'une telle

genetic discrimination does not belie Parliament's purpose of combatting genetic discrimination in this context. The relative breadth, directness or efficacy of the means Parliament chooses to address a problem is not the court's concern in its pith and substance inquiry.

[48] I would reject any suggestion that Parliament's purpose in enacting the challenged provisions was to change *all* employment and human rights law, rather than just that properly within its jurisdiction. Parliament appears to have chosen a multi-pronged approach to combatting genetic discrimination. That two of those prongs are federal labour and human rights legislation does not suggest that its objective in enacting prohibitions supported by penalties as a third prong is to circumvent constitutional constraints. The challenged provisions take a different and broader approach to tackling the problem presented by this form of genetic discrimination.

[49] The title of the *Act* and the text of the prohibitions provide strong evidence that the prohibitions have the purpose of combatting genetic discrimination based on test results, and that the more precise mischief they are intended to address is the lack of legal protection for the results of genetic testing. The *Act* does what its title says it does: it prevents genetic discrimination by directly targeting that mischief. The parliamentary debates also provide strong evidence to support this. I find that the purpose of the challenged provisions is to combat genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on the results of genetic tests by prohibiting conduct that makes individuals vulnerable to genetic discrimination in the areas of contracting and the provision of goods and services.

discrimination, à savoir les tests génétiques forcés et la communication forcée des résultats de tels tests. Le fait que le Parlement n'ait pas criminalisé la discrimination génétique ne contredit pas son objectif de combattre la discrimination génétique dans ce contexte. Dans son analyse du caractère véritable, le tribunal n'a pas à se préoccuper de la portée relative, du caractère direct relatif ou de l'efficacité relative du moyen que choisit le Parlement pour remédier à un problème.

[48] Je rejetterais toute proposition suivant laquelle, en adoptant les dispositions contestées, le Parlement avait pour objet de modifier *l'ensemble* du droit du travail et du droit en matière de droits de la personne, plutôt que simplement celui qui relève à bon droit de sa compétence. Le Parlement semble avoir choisi une approche à plusieurs volets pour combattre la discrimination génétique. Le fait que deux des volets constituent des dispositions législatives fédérales en matière de droit du travail et de droits de la personne ne tend pas à indiquer que l'objectif du Parlement en édictant des interdictions assorties de sanctions comme troisième volet est de contourner les contraintes constitutionnelles. Les dispositions contestées retiennent une approche différente et plus large visant à s'attaquer au problème que pose cette forme de discrimination génétique.

[49] Le titre de la *Loi* et le libellé des interdictions fournissent une preuve solide que les interdictions ont pour objet de combattre la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests, et que le mal plus précis auquel elles visent à remédier est l'absence d'une protection juridique à l'égard des résultats de tests génétiques. La *Loi* fait ce que son titre dit : elle prévient la discrimination génétique en visant directement ce mal. Les débats parlementaires fournissent également une preuve solide à l'appui de cela. Je conclus que les dispositions contestées visent à combattre la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques en interdisant une conduite qui expose les personnes à la discrimination génétique dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services.

[50] As I will explain, the effects of ss. 1 to 7 of the *Act* are consistent with their purpose.

(2) Effects

[51] Both legal and practical effects are relevant to identifying a law's pith and substance. Legal effects "flo[w] directly from the provisions of the statute itself", whereas practical effects "flow from the application of the statute [but] are not direct effects of the provisions of the statute itself": *Kitkatla*, at para. 54, citing *Morgentaler* (1993), at pp. 482-83.

[52] Starting with legal effects, ss. 3 to 5 of the *Genetic Non-Discrimination Act* prohibit genetic testing requirements and non-consensual uses of genetic test results in a broad range of circumstances. Section 7 imposes significant penalties for contravening these prohibitions.

[53] These prohibitions and penalties will likely affect the operation of provincial and territorial legislation that requires the disclosure of genetic test results. The *Genetic Non-Discrimination Act* provisions would be paramount over provincial provisions to the extent of any conflict in operation: *Lemare Lake Logging*, at para. 18. For instance, provincial legislation that requires an individual seeking health or life insurance to disclose all material health information could not operate so as to require the individual to disclose genetic test results: see, for example, art. 2408 of the *Civil Code of Québec*.

[54] The most significant practical effect of the *Act* is that it gives individuals control over the decision of whether to undergo genetic testing and over access to the results of any genetic testing they choose to undergo. The *Act* does so by preventing genetic testing requirements from being imposed on individuals as a condition of access to goods, services and contracts, and by preventing individuals' genetic test results from being used non-consensually when

[50] Comme je l'expliquerai plus loin, les effets des art. 1 à 7 de la *Loi* sont conformes à leur objet.

(2) Effets

[51] Les effets tant juridiques que pratiques sont pertinents lorsqu'il s'agit d'établir le caractère véritable d'une loi. Les effets juridiques correspondent aux « effets directs des dispositions de la loi elle-même », alors que les effets pratiques correspondent aux « effets "secondaires" de son application » : *Kitkatla*, par. 54, citant *Morgentaler* (1993), p. 482-483.

[52] S'agissant d'abord des effets juridiques, les art. 3 à 5 de la *Loi sur la non-discrimination génétique* interdisent d'obliger une personne à subir un test génétique et d'utiliser sans son consentement les résultats d'un tel test dans un vaste éventail de circonstances. L'article 7 impose des peines sévères pour la violation de ces interdictions.

[53] Les interdictions et les peines en question auront vraisemblablement une incidence sur le caractère opérant des lois provinciales et territoriales qui exigent la communication des résultats d'un test génétique. Les dispositions de la *Loi sur la non-discrimination génétique* ont prépondérance sur les dispositions provinciales dans la mesure d'un conflit d'application : *Lemare Lake Logging*, par. 18. Par exemple, les lois provinciales qui obligent la personne qui souhaite souscrire une assurance maladie ou une assurance vie à communiquer tous les renseignements importants en matière de santé ne pourraient s'appliquer de manière à exiger de celle-ci qu'elle communique les résultats d'un test génétique : voir, par exemple, art. 2408 du *Code civil du Québec*.

[54] L'effet pratique le plus important de la *Loi* est de permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur la décision de subir ou non un test génétique et sur l'accès aux résultats de tout test génétique qu'elles décident de subir. C'est ce que fait la *Loi* en empêchant qu'une personne se voie imposer l'obligation de subir un test génétique comme condition d'accès à des biens, à des services et à des contrats, et en empêchant l'utilisation non consensuelle des

they seek to obtain goods and services and enter into contracts. Even if an individual voluntarily discloses the results of a genetic test in such circumstances, the *Act* prevents the recipient of the information from using the information in any manner that has not been consented to in writing or from further disclosing the information. The activities to which the *Act* applies are broad and fundamentally structure Canadians' interactions with the world around them. The control that ss. 1 to 7 of the *Act* gives to individuals over genetic testing and genetic test results is equally significant and broad in scope.

[55] Choices about genetic testing are deeply personal in nature and the reasons for making them vary widely from one individual to another. Just as one individual may wish to be aware of every possible predisposition or risk that a genetic test might reveal, another may prefer not to know. And the individual who wants to know may not want others to know. The *Act* protects those choices.

[56] By protecting choices about who has access to such information, the legislation reduces the risk of genetic discrimination. And by removing the fear of some of the negative consequences that could flow from genetic testing, the *Act* may encourage individuals to undergo genetic testing. Additional testing may in turn produce health benefits, including by enabling earlier detection of health problems or predispositions, providing for more accurate and sometimes life-saving diagnoses and improving the health care system's ability to provide maximally beneficial care.⁶

résultats d'un test génétique effectué sur une personne lorsque celle-ci cherche à obtenir des biens et services et à conclure des contrats. Même si une personne communique volontairement les résultats d'un test génétique en pareilles circonstances, la *Loi* empêche quiconque reçoit ces renseignements d'utiliser ceux-ci de quelque manière en l'absence d'un consentement écrit à cet égard ou de communiquer davantage ces renseignements. Les activités auxquelles s'applique la *Loi* ont une vaste portée et structurent de manière fondamentale les interactions de la population canadienne avec le monde qui l'entoure. Le contrôle que les art. 1 à 7 de la *Loi* confèrent aux personnes sur les tests génétiques et sur les résultats de tels tests a une portée tout aussi importante que vaste.

[55] Les choix en ce qui a trait aux tests génétiques sont de nature profondément personnelle et les raisons qui les motivent varient considérablement d'une personne à une autre. Tout comme une personne pourrait souhaiter être au courant de toute prédisposition ou tout risque possibles qu'un test génétique est susceptible de révéler, une autre personne pourrait préférer ne pas connaître ce genre de renseignements. De plus, une personne qui souhaite connaître ces renseignements pourrait ne pas vouloir que d'autres personnes les connaissent. La *Loi* protège ces choix.

[56] En protégeant les choix sur qui a accès aux renseignements de cette nature, ce texte législatif réduit le risque de discrimination génétique. De plus, en supprimant la crainte relative à certaines conséquences négatives qui pourraient découler des tests génétiques, la *Loi* pourrait encourager les gens à subir de tels tests. Des tests additionnels pourraient pour leur part comporter des avantages en matière de santé, notamment en permettant la détection précoce de problèmes de santé ou de prédispositions, en facilitant les diagnostics plus précis et souvent d'importance vitale, et en améliorant la capacité du système des soins de santé à fournir des soins optimaux⁶.

⁶ See House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 37, 1st Sess., 42nd Parl., November 24, 2016, at p. 2 (Dr. Gail Graham).

⁶ Voir Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 37, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 novembre 2016, p. 2 (D^{re} Gail Graham).

[57] The legislation may also affect the insurance industry and, potentially, insurance premiums. By preventing insurers from using genetic test results without an individual's consent in making decisions about what policies to underwrite, the provisions at issue may result in increased insurance premiums. Since insurers will not be able to adjust individual premiums (or decline to insure an individual) based on genetic test results without written consent, they may be more likely to insure individuals who may be at risk of future health problems, or to insure those individuals at lower premiums than they would otherwise charge. Individuals who know they are at higher risk of future health problems may also be more likely to purchase insurance. This may in turn increase the amounts the insurer will be required to pay out. To make sure that they will be able to meet those potential increased future liabilities, insurers may need to raise premiums overall.

[58] The Attorneys General and several interveners opposed to the law's constitutionality emphasize the *Act's* potential impact on the insurance industry as indicative of pith and substance. They also point to parts of the parliamentary debates and a previous version of the bill, which exempted insurance providers from the prohibitions in respect of high-value insurance policies: see Bill S-218, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 41st Parl., 2013, s. 6 (not passed). They argue that the previously proposed exception supports their view that Parliament was primarily concerned with access to insurance in enacting the prohibitions. Despite the removal of that exception, they say that ss. 1 to 7 of the *Act* are still focused on insurance contracts.

[59] I disagree. Insurance is undoubtedly an example of a context in which Parliament was concerned about individuals' exposure to genetic discrimination. Indeed, the appellant acknowledges that the

[57] La loi pourrait en outre avoir une incidence sur le secteur des assurances et peut-être sur les primes d'assurance. En empêchant les assureurs d'utiliser les résultats d'un test génétique sans le consentement de la personne visée lorsqu'il s'agit de décider des polices d'assurance à émettre, les dispositions en cause sont susceptibles d'entraîner une augmentation des primes d'assurance. Comme les assureurs ne seront pas en mesure de rajuster les primes d'assurance individuelles (ou de refuser d'assurer une personne) en se fondant sur des résultats de tests génétiques sans consentement écrit, ils seront davantage susceptibles d'assurer des personnes qui présentent peut-être un risque de problèmes futurs de santé, ou d'assurer ces personnes pour des primes d'assurance moins élevées que celles qu'ils percevraient autrement. Il se peut aussi que les personnes qui savent qu'elles présentent un risque plus élevé de problèmes futurs de santé soient plus susceptibles de souscrire des assurances, ce qui, pour sa part, est de nature à entraîner l'augmentation des prestations que l'assureur devra verser. Pour pouvoir s'acquitter de ces obligations accrues qu'ils sont susceptibles d'avoir dans le futur, les assureurs pourraient avoir besoin d'augmenter l'ensemble des primes d'assurance.

[58] Les procureurs généraux et plusieurs intervenants opposés à la constitutionnalité de la *Loi* soulignent les conséquences que celle-ci pourrait avoir sur le secteur des assurances comme indicateur du caractère véritable. Ils invoquent aussi des extraits des débats parlementaires et une version antérieure du projet de loi, qui exemptait les assureurs de l'application des interdictions dans le cas des polices d'assurance à valeur élevée : voir projet de loi S-218, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2013, art. 6 (non adopté). Ils font valoir que l'exception proposée antérieurement étaye leur point de vue selon lequel, en adoptant les interdictions, le Parlement visait principalement l'accès aux assurances. Malgré la suppression de cette exception, disent-ils, les art. 1 à 7 de la *Loi* visent toujours les contrats d'assurance.

[59] Je ne suis pas d'accord. Les assurances constituent sans aucun doute un exemple de contexte dans lequel le Parlement craignait que les personnes ne soient exposées à la discrimination génétique.

prohibitions may have the heaviest impact on insurers and employers. However, the potential impact on these industries, especially the insurance industry, does not overtake the prohibitions' direct legal and practical effects in the pith and substance analysis. This is particularly so because those effects align with Parliament's purpose in enacting the prohibitions.

[60] The prohibitions in question are of general application, and do much more than prevent insurance companies from requiring individuals to disclose genetic test results when they contain relevant medical information. They give individuals control over their genetic testing results, allowing them to protect themselves against genetic discrimination. They respond to the mischief that is the lack of legal protection of genetic testing information in Canada across all sectors in which the specified activities take place — both private and public. They apply to a broad and growing array of circumstances. They may well apply, for instance, when a person is seeking to adopt a child, to use consumer genetic testing services, to access government services, to purchase any kind of good or service, or to obtain housing, insurance or employment.

[61] As for the removal of the exception for high-value insurance contracts from a prior version of the bill, it underlines the importance of the *general* prohibitions — now without any exception for insurance contracts. The former high-value exception was understood by Senator Cowan to represent a reasonable concession made in favour of insurance companies as a response to concerns they expressed about the proposed bill's impact on the insurance industry: *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 15, 2nd Sess., 41st Parl., February 19, 2015, at p. 15:49.

D'ailleurs, l'appelante reconnaît que les assureurs et les employeurs seront peut-être le plus lourdement touchés par les interdictions. Cependant, les répercussions possibles sur ces secteurs, en particulier celui des assurances, ne l'emportent pas sur les effets juridiques et pratiques directs des interdictions dans le cadre de l'analyse relative au caractère véritable. Il en est particulièrement ainsi du fait que ces effets s'accordent avec l'objectif que visait le Parlement en adoptant les interdictions.

[60] Les interdictions en question sont d'application générale et ne se limitent pas à empêcher les compagnies d'assurance d'obliger les personnes à communiquer les résultats de tests génétiques lorsqu'ils renferment des renseignements médicaux pertinents. Elles permettent aux personnes d'exercer un contrôle sur leurs résultats de test génétique et de se protéger contre la discrimination génétique. Elles répondent au mal que constitue l'absence de protection juridique au Canada à l'égard des renseignements issus de tests génétiques dans tous les secteurs des activités énoncées — tant privés que publics. Elles s'appliquent à un vaste éventail de circonstances qui prennent de l'ampleur. Elles peuvent fort bien s'appliquer, par exemple, dans le cas d'une personne qui cherche à adopter un enfant, à recourir à des services de tests génétiques offerts aux consommateurs, à avoir accès à des services gouvernementaux, à acheter tout type de bien ou de service, ou encore à obtenir un logement, une assurance ou un emploi.

[61] La suppression de l'exception relative aux contrats d'assurance à valeur élevée qui figurait dans une version antérieure du projet de loi souligne l'importance des interdictions *générales* — qui ne comptent plus maintenant d'exception en matière de contrats d'assurance. Selon le sénateur Cowan, l'exception antérieure relative aux contrats d'assurance à valeur élevée constituait une concession raisonnable en faveur des compagnies d'assurance faite en réponse à leurs préoccupations quant aux répercussions du projet de loi proposé sur le secteur des assurances : *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n° 15, 2^e sess., 41^e lég., 19 février 2015, p. 15:49.

[62] Though there is no doubt that parliamentarians were concerned about genetic discrimination in the insurance context, it does not follow that the prohibitions are essentially about insurance. A characterization narrowly focused on insurance reflects an impoverished view of the *Act* and fails to capture the broad purpose and effects of the legislation.

(3) Conclusion

[63] In enacting the *Genetic Non-Discrimination Act*, Parliament acted to combat genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on genetic test results. It sought to do so by filling the gap in Canada's laws that made individuals vulnerable to genetic discrimination in the areas of contracting and the provision of goods and services. Parliament's purpose is reflected clearly by the title and text of the *Act*. It is supported by the legislative debates and the concurrent amendments to the *Canadian Human Rights Act* and *Canada Labour Code* made by the *Act*.

[64] Crucially, Parliament's purpose in enacting the provisions in question is borne out in the provisions' effects. The most direct and significant practical effect of the prohibitions is to give individuals control over the decision of whether to undergo genetic testing and over access to the results of genetic testing. This practical effect is a direct result of the prohibitions' legal effects.

[65] I accordingly conclude that, in pith and substance, ss. 1 to 7 of the *Act* protect individuals' control over their detailed personal information disclosed by genetic tests in the areas of contracting and the provision of goods and services in order to address fears that individuals' genetic test results will be used against them and to prevent discrimination based on that information.

[62] Bien qu'il ne fasse aucun doute que les parlementaires étaient préoccupés par la discrimination génétique dans le contexte des assurances, il ne s'ensuit pas que les interdictions concernent essentiellement les assurances. Une qualification étroitement centrée sur les assurances témoigne d'une conception appauvrie de la *Loi* et ne permet pas de saisir la portée large de l'objet et des effets de celle-ci.

(3) Conclusion

[63] En édictant la *Loi sur la non-discrimination génétique*, le Parlement a pris des mesures pour combattre la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques. Il a essayé de le faire en comblant la lacune dans les lois canadiennes qui exposait les personnes à la discrimination génétique dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services. L'objectif du Parlement ressort clairement du titre et du libellé de la *Loi*. Il est étayé par les débats législatifs et les modifications concordantes que la *Loi* apporte à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et au *Code canadien du travail*.

[64] Essentiellement, l'objectif que visait le Parlement en édictant les dispositions en question est confirmé par les effets de celles-ci. L'effet pratique le plus direct et le plus important des interdictions est de permettre aux gens d'exercer un contrôle sur la décision de subir ou non un test génétique et sur l'accès aux résultats d'un tel test. Cet effet pratique résulte directement des effets juridiques qu'ont les interdictions.

[65] Je conclus donc que, par leur caractère véritable, les art. 1 à 7 de la *Loi* protègent le contrôle qu'exercent les personnes sur leurs renseignements personnels détaillés révélés par les tests génétiques dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services afin de répondre aux craintes que les résultats de tels tests ne soient utilisés contre elles et de prévenir la discrimination fondée sur ces renseignements.

B. Classification

[66] The parties disagree about whether the impugned provisions relate to a matter that comes within Parliament's s. 91(27) power over criminal law or primarily within the provincial legislatures' s. 92(13) power over property and civil rights. Both heads of power are broad and plenary, and may overlap when a given subject is approached from two different perspectives, one supporting the exercise of federal authority and the other supporting the exercise of provincial authority, i.e. when the subject has a double aspect: see *Firearms Reference*, at para. 52; *Chatterjee*, at para. 13. Given the reference question posed by the Government of Quebec, the only question the Court must answer in this part of the division of powers analysis is whether the provisions at issue come within Parliament's s. 91(27) criminal law power.

(1) The Criminal Law Power

[67] Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the exclusive authority to make laws in relation to “[t]he Criminal Law”. Sections 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act* will be valid criminal law if, in pith and substance: (1) it consists of a prohibition (2) accompanied by a penalty and (3) backed by a criminal law purpose: *Firearms Reference*, at para. 27; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (*Margarine Reference*), at pp. 49-50, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.).

[68] There is no dispute that the challenged provisions meet the first two requirements. They prohibit specific conduct and impose penalties for violating those prohibitions. The only issue is whether the matter of ss. 1 to 7 of the *Act* is supported by a criminal law purpose. As I will explain, a law is backed by a criminal law purpose if the law, in pith and substance, represents Parliament's response to a threat of harm to a public interest traditionally protected

B. Classification

[66] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les dispositions contestées portent sur une matière qui relève de la compétence conférée au Parlement sur le droit criminel par le par. 91(27) ou qui relève principalement de la compétence conférée aux législatures provinciales sur la propriété et les droits civils par le par. 92(13). Les deux chefs de compétence sont larges et pléniers. Il peut y avoir un chevauchement entre les deux lorsqu'un objet donné est abordé de deux perspectives différentes, l'une étayant l'exercice de la compétence fédérale et l'autre l'exercice de la compétence provinciale, c.-à-d. lorsque l'objet a un double aspect : voir *Renvoi sur les armes à feu*, par. 52; *Chatterjee*, par. 13. Compte tenu de la question du renvoi soumise par le gouvernement du Québec, la seule question que la Cour doit trancher dans cette partie de l'analyse relative au partage des compétences est celle de savoir si les dispositions en question relèvent de la compétence du Parlement en matière de droit criminel que prévoit le par. 91(27).

(1) La compétence en matière de droit criminel

[67] Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement l'autorité législative exclusive en ce qui a trait au droit criminel. Les articles 1 à 7 de la *Loi sur la non-discrimination génétique* constitueront des dispositions de droit criminel valides si, par leur caractère véritable : (1) ils contiennent une interdiction (2) assortie d'une sanction et (3) reposent sur un objet de droit criminel : *Renvoi sur les armes à feu*, par. 27; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (*Renvoi sur la margarine*), p. 49-50, conf. par [1951] A.C. 179 (C.P.).

[68] Nul ne conteste que les dispositions contestées respectent les deux premières exigences. Elles interdisent une conduite précise et imposent des sanctions pour la violation des interdictions qu'elles comportent. La seule question consiste à déterminer si la matière visée aux art. 1 à 7 de la *Loi* repose sur un objet de droit criminel. Comme je l'expliquerai plus loin, une loi repose sur un tel objet si, par son caractère véritable, elle constitue la réponse du

by the criminal law, such as peace, order, security, health and morality, or to another similar interest. I conclude that the prohibitions established by ss. 1 to 7 of the *Act* have a criminal law purpose, protecting several public interests traditionally safeguarded by the criminal law.

[69] Parliament's criminal law power is broad and plenary: see *RJR-MacDonald*, at para. 28; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 34; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 73. The criminal law must be able to respond to new and emerging matters, and the Court "has been careful not to freeze the definition [of the criminal law power] in time or confine it to a fixed domain of activity": *RJR-MacDonald*, at para. 28; see also *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324.

[70] But the use of the criminal law power to respond to those new and emerging matters must also be limited. This Court has rejected a purely formal approach that would have allowed Parliament to bring virtually any matter within s. 91(27), so long as it used prohibition and penalty as its vehicle: *Margarine Reference*; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

[71] To that end, the Court in the *Margarine Reference* established the substantive criminal law purpose requirement. Rand J. famously stated that a criminal law prohibition must be "enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law" and identified "[p]ublic peace, order, security, health, morality" as the typical but not exclusive "ends" served by the criminal law: p. 50. Rand J. also stated that criminal prohibitions are properly directed at "some evil or injurious or undesirable effect upon the public", and represent Parliament's attempt "to suppress the evil or to safeguard the interest threatened": p. 49.

Parlement à une menace de préjudice à un intérêt public traditionnellement protégé par le droit criminel, comme la paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité, ou à un autre intérêt semblable. Je conclus que les interdictions établies par les art. 1 à 7 de la *Loi* ont un objet de droit criminel et protègent plusieurs intérêts publics traditionnellement protégés par le droit criminel.

[69] La compétence du Parlement en matière de droit criminel est large et plénière : voir *RJR-MacDonald*, par. 28; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 34; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 73. Le droit criminel doit pouvoir s'adapter aux phénomènes nouveaux, et notre Cour « a pris soin de ne pas geler la définition [de la compétence en matière criminelle] à une époque déterminée ni de la restreindre à un domaine d'activité fixe » : *RJR-MacDonald*, par. 28; voir aussi *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), p. 324.

[70] Or, le recours à la compétence en matière de droit criminel pour répondre à ces phénomènes nouveaux doit aussi être limité. Notre Cour a rejeté une approche purement formelle qui aurait permis au Parlement de faire relever pratiquement toute matière du par. 91(27), dans la mesure où il se servait d'une interdiction assortie d'une sanction pour y parvenir : *Renvoi sur la margarine*; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237.

[71] À cette fin, la Cour a établi dans le *Renvoi sur la margarine* l'exigence de fond relative à l'objet de droit criminel. Le juge Rand a, dans un passage bien connu, affirmé que l'interdiction en matière de droit criminel doit être [TRADUCTION] « promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel », et a désigné « [l]a paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics » comme les « fins » visées ordinairement mais non exclusivement par le droit criminel : p. 50. Le juge Rand a ajouté que les interdictions en matière de droit criminel visent comme il se doit [TRADUCTION] « le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public » et représentent la tentative du Parlement de « suppr[imer] [le] mal ou [de] sauvegard[er] [l]es intérêts menacés » : p. 49.

[72] Rand J.'s statements in the *Margarine Reference* demonstrate that a law with a valid criminal law purpose has two features. First, it should be directed at some evil, injurious or undesirable effect on the public. Second, it should serve one or more of the "public purpose[s]" or "ends" Rand J. enumerated, or another similar purpose. Rand J.'s notion of public purpose refers to the public interests traditionally safeguarded by the criminal law, and other similar interests.

[73] Many of this Court's decisions illustrate how the criminal law purpose test operates. A law directed at protecting a public interest like public safety, health or morality will usually be a response to something that Parliament sees as posing a threat to that public interest. For example, prohibitions aimed at combatting tobacco consumption and protecting the public from adulterated foods and drugs were upheld because they protect public health from threats to it: see *RJR-MacDonald*, at paras. 30 and 32; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, at pp. 288-89, per Laskin C.J., and 292-93, per Dickson J.; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (B.C.C.A.), at pp. 505-7; *Malmo-Levine*, at paras. 73 and 77-78, per Gonthier and Binnie JJ., and para. 208, per Arbour J. In *Reference re AHRA*, McLachlin C.J. referred to laws that "target conduct that Parliament reasonably apprehends as a threat to our central moral precepts" as valid criminal law grounded in morality: para. 50. Targeting conduct that merely implicates central moral precepts will not suffice as a criminal law purpose; the conduct must threaten those precepts.

[74] As these examples demonstrate, the *Margarine Reference*'s first criminal law purpose requirement (that the law target an evil, injurious or undesirable effect) is linked to the second (that the law protect a public interest that can properly ground criminal law). A law will have a criminal law purpose if it addresses an evil, injurious or undesirable effect on a

[72] Selon les propos tenus par le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, la loi qui a un objet de droit criminel valide revêt deux caractéristiques. Premièrement, elle devrait viser un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public. Deuxièmement, elle devrait servir une ou plusieurs des fins publiques que le juge Rand énumère, ou un autre objectif semblable. La notion de fin publique qu'envisage le juge Rand renvoie aux intérêts publics traditionnellement protégés par le droit criminel, et autres intérêts semblables.

[73] Bon nombre des arrêts de notre Cour illustrent comment s'applique le critère relatif à l'objet de droit criminel. Une loi qui vise à protéger un intérêt public comme la sécurité, la santé ou la moralité publiques constitue habituellement une réponse à ce que le Parlement considère comme représentant une menace pour l'intérêt public en question. Par exemple, des interdictions qui visaient à lutter contre la consommation du tabac et à protéger le public contre les aliments et drogues falsifiés ont vu leur validité confirmée parce qu'elles protégeaient la santé publique contre les menaces pour celle-ci : voir *RJR-MacDonald*, par. 30 et 32; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, p. 288-289, le juge en chef Laskin, et p. 292-293, le juge Dickson; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (C.A. C.-B.), p. 505-507; *Malmo-Levine*, par. 73 et 77-78, les juges Gonthier et Binnie, et par. 208, la juge Arbour. Dans le *Renvoi relatif à la LPA*, la juge en chef McLachlin a fait état des lois qui « vise[nt] le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu'il compromette nos règles morales fondamentales » comme constituant du droit criminel valide prenant appui sur la morale : par. 50. Viser une conduite qui fait simplement intervenir des règles morales fondamentales ne constituera pas un objet de droit criminel suffisant; la conduite en question doit menacer ces règles.

[74] Comme le démontrent ces exemples, la première exigence énoncée dans le *Renvoi sur la margarine* relative à l'objet de droit criminel (la loi doit viser un mal ou un effet nuisible ou indésirable) est liée à la deuxième exigence (la loi doit protéger un intérêt public qui peut à bon droit justifier le recours au droit criminel). Une loi aura un objet

public interest traditionally protected by the criminal law, or another similar public interest.

[75] In *Reference re AHRA*, a majority of the members of this Court, though divided on the merits, employed the helpful notion of harm to capture the *Margarine Reference*'s first criminal law purpose requirement. They accepted that laws responding to a "reasoned" or "reasonable apprehension of harm" would be supported by a criminal law purpose (so long as they are properly linked to the second requirement): paras. 50 and 55-56, per McLachlin C.J., and paras. 236-43, per LeBel and Deschamps JJ. Referring to the notion of harm is a useful way of understanding Rand J.'s requirement that a criminal law target an "evil or injurious or undesirable effect". Indeed, the notion of harm helpfully encapsulates the breadth of that phrase. I accept, as did eight judges in *Reference re AHRA*, that asking whether Parliament has acted in response to a "reasoned apprehension of harm" to a public interest traditionally protected by the criminal law or a similar public interest is an appropriate standard to ensure that Parliament has acted with a criminal law purpose.

[76] I would highlight that Parliament is not, and has never been, restricted to responding to a so-called "evil" or "real evil" when relying on its criminal law power. Rand J. did not require the presence of an evil or of evil effects in the *Margarine Reference*. He also referred to "injurious" or "undesirable" effects: p. 49. The notion of "evil" cannot serve to effectively limit Parliament to using the criminal law power to respond to moral threats. That would sweep away the other firmly established public interests protected by the criminal law and stymie the criminal law's evolution. The criminal law is not confined to prohibiting immoral conduct: *Firearms Reference*, at para. 55.

de droit criminel si elle s'attaque à un mal ou à un effet nuisible ou indésirable pour un intérêt public traditionnellement protégé par le droit criminel, ou un autre intérêt public semblable.

[75] Dans le *Renvoi relatif à la LPA*, même s'ils étaient divisés sur le fond, les juges majoritaires de la Cour ont eu recours à la notion utile de préjudice pour exposer la première exigence énoncée dans le *Renvoi sur la margarine* relative à l'objet de droit criminel. Ils ont reconnu que les lois qui répondaient à une appréhension « raisonnée » ou « raisonnable » de préjudice reposaient sur un objet de droit criminel (dans la mesure où elles étaient bien liées à la deuxième exigence) : par. 50 et 55-56, la juge en chef McLachlin, et par. 236-243, les juges LeBel et Deschamps. Se référer à la notion de préjudice est une manière utile de comprendre l'exigence énoncée par le juge Rand voulant que la loi criminelle vise [TRADUCTION] « [un] mal ou [un] effet nuisible ou indésirable ». En effet, la notion de préjudice résume utilement la portée de cet énoncé. Je conviens, comme l'ont fait huit juges de la Cour dans le *Renvoi relatif à la LPA*, que le fait de se demander si le Parlement a agi en réponse à une « appréhension raisonnée de préjudice » à un intérêt public traditionnellement protégé par le droit criminel ou à un intérêt public semblable constitue une norme appropriée pour s'assurer que le Parlement visait un objet de droit criminel.

[76] Je tiens à souligner que le rôle du Parlement, lorsqu'il se fonde sur sa compétence en matière de droit criminel, ne se limite pas, et ne s'est jamais limité, à répondre à ce qu'il est convenu d'appeler un « mal » ou « mal réel ». Dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand n'a pas exigé la présence d'un mal ou d'effets néfastes. Il a mentionné également les effets [TRADUCTION] « nuisible[s] » ou « indésirable[s] » : p. 49. La notion de « mal » ne saurait servir à faire en sorte que le Parlement ne puisse recourir à sa compétence en matière criminelle que pour répondre à des menaces d'ordre moral. Cela aurait pour effet d'écarter les autres intérêts publics fermement établis que protège le droit criminel et d'empêcher son évolution. Le droit criminel ne se limite pas à interdire une conduite immorale : *Renvoi sur les armes à feu*, par. 55.

[77] In *Reference re AHRA*, McLachlin C.J. said that she would not have courts rely on their view of what is good and bad to question “the wisdom of Parliament” in enacting criminal law: para. 76. By contrast, LeBel and Deschamps JJ. would appear to have courts ask whether the targeted activity is bad enough that it *needs* to be suppressed, and assess whether Parliament has identified and established conduct or facts that support the apprehended harm to which it has responded: paras. 236 and 251. Because Cromwell J. did not adopt either McLachlin C.J.’s or LeBel and Deschamps JJ.’s approach to assessing criminal law purpose in *Reference re AHRA*, neither approach won the support of a majority of the Court.

[78] I agree with McLachlin C.J.’s deferential posture. As she rightly noted, because the issue in a division of powers analysis is not whether the law infringes the *Charter*, “the language of justification has no place”: para. 45; see also para. 50. So long as Parliament’s apprehension of harm is reasoned and its legislative action is, in pith and substance, a response to that apprehended harm, it has wide latitude to determine the nature and degree of harm to which it wishes to respond by way of the criminal law power, and the means by which it chooses to respond to that harm: *Malmo-Levine*, at para. 213, per Arbour J.; *RJR-MacDonald*, at para. 44; *Firearms Reference*, at para. 39.

[79] Taken together, the requirements established in the *Margarine Reference* and subsequently applied in this Court’s jurisprudence mean that a law will have a criminal law purpose if its matter represents Parliament’s response to a threat of harm to public order, safety, health or morality or fundamental social values, or to a similar public interest. As long as Parliament is addressing a reasoned apprehension of harm to one or more of these public interests, no degree of seriousness of harm need be proved before it can make criminal law. The court does not

[77] Dans le *Renvoi relatif à la LPA*, la juge en chef McLachlin a affirmé qu’il ne convient pas que les tribunaux substituent leur opinion sur ce qui est bien et ce qui est mal à « la sagesse du législateur fédéral » lorsqu’il édicte des lois criminelles : par. 76. En revanche, les juges LeBel et Deschamps ont semblé estimer que les tribunaux devraient se demander si l’activité visée est suffisamment répréhensible qu’il *convient* de la réprimer, et déterminer si le Parlement a identifié et établi la conduite ou les faits qui étayent le préjudice appréhendé auquel il a répondu : par. 236 et 251. Comme le juge Cromwell n’a souscrit ni à l’approche de la juge en chef McLachlin ni à celle des juges LeBel et Deschamps quant à l’évaluation de l’objet de droit criminel dans le *Renvoi relatif à la LPA*, ni l’une ni l’autre de ces approches n’a obtenu l’appui des juges majoritaires de la Cour.

[78] Je souscris à l’attitude de déférence adoptée par la juge en chef McLachlin. Comme elle le fait observer à juste titre, étant donné que l’analyse relative au partage des compétences ne vise pas à déterminer si la loi en cause porte atteinte à la *Charte*, « la question de la justification n’a pas sa place » : par. 45; voir aussi par. 50. Dans la mesure où il a une appréhension raisonnée de préjudice et où son intervention législative constitue, par son caractère véritable, une réponse à ce préjudice appréhendé, le Parlement jouit d’une grande latitude pour décider de la nature et de l’importance du préjudice auquel il souhaite remédier au moyen de sa compétence en matière de droit criminel, ainsi que des moyens qu’il choisit d’adopter pour ce faire : *Malmo-Levine*, par. 213, la juge Arbour; *RJR-MacDonald*, par. 44; *Renvoi sur les armes à feu*, par. 39.

[79] Considérées ensemble, les exigences établies dans le *Renvoi sur la margarine* et appliquées par la suite dans la jurisprudence de la Cour font en sorte qu’une loi aura un objet de droit criminel si sa matière constitue la réponse du Parlement à une menace de préjudice à l’ordre, la sécurité, la santé ou la moralité publics, aux valeurs sociales fondamentales ou à un autre intérêt public semblable. Dans la mesure où le Parlement répond à une appréhension raisonnée de préjudice à l’un ou plusieurs de ces intérêts publics, le degré de gravité du préjudice n’a pas à être établi

determine whether Parliament's criminal law response is appropriate or wise. The focus is solely on whether recourse to criminal law is *available* under the circumstances.

(2) Application

[80] As stated above, the only classification issue concerning ss. 1 to 7 of the *Act* is whether the provisions are supported by a criminal law purpose. In my view, the essential character of the prohibitions represents Parliament's response to the risk of harm that the prohibited conduct, genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on genetic test results pose to several public interests traditionally protected by the criminal law: autonomy, privacy and the fundamental social value of equality, as well as public health.

[81] Indeed, the Attorney General of Canada accepts that the "traditional subjects of criminal law", including "condemning moral wrongs, protecting privacy, protecting public health", could offer avenues to Parliament legislating in respect of genetic discrimination: R.F., at para. 2. In my view, all three of those established public interests support the *Act*'s prohibitions and penalties. I explain why below, first addressing autonomy, privacy and equality, and then public health.

(a) *Autonomy, Privacy and Equality*

[82] This Court has consistently recognized that individuals have powerful interests in autonomy and privacy, and in dignity more generally, protected by various *Charter* guarantees: see, for example, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, per Wilson J. It has specifically recognized individuals' clear and pressing interest in safeguarding information about themselves — the ability to do so is "closely tied to the dignity and integrity of the individual, [and] is of paramount importance in modern

pour qu'il puisse légiférer en matière criminelle. Le tribunal ne détermine pas si la réponse de droit criminel apportée par le Parlement est appropriée ou sage. L'accent est mis uniquement sur la question de savoir si le recours au droit criminel est *possible* dans les circonstances.

(2) Application

[80] Comme je l'ai déjà mentionné, la seule question de classification en ce qui a trait aux art. 1 à 7 de la *Loi* consiste à savoir si ces dispositions reposent sur un objet de droit criminel. À mon avis, le caractère essentiel des interdictions en cause constitue la réponse du Parlement au risque de préjudice que présentent la conduite interdite, la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques pour plusieurs intérêts publics traditionnellement protégés par le droit criminel, à savoir l'autonomie, la vie privée et la valeur sociale fondamentale de l'égalité, ainsi que la santé publique.

[81] D'ailleurs, le procureur général du Canada reconnaît que les « objets traditionnels de droit criminel », dont « la condamnation d'actes moralement répréhensibles, la protection de la vie privée, de la santé publique », pourraient permettre au Parlement de légiférer sur la discrimination génétique : m.i., par. 2. J'estime que ces trois intérêts publics établis étayaient les interdictions et les sanctions prévues par la *Loi*. J'expliquerai ma conclusion plus loin, en me penchant d'abord sur l'autonomie, la vie privée et l'égalité, et ensuite sur la santé publique.

a) *Autonomie, vie privée et égalité*

[82] Notre Cour a constamment reconnu que les personnes ont des intérêts importants en ce qui a trait à l'autonomie et à la vie privée, ainsi qu'à la dignité de manière plus générale, lesquels sont protégés par diverses garanties conférées par la *Charte* : voir, par exemple, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 166, la juge Wilson. Elle a expressément reconnu l'intérêt manifeste et pressant des personnes dans la sauvegarde des renseignements personnels — la capacité de ce faire est « étroitement liée à la dignité

society”: *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, at para. 66; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 429.

[83] Parliament has often used its criminal law power to protect these vital interests, acting to protect human dignity by safeguarding autonomy and privacy. The prohibitions on voyeurism in s. 162(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and on wilfully intercepting private communications in s. 184, for example, both protect individuals’ well-established interests in privacy and autonomy, while the prohibition on voyeurism also protects sexual integrity: *Jarvis*, at paras. 48 and 113. Safeguarding autonomy and privacy are established uses of the criminal law power.

[84] The conduct prohibited by ss. 1 to 7 of the *Act* poses a risk of harm to two facets of autonomy and personal privacy because individuals have an interest in deciding whether or not to access the detailed genetic information revealed by genetic testing and whether or not to share their test results with others.

[85] In particular, forced genetic testing (prohibited in s. 3 of the *Act*) poses a clear threat to autonomy and to an individual’s privacy interest in not finding out what their genetic makeup reveals about them and their health prospects. People may not want to learn about their “genetic destiny”, or risk the psychological harm that can result from obtaining unfavourable genetic test results: Office of the Privacy Commissioner of Canada, *The Potential Economic Impact of a Ban on the Use of Genetic Information for Life and Health Insurance*, by M. Hoy and M. Durnin (2012), at p. 11 (Hoy and Durnin). Forced disclosure of genetic test results (prohibited in s. 4) and the collection, use or disclosure of genetic test results without written consent (prohibited in s. 5) threaten autonomy and privacy by compromising an individual’s control over access to their detailed

et à l’intégrité de la personne [et] revêt une importance capitale dans la société contemporaine » : *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, par. 66; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429.

[83] Le Parlement s’est souvent servi de sa compétence en matière de droit criminel pour protéger ces intérêts cruciaux, agissant pour protéger la dignité humaine en sauvegardant l’autonomie et la vie privée. L’interdiction de voyeurisme prévue au par. 162(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et celle relative à l’interception volontaire des communications privées énoncée à l’art. 184, par exemple, protègent toutes deux les intérêts bien établis des personnes au respect de la vie privée et de l’autonomie, alors que l’interdiction de voyeurisme protège également l’intégrité sexuelle : *Jarvis*, par. 48 et 113. La sauvegarde de l’autonomie et de la vie privée sont des exercices établis de la compétence en matière criminelle.

[84] La conduite interdite aux art. 1 à 7 de la *Loi* présente un risque de préjudice pour deux aspects de l’autonomie et de la vie privée, car les personnes ont un intérêt à décider si elles souhaitent ou non avoir accès aux renseignements génétiques détaillés que révèlent des tests génétiques et si elles souhaitent ou non communiquer leurs résultats de test à d’autres personnes.

[85] Plus particulièrement, les tests génétiques forcés (interdits à l’art. 3 de la *Loi*) constituent une menace claire à l’autonomie et à l’intérêt en matière de vie privée d’une personne à ne pas découvrir ce que sa constitution génétique révèle sur elle et sur l’évolution de son état de santé. Il se peut aussi que des personnes ne souhaitent pas connaître leur « destin génétique », ou courir le risque de subir le préjudice psychologique que peut entraîner l’obtention de résultats défavorables d’un test génétique : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Répercussions économiques possibles sur l’assurance de personnes de l’interdiction d’utiliser les renseignements génétiques*, par M. Hoy et M. Durnin (2012), p. 13 (Hoy et Durnin). La communication forcée des résultats d’un test génétique (interdite à l’art. 4) et le fait de recueillir, d’utiliser

genetic information. Such threats to autonomy and personal privacy are threats to human dignity.

[86] The prohibitions target this autonomy- and privacy-threatening conduct in the contexts of the provision of goods and services and the conclusion of contracts. The risk of harm to dignity-related interests in these contexts is neither narrow nor trivial: individuals meaningfully participate in society by way of goods, services and contracts. The prohibitions in the *Act* target a wide swath of conduct.

[87] Further, Parliamentary debates, and the extensive testimony and research referred to throughout the debates, demonstrate that many parliamentarians reasonably viewed genetic information disclosed by genetic testing to be uniquely personal and fundamental to identity.⁷ In a very real sense, an individual's genetic makeup *is* their "biographical core": on this concept in the s. 8 *Charter* context, see, for example, *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 25; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 46, 48 and 58. It provides the foundation for who an individual is as a human being and is, "in an important way, one's very identity": Hoy and Durnin, at p. 10. The dignity, autonomy and privacy interests in individuals' detailed genetic information were understood by Parliament to be unique and strong.

ou de communiquer les résultats d'un tel test sans consentement écrit (interdit à l'art. 5) menacent l'autonomie et la vie privée d'une personne en mettant en péril le contrôle que celle-ci exerce sur l'accès à ses renseignements génétiques détaillés. De telles menaces à l'autonomie et à la vie privée constituent des menaces à la dignité humaine.

[86] Les interdictions en cause visent cette conduite qui menace l'autonomie et la vie privée dans les contextes de la fourniture de biens et services et de la conclusion de contrats. Le risque de préjudice aux intérêts liés à la dignité dans ces contextes n'est ni limité ni négligeable : en pratique, les personnes prennent part à la société grâce aux biens, aux services et aux contrats. Les interdictions prévues par la *Loi* visent un large éventail de conduites.

[87] De plus, les débats parlementaires ainsi que les nombreux témoignages et travaux de recherche évoqués tout au long des débats démontrent que bon nombre de parlementaires ont estimé à juste titre que les renseignements génétiques que révèlent les tests génétiques sont très personnels et particulièrement essentiels en ce qui a trait à l'identité⁷. De façon très concrète, la constitution génétique d'une personne *correspond* à ses « renseignements biographiques » essentiels : pour ce qui est de cette notion dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*, voir, par exemple, *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 25; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 46, 48 et 58. Elle fournit la base de ce qu'est une personne en tant qu'être humain et représente, « fondamentalement, l'identité même d'une personne » : Hoy et Durnin, p. 12. Le Parlement a estimé que les intérêts d'une personne au respect de la dignité, de l'autonomie et de la vie privée en ce qui a trait à ses renseignements génétiques détaillés sont des intérêts uniques et importants.

⁷ See, for example, *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, at p. 4885 (Mr. Oliphant); *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 97, 1st Sess., 42nd Parl., October 25, 2016, at p. 6125 (Peter Schiefke); *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 2, 1st Sess., 42nd Parl., March 9, 2016, at p. 2:28 (Bev Heim-Myers); *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 26, 1st Sess., 42nd Parl., April 13, 2016, at p. 459 (Linda Frum).

⁷ Voir, par exemple, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, p. 4885 (M. Oliphant); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 97, 1^{re} sess., 42^e lég., 25 octobre 2016, p. 6125 (Peter Schiefke); *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n° 2, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 mars 2016, p. 2:28 (Bev Heim-Myers); *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 26, 1^{re} sess., 42^e lég., 13 avril 2016, p. 459 (Linda Frum).

[88] As the intervener the Privacy Commissioner of Canada points out, the number of inferences that may be drawn from genetic testing information is unknown. Between the early 2000s and 2016, the number of recognized genetic tests increased exponentially, from 100 to well over 30,000. Just over 15 years after the complete human genome was first sequenced, 5,000 of the estimated 20,000 genes have already been linked to genetic diseases, and thousands of other gene variants that affect predispositions to more common health conditions are known.⁸ The potential for genetic test results to reveal highly personal information about the individual tested and their relatives is immense and will undoubtedly continue to evolve alongside technological abilities to interpret test results.

[89] Similarly, the potential for abuse of genetic test results and the information they reveal (including by way of genetic discrimination and other possible equality-threatening treatment) is of an unknowable scope and degree. As one Member of Parliament saw it, Parliament’s role was to “pay attention to science and make sure that laws designed to protect us evolve in step with technology”: *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 97, at p. 6125 (Peter Schiefke). Parliament’s criminal law power allows it to take proactive steps to protect the public from risks of an unknown nature or degree, even if on some points “the jury is still out”: *Malmo-Levine*, at para. 78; *Reference re AHRA*, at para. 50.

[90] Protecting fundamental moral precepts or social values is an established criminal law purpose: *Margarine Reference*, at p. 50; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, at pp. 932-33; *Reference re AHRA*, at

[88] Comme le fait remarquer l’intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, le nombre d’inférences qui peuvent être tirées de renseignements issus de tests génétiques n’est pas connu. Entre le début des années 2000 et 2016, le nombre de tests génétiques reconnus a augmenté de façon exponentielle, passant de 100 à plus de 30 000. Un peu plus de 15 ans suivant le premier séquençage complet du génome humain, 5 000 des 20 000 gènes estimés ont déjà été associés à des maladies génétiques, et des milliers d’autres variants géniques qui ont une incidence sur les prédispositions aux problèmes de santé les plus courants sont connus⁸. La possibilité que les résultats d’un test génétique révèlent des renseignements de nature très personnelle sur la personne qui subit un tel test et les membres de sa famille est énorme et continuera sans doute d’évoluer en fonction de la capacité technologique à interpréter les résultats de tests.

[89] De même, le risque d’usage abusif des résultats de tests génétiques et des renseignements qu’ils révèlent (notamment par la discrimination génétique et d’autres traitements possibles qui menacent l’égalité) présente une ampleur et un degré inconnus. Selon un député, le rôle du Parlement consiste à « écouter ce que la science nous apprend, et [à] s’assurer que les lois en place pour nous protéger évoluent au même rythme que la technologie » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 97, p. 6125 (Peter Schiefke). Sa compétence en matière de droit criminel lui permet de prendre des mesures proactives pour protéger le public contre les risques d’une nature ou d’un degré inconnus, même si, à certains égards, « la situation n’est pas encore nette » : *Malmo-Levine*, par. 78; *Renvoi sur la LPA*, par. 50.

[90] La protection des règles morales ou valeurs sociales fondamentales constitue un objet de droit criminel établi : *Renvoi sur la margarine*, p. 50; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, p. 932-933;

⁸ See *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, at p. 147 (Senator Cowan); *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, at p. 4885 (Mr. Oliphant); Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 37, at p. 2 (Dr. Gail Graham).

⁸ Voir *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, p. 147 (sénateur Cowan); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, p. 4885 (M. Oliphant); Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 37, p. 2 (D^e Gail Graham).

paras. 49-51 and 250. Parliamentarians considered discrimination on the basis of health-related genetic test results to be morally wrong. They viewed such genetic discrimination to be antithetical to the values of equality and human dignity. It is easy to see why. Such genetic discrimination threatens the fundamental social value of equality by stigmatizing and imposing adverse treatment on individuals because of their inherited, immutable genetic characteristics, and, in particular, the characteristics that may help to predict disease or disability. In acting to suppress a threat of that nature, Parliament acted with a criminal law purpose.

[91] Further, the fact that, in protecting individuals' control over their genetic test results, the prohibitions target a precursor to genetic discrimination rather than genetic discrimination itself does not mean that they are not a valid criminal law response to the threat posed by discrimination based on genetic test results. Once Parliament is found to be legislating in response to a reasoned apprehension of harm to one of the public interests that may be protected by the criminal law, "Parliament's choice of method cannot be determinative with respect to Parliament's power to legislate": *RJR-MacDonald*, at para. 44.

[92] In pith and substance, ss. 1 to 7 of the *Act* are Parliament's response to the risk of harm that the prohibited conduct and discrimination based on genetic test results pose to autonomy, privacy and equality. For the reasons set out above, Parliament has the power under s. 91(27) to protect people from emerging threats to privacy, autonomy and equality. This is especially so when Parliament reasonably views the information it is safeguarding as uniquely elemental to identity, and uniquely vulnerable to abuse. Protecting these core interests is an established, proper use of the criminal law power.

Renvoi relatif à la LPA, par. 49-51 et 250. Les parlementaires ont estimé que la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques liés à la santé est moralement répréhensible. Une telle discrimination génétique est, à leur avis, contraire aux valeurs d'égalité et de dignité humaine. Il est facile de voir pourquoi. Pareille discrimination menace la valeur sociale fondamentale de l'égalité en stigmatisant des personnes en raison des caractéristiques génétiques immuables dont elles ont hérité — en particulier les caractéristiques qui sont susceptibles d'aider à prédire des maladies ou des incapacités — et en leur imposant un traitement préjudiciable. En intervenant pour supprimer une menace de cette nature, le Parlement visait un objet de droit criminel.

[91] De plus, le fait qu'en protégeant le contrôle qu'exercent les personnes sur leurs résultats de test génétique, les interdictions visent un élément précurseur de la discrimination génétique plutôt que la discrimination génétique elle-même ne signifie pas que ces interdictions ne constituent pas une réponse valide de droit criminel à la menace que représente la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques. Une fois qu'il est conclu que le Parlement a légiféré en réponse à une appréhension raisonnée de préjudice à l'un des intérêts publics susceptibles d'être protégés par le droit criminel, « la méthode [que le Parlement] a choisie ne peut être déterminante relativement à sa compétence de légiférer » : *RJR-MacDonald*, par. 44.

[92] Par leur caractère véritable, les art. 1 à 7 de la *Loi* constituent la réponse du Parlement au risque de préjudice que présentent la conduite interdite et la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques pour l'autonomie, la vie privée et l'égalité. Pour les motifs exposés ci-dessus, le Parlement a le pouvoir, en vertu du par. 91(27), de protéger les personnes contre les nouvelles menaces à la vie privée, à l'autonomie et à l'égalité. C'est notamment le cas lorsque le Parlement estime à juste titre que les renseignements qu'il sauvegarde sont particulièrement essentiels en ce qui a trait à l'identité et particulièrement sujets aux abus. La protection de ces intérêts fondamentaux est une utilisation établie et légitime de la compétence en matière de droit criminel.

(b) *Public Health*

[93] Health is an “amorphous” field of jurisdiction, featuring overlap between valid exercises of the provinces’ general power to regulate health and Parliament’s criminal law power to respond to threats to health: see *RJR-MacDonald*, at para. 32; *PHS*, at para. 60. The criminal law authority that Parliament exercises in the area of health does not prevent the provinces from regulating extensively in relation to health: *Hydro-Québec*, at para. 131. Indeed, the two levels of government “frequently work together to meet common concerns”: para. 131.

[94] Because of these overlapping exercises of jurisdiction, and the doctrine of paramountcy, the Court has expressed concern that the criminal law power must not “be used to eviscerate the provincial power to regulate health”: *Reference re AHRA*, at para. 77, see also para. 52, per McLachlin C.J. Though the criminal law power must be appropriately circumscribed as a result, its plenary nature does not change when it is exercised to respond to threats to health. The usual requirements that it be exercised by way of prohibition and penalty and be supported by a criminal law purpose suffice to limit it: *RJR-MacDonald*, at para. 32.

[95] In the *Margarine Reference*, Rand J. made clear that protecting health is one of the “ordinary ends” served by the criminal law, and that the criminal law power may be properly used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”: pp. 49-50. This Court has often referred to injurious or undesirable effects that relate to health as “public health evils”: *RJR-MacDonald*, at para. 32, quoted in *Reference re AHRA*, at para. 52, see also para. 62, per McLachlin C.J.; *Malmo-Levine*, at paras. 209 and 212, per Arbour J. Nothing in this Court’s jurisprudence suggests that the term “public health evil” means anything other than a threat to public health. As McLachlin C.J. confirmed in *Reference re AHRA*, “acts or conduct that have an injurious or undesirable effect on public health constitute

b) *Santé publique*

[93] La santé constitue un champ de compétence qui présente un caractère « informel », et où il y a chevauchement entre des exercices valides de la compétence générale des provinces pour réglementer le domaine de la santé et la compétence du Parlement en matière de droit criminel pour répondre aux menaces à la santé : voir *RJR-MacDonald*, par. 32; *PHS*, par. 60. La compétence en matière criminelle que le Parlement exerce dans le domaine de la santé n’empêche pas les provinces de réglementer largement à cet égard : *Hydro-Québec*, par. 131. En effet, les deux ordres de gouvernement « travaillent souvent ensemble pour satisfaire des intérêts communs » : par. 131.

[94] Compte tenu de ces exercices de compétence qui se chevauchent et de la règle de la prépondérance, la Cour a exprimé une réserve selon laquelle la compétence en matière de droit criminel ne doit pas « servir à vider de son contenu le pouvoir des provinces de réglementer le domaine de la santé » : *Renvoi relatif à la LPA*, par. 77, voir aussi par. 52, la juge en chef McLachlin. Bien que la compétence en matière criminelle doive donc être circonscrite de façon appropriée, son caractère plénier ne change pas lorsqu’elle est exercée pour répondre à des menaces à la santé. Les exigences habituelles selon lesquelles elle doit être exercée par voie d’interdiction assortie d’une sanction et reposer sur un objet de droit criminel suffisent pour la limiter : *RJR-MacDonald*, par. 32.

[95] Dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand a bien précisé que la protection de la santé fait partie des [TRADUCTION] « fins visées ordinairement » par le droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut à juste titre être utilisée pour protéger le public contre un « effet nuisible ou indésirable » : p. 49-50. Notre Cour a souvent assimilé les effets nuisibles ou indésirables liés à la santé à des « ma[ux] pour la santé publique » : *RJR-MacDonald*, par. 32, cité dans *Renvoi relatif à la LPA*, par. 52, voir aussi par. 62, la juge en chef McLachlin; *Malmo-Levine*, par. 209 et 212, la juge Arbour. Rien dans la jurisprudence de notre Cour ne suggère que l’expression « mal pour la santé publique » signifie autre chose qu’une menace pour la santé publique. Comme l’a confirmé la juge en chef McLachlin dans

public health evils that may properly be targeted by the criminal law”: para. 62. Tobacco products, dangerous medical treatments, illicit drugs, adulterated food products and toxic chemicals all represent threats to health: see *RJR-MacDonald; Morgentaler* (1993); *Malmo-Levine; Wetmore; Hydro-Québec*. In *Labatt Breweries*, standards for the production and content of beer were not upheld under the criminal law power because they did not address a hazard to health, not because they failed to target something “evil”: pp. 934-35.

[96] Parliament is entitled to use its criminal law power to respond to a reasoned apprehension of harm, including a threat to public health.

[97] Genetic discrimination and the fear of genetic discrimination are not merely theoretical concerns. Testimony before Parliament demonstrated that fear of genetic discrimination leads patients to forego beneficial testing, results in wasted health care dollars and may deter patients from participating in research that could advance medical understanding of their conditions.⁹ Genetic discrimination is a barrier to accessing suitable, maximally effective health care, to preventing the onset of certain health conditions and to participating in research and other initiatives serving public health. Parliament accordingly apprehended individuals’ vulnerability to and fear of genetic discrimination based on test results as a threat to public health.

⁹ See Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 37, at p. 2 (Dr. Gail Graham); see also p. 1 (Dr. Cindy Forbes). Dr. Ronald Cohn, of the Hospital for Sick Children in Toronto, testified that more than a third of families he approached to participate in a genetic study refused for fear of genetic discrimination, in spite of the opportunity the study would have provided to find an explanation for the children’s severe medical conditions: Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 36, at p. 12.

le *Renvoi relatif à la LPA*, « le droit criminel peut légitimement viser le mal pour la santé publique que constitue l’acte ou l’activité qui a un effet nuisible ou indésirable sur la santé publique » : par. 62. Les produits du tabac, les traitements médicaux dangereux, les drogues illicites, les aliments falsifiés et les produits chimiques toxiques représentent tous des menaces pour la santé : voir *RJR-MacDonald, Morgentaler* (1993), *Malmo-Levine, Wetmore et Hydro-Québec*. Dans *Brasseries Labatt*, des normes relatives à la production et au contenu de la bière n’ont pas été maintenues en vertu de la compétence en matière criminelle parce qu’elles ne s’attaquaient pas à un risque sur la santé, et non pas parce qu’elles ne visaient pas un « mal » : p. 934-935.

[96] Le Parlement peut recourir à sa compétence en matière de droit criminel pour répondre à une appréhension raisonnée de préjudice, y compris à une menace pour la santé publique.

[97] La discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique ne sont pas simplement des préoccupations théoriques. Les témoignages devant le Parlement démontrent que la crainte de la discrimination génétique amène des patients à renoncer à subir un test bénéfique, mène au gaspillage de l’argent destiné aux soins de santé et est susceptible de dissuader des patients de participer à des recherches qui pourraient faire progresser la compréhension médicale des problèmes de santé qui les touchent⁹. La discrimination génétique est un obstacle à l’accès à des soins de santé adéquats et d’efficacité optimale, à la prévention de l’apparition de certains problèmes de santé ainsi qu’à la participation à des recherches et à d’autres initiatives utiles pour la santé publique. Le Parlement a donc envisagé le fait que les personnes soient exposées à la discrimination génétique sur le fondement des résultats d’un test, et leur crainte d’une telle discrimination, comme une menace pour la santé publique.

⁹ Voir Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 37, p. 2 (D^{re} Gail Graham); voir aussi p. 1 (D^{re} Cindy Forbes). Le D^r Ronald Cohn de l’Hospital for Sick Children de Toronto a témoigné que plus du tiers des familles qu’il a invitées à participer à une étude génétique ont refusé par crainte d’être victimes de discrimination génétique, malgré l’occasion de trouver une explication aux graves problèmes de santé de leurs enfants : Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 36, p. 12.

[98] Individuals' vulnerability to genetic discrimination due to a lack of control over their genetic testing information imposed what Senator Cowan described as a "terrible dilemma" on some people: *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, at p. 148; see also pp. 146-47. Those people were made to choose between two unenviable options. They could seek potentially beneficial genetic testing but be exposed to the risk of having to disclose results to a third party, who could use those results against them. Or they could forego genetic testing and expose themselves to potentially avoidable and serious health risks, but keep genetic testing information private.

[99] This choice effectively pitted individuals' interests in health against their interests in dignity, privacy, autonomy and equal treatment, and their access to goods, services and contracts. It was described as a choice that "no Canadian should have to face": *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 140, 1st Sess., 42nd Parl., February 14, 2017, at p. 8955 (Michael Cooper). Parliament acted to eliminate it.

[100] Both the Court of Appeal and parties opposed to the constitutionality of ss. 1 to 7 of the *Act* rely on a distinction between the protection of health (a purpose traditionally within the realm of the criminal law) and the promotion of health (said to lie only within provincial jurisdiction and not to be a purpose validly advanced by the criminal law). They contend that the challenged provisions are aimed at promoting health, rather than responding to a threat to health.

[101] At this stage of the analysis, once the pith and substance of the challenged law has been determined, the distinction between protection and promotion of health can be more a matter of semantics than substance; it rests in part on the "artificial dichotomy" between prohibiting conduct that poses a risk of harm to health and generating health benefits by way of criminal prohibition, which McLachlin C.J.

[98] Le fait que les personnes soient exposées à la discrimination génétique en raison de l'absence de contrôle sur leurs renseignements issus d'un test génétique a posé ce que le sénateur Cowan a décrit comme un « dilemme terrible » à certaines personnes : *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, p. 148; voir aussi p. 146-147. Ces personnes étaient forcées de choisir entre deux options peu enviables. Elles pouvaient soit solliciter un test génétique potentiellement bénéfique, mais être exposées au risque d'être obligées d'en communiquer les résultats à un tiers, lequel était susceptible d'utiliser ceux-ci contre elles, soit renoncer à subir un tel test et s'exposer à des risques potentiellement évitables et graves pour la santé, tout en gardant confidentiels ses renseignements génétiques.

[99] Ce choix opposait dans les faits les intérêts des personnes en matière de santé et leurs intérêts en matière de dignité, de vie privée, d'autonomie et d'égalité de traitement, ainsi que leur accès à des biens, à des services et à des contrats. Il a été décrit comme un dilemme que les Canadiens et Canadiennes « ne devraient pas avoir à résoudre » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 140, 1^{re} sess., 42^e lég., 14 février 2017, p. 8951 (Michael Cooper). Le Parlement a pris des mesures pour éliminer ce dilemme.

[100] Tant la Cour d'appel que les parties opposées à la constitutionnalité des art. 1 à 7 de la *Loi* invoquent la distinction entre la protection de la santé (objectif qui relève traditionnellement du droit criminel) et la promotion de la santé (considérée relever uniquement de la compétence provinciale et ne pas constituer un objectif validement poursuivi par le droit criminel). Elles soutiennent que les dispositions contestées visent à promouvoir la santé, plutôt qu'à répondre à une menace pour la santé.

[101] À cette étape de l'analyse, une fois que le caractère véritable de la loi contestée a été établi, la distinction entre la protection et la promotion de la santé peut tenir davantage de la sémantique que du fond; cette distinction repose en partie sur une « dichotomie artificielle » entre le fait d'interdire une conduite qui présente un risque de préjudice pour la santé et celui de créer des effets bénéfiques

rightly warned against in *Reference re AHRA*, at para. 30. The relevant question is whether the law meets the criminal law purpose test — whether, in pith and substance, it responds to a risk of harm to health. If it does, the possibility that the law will also produce beneficial health effects does not negate that conclusion.

[102] Here, in pith and substance, Parliament's action was a response to the harm that vulnerability to and fear of genetic discrimination posed to public health. Giving individuals control over access to their genetic test results by prohibiting forced genetic testing and disclosure of test results and the non-consensual collection, use or disclosure of genetic test results in the areas of contracting and the provision of goods and services targets the harmful fear of genetic discrimination that poses a threat to health. The *Act* was intended to target that fear.

(3) Conclusion

[103] Parliament took action in response to its concern that individuals' vulnerability to genetic discrimination posed a threat of harm to several public interests traditionally protected by the criminal law. Parliament enacted legislation that, in pith and substance, protects individuals' control over their detailed personal information disclosed by genetic tests in the areas of contracting and the provision of goods and services in order to address Canadian's fears that their genetic test results will be used against them and to prevent discrimination based on that information. It did so to safeguard autonomy, privacy and equality, along with public health. The challenged provisions fall within Parliament's criminal law power because they consist of prohibitions accompanied by penalties, backed by a criminal law purpose.

pour la santé au moyen d'une interdiction criminelle, ce qui a à juste titre fait l'objet d'une mise en garde par la juge en chef McLachlin dans le *Renvoi relatif à la LPA*, par. 30. La question à se poser est celle de savoir si la loi satisfait au critère relatif à l'objet de droit criminel — c.-à-d. si, par son caractère véritable, la loi répond à un risque de préjudice pour la santé. Dans l'affirmative, la possibilité que la loi entraîne également des effets bénéfiques pour la santé ne fait pas obstacle à cette conclusion.

[102] En l'espèce, par son caractère véritable, l'intervention du Parlement répond au risque du préjudice que présentent pour la santé publique le fait d'être exposé à la discrimination génétique et la crainte d'une telle discrimination. Permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur l'accès à leurs résultats de test génétique en interdisant les tests génétiques forcés et la communication forcée des résultats de tels tests, ainsi que la collecte, l'utilisation ou la communication non consensuelle de ces résultats dans les domaines de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services, vise la crainte préjudiciable de la discrimination génétique qui constitue une menace pour la santé. La *Loi* visait cette crainte.

(3) Conclusion

[103] Le Parlement est intervenu en réponse à sa préoccupation selon laquelle le fait que les personnes soient exposées à la discrimination génétique constituait une menace pour plusieurs intérêts publics traditionnellement protégés par le droit criminel. Il a édicté des dispositions législatives qui, par leur caractère véritable, protègent le contrôle qu'exercent les personnes sur leurs renseignements personnels détaillés révélés par les tests génétiques dans les domaines de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services afin de répondre aux craintes des Canadiens et Canadiennes que leurs résultats de test génétique ne soient utilisés contre eux et de prévenir la discrimination fondée sur ces renseignements. L'objectif était de protéger l'autonomie, la vie privée et l'égalité, ainsi que la santé publique. Les dispositions contestées relèvent de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, car elles contiennent des interdictions assorties de sanctions et reposent sur un objet de droit criminel.

VI. Costs

[104] The appellant seeks special costs in this Court no matter the outcome of this appeal.

[105] Given the appellant's success on the merits of this appeal, the Court must determine whether it should exercise its discretion to award special costs.

[106] In my view, this is not an appropriate case for this Court to award special costs. Ordinary costs suffice. Although, as the appellant points out, it is unusual that no attorney general appealed from the Quebec Court of Appeal's opinion in this reference, that alone does not make this an "exceptional" case justifying the award of special costs: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 140; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139, at para. 84.

[107] Moreover, I am not convinced that the appellant has demonstrated that it was impossible for it to pursue this litigation with private funding: *Carter*, at para. 140; *École Rose-des-vents*, at para. 84. In contrast with the significant costs borne by the parties in both *Carter* and *École Rose-des-vents*, where the appeals came after costly and lengthy trials needed to develop the full factual records required to deal with the complex constitutional questions raised in those cases, the appellant did not bear such costs. This appeal arose on a reference, and there was no such need. Indeed, the appellant participated as an intervener, rather than as a full party, at the Quebec Court of Appeal.

VII. Disposition

[108] I would allow the appeal with costs on a party-and-party basis and answer the reference

VI. Dépens

[104] L'appelante réclame des dépens spéciaux devant la Cour quelle que soit l'issue du présent pourvoi.

[105] Vu que l'appelante a gain de cause sur le fond du présent pourvoi, la Cour doit déterminer si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens spéciaux.

[106] À mon avis, la présente affaire n'est pas un cas où il convient que la Cour accorde des dépens spéciaux. Les dépens habituels suffisent. Bien que, comme le signale l'appelante, il soit inhabituel qu'aucun procureur général ne se soit pourvu contre l'avis de la Cour d'appel du Québec sur le renvoi, cela n'est pas suffisant en soi pour faire de la présente affaire un cas « exceptionnel » qui justifie l'octroi de dépens spéciaux : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 140; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139, par. 84.

[107] De plus, je ne suis pas convaincue que l'appelante a établi qu'il lui était impossible de poursuivre la présente action avec une aide financière privée : *Carter*, par. 140; *École Rose-des-vents*, par. 84. Contrairement aux dépenses importantes assumées par les parties dans *Carter* et *École Rose-des-vents*, où les appels faisaient suite aux procès longs et coûteux qui avaient été nécessaires pour permettre la présentation des dossiers factuels complets requis pour que puissent être tranchées les questions constitutionnelles complexes soulevées dans ces affaires, l'appelante n'a pas assumé des dépenses de la sorte en l'espèce. Le présent pourvoi découle d'un renvoi, et une telle nécessité ne s'est pas présentée. En fait, l'appelante a participé en qualité d'intervenante, plutôt qu'en qualité de partie à part entière, devant la Cour d'appel du Québec.

VII. Dispositif

[108] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens entre parties et de répondre par la négative à

question posed by the Government of Quebec in the negative.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[109] The decision to undergo or forego genetic testing is one of the most intimate personal health decisions that individuals now face. Some people decide that they would rather not know what their genetic makeup reveals. Others decide that they want to know so that they can take steps to protect their own health and the health of their families. Parliament recognized that individuals should have the autonomy to make this profoundly personal choice without having to fear how the information revealed by genetic testing will be used. However, there was ample evidence before Parliament that many did not feel free to make this choice. The parliamentary record demonstrated that people were choosing to “stay in the dark” about their genetic makeup — to the detriment of their health, the health of their families, and the greater public health system — due to their concerns that they would not be able to control the uses to which the information revealed by genetic testing would be put. Sections 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act*, S.C. 2017, c. 3 (“Act”), represent Parliament’s attempt to address this serious threat to health.

[110] In the result, I agree with my colleague Justice Karakatsanis that ss. 1 to 7 of the *Act* represent a valid exercise of Parliament’s power over criminal law set out at s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. However, and with respect, I arrive at this result in a different manner because I see the pith and substance of the impugned provisions differently from her, as well as from my colleague Justice Kasirer.

la question du renvoi soumise par le gouvernement du Québec.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[109] La décision de subir ou de refuser de subir un test génétique est l’une des décisions personnelles les plus intimes en matière de santé qu’une personne est appelée à prendre de nos jours. Certaines personnes décident qu’elles préfèrent ne pas savoir ce que leur profil génétique a à révéler. D’autres, au contraire, décident qu’elles veulent le savoir afin de pouvoir prendre des mesures pour protéger leur santé et celle de leur famille. Le Parlement a reconnu que chaque personne devrait jouir de l’autonomie nécessaire pour faire ce choix profondément personnel, sans avoir à craindre la façon dont les renseignements que révèlent les tests génétiques seront utilisés. Toutefois, le Parlement disposait d’une preuve amplement suffisante pour démontrer que les gens ne sentaient pas qu’ils pouvaient faire ce choix librement. Le dossier parlementaire démontrait que ceux-ci choisissaient de « rester dans l’ignorance » en ce qui concerne leur profil génétique — au détriment de leur santé, de celle de leur famille et du système de santé public en général — parce qu’ils craignaient de ne pas être en mesure d’exercer de contrôle sur l’utilisation qui serait faite des renseignements révélés par les tests génétiques. Les articles 1 à 7 de la *Loi sur la non-discrimination génétique*, L.C. 2017, c. 3 (« Loi »), représentent une tentative de la part du Parlement de remédier à cette menace sérieuse pour la santé.

[110] En définitive, je suis d’accord avec ma collègue la juge Karakatsanis pour dire que les art. 1 à 7 de la *Loi* constituent un exercice valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En toute déférence, toutefois, j’arrive à cette conclusion en empruntant un chemin différent, parce que mon opinion quant au caractère véritable des dispositions contestées diffère de la sienne et de celle de mon collègue le juge Kasirer.

[111] In my view, the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to protect health by prohibiting conduct that undermines individuals' control over the intimate information revealed by genetic testing. By giving people control over the decision to undergo genetic testing and over the collection, disclosure and use of the results of such testing, Parliament sought to mitigate their fears that their genetic test results could be used against them in a wide variety of contexts. Parliament had ample evidence before it that this fear was causing grave harm to the health of individuals and their families, and to the public healthcare system as a whole.

[112] The provisions in issue represent a valid exercise of Parliament's power over the criminal law because they contain prohibitions accompanied by penalties, and are backed by the criminal law purpose of suppressing a threat to health. In particular, they target the detrimental health effects occasioned by people foregoing genetic testing out of fear as to how the information revealed by such testing could be used.

[113] My colleagues have provided an extensive review of the legal principles that guide my analysis. It is accordingly unnecessary to engage in a detailed review of the jurisprudence. I will, however, highlight key legal principles as needed.

II. Analysis

A. *Characterization*

[114] As indicated, I take the view that the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to protect health by prohibiting conduct that undermines individuals' control over the intimate information revealed by genetic testing. This is borne out by the purpose and effects of these provisions.

[111] Selon moi, les art. 1 à 7 de la *Loi* ont pour caractère véritable la protection de la santé en ce qu'ils prohibent des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements intimes que révèlent les tests génétiques. En permettant aux gens d'exercer un contrôle sur la décision de subir un test génétique, ainsi que sur la collecte, la communication et l'utilisation des résultats de ces tests, le Parlement a voulu atténuer leurs craintes que les résultats des tests génétiques soient utilisés à leur détriment dans un large éventail de contextes. Le Parlement disposait d'une preuve amplement suffisante démontrant que cette crainte causait un grave préjudice à l'égard de la santé des gens et de leur famille, et du système de santé public dans son ensemble.

[112] Les dispositions litigieuses constituent un exercice valide du pouvoir de légiférer du Parlement en matière de droit criminel, parce qu'elles comportent des interdictions assorties de peines, et qu'elles ont comme objectif de droit criminel la suppression d'une menace pour la santé. De façon plus particulière, elles ciblent les effets nocifs pour la santé découlant du fait que des gens refusent de subir des tests génétiques parce qu'ils craignent la façon dont les renseignements révélés par ces tests pourraient être utilisés.

[113] Mes collègues ont longuement exposé les principes juridiques qui guident mon analyse. Il est donc inutile que je procède à un examen détaillé de la jurisprudence. Toutefois, je ferai état au besoin des principes juridiques clés.

II. Analyse

A. *Qualification*

[114] Comme je l'ai mentionné, je suis d'avis que les art. 1 à 7 de la *Loi* ont pour caractère véritable la protection de la santé en ce qu'ils prohibent des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les personnes sur les renseignements intimes que révèlent les tests génétiques. Cette conclusion est étayée par l'objet et par l'effet de ces dispositions.

[115] As I will explain, I do not agree with Justice Karakatsanis that preventing discrimination forms part of the pith and substance of the challenged provisions. While I accept that ss. 1 to 7 of the *Act* reduce the opportunities for discrimination based on one's genetic test results, thereby mitigating individuals' fear of genetic discrimination, they do so by giving people control over the information revealed by genetic tests in furtherance of the purpose of protecting health. With respect, preventing or combating genetic discrimination is not the "dominant purpose or true character" of these provisions (see *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29, quoting *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29).

[116] Nor can I agree with Justice Kasirer that the pith and substance of the provisions is "to regulate contracts and the provision of goods and services, in particular contracts of insurance and employment, by prohibiting some perceived misuses of one category of genetic tests, the whole with a view to promoting the health of Canadians" (para. 154). As I see it, what is at stake here is not the *promotion* of beneficial health practices but the *protection* of individuals from a serious threat to health. Further, I have no doubt that the impugned provisions affect contracting and the provision of goods and services. However, with respect, I believe that the manner in which my colleague characterizes them "confuse[s] the law's purpose with 'the means chosen to achieve it'" (*Quebec v. Canada*, at para. 29, quoting *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25). Although the means chosen by Parliament engage aspects of contracting and the provision of goods and services, as I see it, "the regulation of contracts and the provision of goods and services" is, at best, peripheral to the dominant purpose or true character of the legislation. Indeed, as Justice Kasirer himself recognizes, "health dominates the discussion" (para. 221).

[115] Ainsi que je vais l'expliquer, je ne souscris pas à l'opinion de la juge Karakatsanis selon laquelle la prévention de la discrimination constitue un aspect du caractère véritable des dispositions contestées. Quoique je reconnaisse que les art. 1 à 7 de la *Loi* réduisent les possibilités de discrimination fondée sur les résultats d'un test génétique, atténuant ainsi la crainte qu'éprouvent les gens à cet égard, ces dispositions le font en permettant aux gens d'exercer un contrôle sur les renseignements révélés par les tests génétiques subis dans le but de protéger la santé. Avec égards pour l'opinion contraire, prévenir ou combattre la discrimination génétique n'est pas « [l']objet principal ou [. . .] [l']idée maîtresse » de ces dispositions (voir *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29).

[116] Je ne saurais non plus souscrire à l'opinion du juge Kasirer voulant que les dispositions aient pour caractère véritable de « réguler les contrats et la fourniture de biens et services, en particulier les contrats d'assurance et d'emploi, en interdisant ce qui peut être perçu comme des usages inappropriés d'une catégorie de tests génétiques, et ce, dans le but de promouvoir la santé de la population canadienne » (par. 154). À mon avis, ce qui est en jeu en l'espèce, ce n'est pas la *promotion* de pratiques bénéfiques pour la santé, mais la *protection* des gens contre une menace sérieuse pour leur santé. De plus, je n'ai aucun doute que les dispositions litigieuses ont une incidence sur les contrats et la fourniture de biens et services. Cependant, avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue, je crois que la manière dont il les qualifie « confon[d] l'objet de la loi et "les moyens choisis pour réaliser cet objet" » (*Québec c. Canada*, par. 29, citant *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25). Bien que les moyens choisis par le Parlement touchent à certains aspects des contrats et de la fourniture de biens et services, j'estime que « la réglementation des contrats et la fourniture de biens et services » est, tout au plus, périphérique à l'objet principal ou au caractère véritable de la *Loi*. De fait, le juge Kasirer reconnaît lui-même que « la santé domine le débat » (par. 221).

(1) Purpose

[117] By enacting ss. 1 to 7 of the *Act*, Parliament sought to prohibit conduct that was undermining individuals' control over the information revealed by genetic testing — conduct that was leading to health-related harms. This purpose can be discerned from the structure and content of the *Act*, and from the parliamentary debates.

(a) *The Structure and Content of the Act*

[118] The text of the provisions in question is a key source of intrinsic evidence. Here, the purpose I have identified is borne out by the text of ss. 2 to 6 of the *Act*.

[119] Section 2 of the *Act* sets out the definitions of “disclose”, “genetic test”, and “health care practitioner”. While I disagree with his conclusion regarding what exactly the definition reveals about the impugned provisions' purpose, I agree with Justice Kasirer that the definition of “genetic test” is crucial to recognizing that the pertinent provisions are grounded in a health-related purpose. For the purposes of the *Act*, “genetic test” is defined as “a test that analyzes DNA, RNA or chromosomes for purposes such as the prediction of disease or vertical transmission risks, or monitoring, diagnosis or prognosis.” The definition of “genetic test” is accordingly restricted to tests that are taken for health-related purposes such as predicting, preventing and diagnosing hereditary diseases, and guiding treatment options for a wide variety of diseases and conditions. This demonstrates that Parliament was squarely focused on protecting health.

[120] Understanding that the definition of “genetic test” is limited to health-related testing is crucial in order to accurately identify the purpose of the prohibitions in ss. 3 to 5 of the *Act*, since the term “genetic test” lies at the heart of each of those sections. Sections 3 and 4 prohibit “any person” from requiring an individual to undergo a genetic test or to disclose the results of a genetic test as a condition of:

(1) Objet

[117] En édictant les art. 1 à 7 de la *Loi*, le Parlement cherchait à interdire des conduites ayant pour effet de réduire le contrôle qu'exerce une personne sur les renseignements révélés par des tests génétiques — des conduites entraînant des préjudices liés à la santé. Cet objet peut être dégagé de la structure et du contenu de la *Loi*, ainsi que des débats parlementaires.

a) *La structure et le contenu de la Loi*

[118] Le texte des dispositions en cause est une source clé de preuve intrinsèque. En l'espèce, l'objet que j'ai cerné ressort du texte des art. 2 à 6 de la *Loi*.

[119] Les définitions de « communication », « test génétique » et « professionnel de la santé » sont énoncées à l'art. 2. Bien que je ne sois pas en accord avec la conclusion du juge Kasirer sur ce que révèle exactement la définition de « test génétique » à propos des dispositions contestées, je conviens avec lui que cette définition est essentielle pour établir que les dispositions pertinentes reposent sur un objectif lié à la santé. Pour l'application de la *Loi*, l'expression « test génétique » est définie comme étant un « test visant l'analyse de l'ADN, de l'ARN ou des chromosomes à des fins telles la prédiction de maladies ou de risques de transmission verticale, ou la surveillance, le diagnostic ou le pronostic. » La définition de « test génétique » limite donc le sens de cette expression aux tests subis à des fins liées à la santé, comme la prédiction, la prévention et le diagnostic de maladies héréditaires, et la détermination des possibilités de traitements pour un large éventail de maladies et d'affections. Cela démontre que le Parlement visait nettement la protection de la santé.

[120] Il est essentiel de bien saisir que la définition de « test génétique » se limite aux tests liés à la santé pour être en mesure de déterminer avec précision l'objet des interdictions prévues aux art. 3 à 5 de la *Loi*, puisque l'expression « test génétique » est au cœur de chacune de ces dispositions. Les articles 3 et 4 précisent que « nul » ne peut obliger une personne à subir un test génétique ou à en communiquer les

(a) providing goods or services to that individual; (b) entering into or continuing a contract or agreement with that individual; or (c) offering or continuing to offer specific terms or conditions in a contract or agreement with that individual. These sections also prohibit any person from refusing to engage in any of the foregoing activities on the grounds that an individual has refused to take or disclose the results of a genetic test. Section 5 prohibits “any person” engaged in any of the activities described in (a) to (c) from collecting, using, or disclosing the results of an individual’s genetic test without the individual’s written consent. Together, these prohibitions give individuals control over the profoundly personal information revealed by genetic testing. As I will elaborate, giving people this control has the effect of reducing their fears that their genetic test results may be used against them — fears that were causing them to forego genetic testing that they otherwise wished to pursue in order to protect their own health and the health of their families.

[121] The prohibitions in ss. 3 to 5 of the *Act* are subject only to the targeted exemptions in s. 6. Section 6 provides that ss. 3 to 5 do not apply to “a physician, a pharmacist or any other health care practitioner in respect of an individual to whom they are providing health services”. Section 6 also exempts persons “conducting medical, pharmaceutical or scientific research in respect of an individual who is a participant in the research” from the prohibitions in ss. 3 to 5. In this way, s. 6 explicitly carves out conduct that is beneficial — rather than harmful — to health from the ambit of the prohibitions, further demonstrating that Parliament’s focus was squarely on protecting health.

[122] An additional form of intrinsic evidence is the title of the *Act*. I would echo the cautionary note sounded by Justice Kasirer, at para. 173, about placing undue emphasis on a statute’s title in the characterization analysis. Titles are not determinative of pith and substance. Here, in my view, the short title

résultats comme condition préalable à l’exercice de l’une ou l’autre des activités suivantes : a) pour lui fournir des biens ou des services; b) pour conclure ou maintenir un contrat ou une entente avec elle; c) pour offrir ou maintenir des modalités particulières dans le cadre d’un contrat ou d’une entente avec elle. Ces articles interdisent également à quiconque de refuser d’exercer l’une ou l’autre de ces activités à l’égard d’une personne au motif qu’elle a refusé de subir un test génétique ou d’en communiquer les résultats. L’article 5 interdit à « quiconque » exerce une activité visée aux alinéas a) à c) susmentionnés de recueillir, d’utiliser ou de communiquer les résultats d’un test génétique d’une personne sans son consentement écrit. Ensemble, ces interdictions permettent aux gens de contrôler les renseignements profondément personnels que révèlent des tests génétiques. Comme je l’expliquerai davantage plus loin, le fait de permettre aux gens d’exercer ce contrôle a pour effet d’atténuer leur crainte que les résultats de leurs tests génétiques soient utilisés à leur détriment, une crainte qui les amenait à renoncer à subir un test génétique qu’ils auraient autrement souhaité subir afin de protéger leur propre santé et celle de leur famille.

[121] Les interdictions prévues aux art. 3 à 5 de la *Loi* sont uniquement assorties des exceptions énoncées à l’art. 6. Aux termes de cette disposition, les art. 3 à 5 ne s’appliquent pas « au médecin, au pharmacien et à tout autre professionnel de la santé qui fournissent des services de santé à une personne ». L’article 6 exempte aussi le « chercheur qui mène des recherches médicales, pharmaceutiques ou scientifiques à l’égard d’un participant à ces recherches » des interdictions établies aux art. 3 à 5. De cette façon, l’art. 6 soustrait explicitement les conduites qui sont bénéfiques — plutôt que préjudiciables — au champ d’application des interdictions, ce qui démontre encore davantage que le Parlement avait nettement pour objectif de protéger la santé.

[122] Une autre forme de preuve intrinsèque est le titre de la *Loi*. Je me permets de réitérer la mise en garde faite par le juge Kasirer, au par. 173, quant à l’attribution d’un poids excessif au titre d’une loi dans l’analyse effectuée pour les besoins de la qualification. Les titres ne déterminent pas le caractère

of the *Act* (the *Genetic Non-Discrimination Act*) and the long title of the *Act* (*An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*) do not mirror the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act*. That said, these titles are nonetheless consistent with the purpose I have identified insofar as reducing the opportunities for genetic discrimination is one of the ways in which the provisions in issue reduce individuals' fears that their genetic information will be used against them — the barrier to pursuing genetic testing that Parliament identified and sought to remove. More specifically, by giving people control over whether to undergo genetic testing, and over the persons to whom their genetic test results are disclosed and the uses to which their genetic information may be put, these provisions reduce the opportunities for such information to be used in discriminatory ways. Thus, while preventing genetic discrimination is not, in my view, the dominant purpose of the impugned provisions, it is still an important feature of the legislation.

[123] The constitutionality of ss. 8 to 10 of the *Act* — which amended the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, and the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 — is not in issue. Nonetheless, the jurisprudence instructs that “[w]here the challenge concerns a particular provision which forms part of a larger scheme . . . the ‘matter’ of the provision must be considered in the context of the larger scheme, as its relationship to that scheme may be an important consideration in determining its pith and substance” (*Quebec v. Canada*, at para. 30). Here, in my view, considering ss. 1 to 7 of the *Act* alongside ss. 8 to 10 of the *Act* reveals important distinctions that shed light on the precise purpose of the provisions at issue.

[124] Among other things, the amendments to the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act* prohibit differential treatment based on the information revealed by genetic testing. The amendments to the *Canada Labour Code*, which introduced similar prohibitions to those in ss. 3 to 5 of the *Act*,

véritable de la loi. En l’espèce, selon moi, le titre abrégé de la *Loi* (*Loi sur la non-discrimination génétique*) et son titre complet (*Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*) ne reflètent pas le caractère véritable des art. 1 à 7 de cette loi. Cela dit, ces titres sont néanmoins compatibles avec l’objet que j’ai déterminé, dans la mesure où la réduction des possibilités de discrimination génétique est l’un des moyens par lesquels les dispositions litigieuses atténuent la crainte des personnes que leurs renseignements génétiques soient utilisés à leur détriment — l’obstacle aux tests génétiques que le Parlement a cerné et cherchait à éliminer. Plus précisément, en permettant aux gens de décider s’ils souhaitent subir un test génétique ou non et de choisir à qui leurs résultats sont communiqués et les utilisations qui peuvent être faites de ces résultats, ces dispositions réduisent les possibilités que ces renseignements soient utilisés de manière discriminatoire. Ainsi, bien que la prévention de la discrimination ne soit pas, à mon avis, l’objet principal des dispositions contestées, elle constitue quand même un aspect important de la *Loi*.

[123] La constitutionnalité des art. 8 à 10 de la *Loi* — qui ont modifié le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 — n’est pas contestée. Néanmoins, la jurisprudence enseigne que, « [l]orsque la contestation vise la disposition précise d’un régime général, [. . .] [l]a “matière” de la disposition doit cependant être examinée dans le contexte du régime général, vu que son lien avec ce régime peut être une considération importante lorsqu’il s’agit d’établir son caractère véritable » (*Québec c. Canada*, par. 30). En l’espèce, je suis d’avis que, si on examine les art. 1 à 7 au regard des art. 8 à 10 de la *Loi*, on constate des distinctions importantes qui nous éclairent sur l’objet précis des dispositions litigieuses.

[124] Entre autres, les modifications apportées au *Code canadien du travail* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdisent les différences de traitement basées sur des renseignements révélés par des tests génétiques. Les modifications apportées au *Code canadien du travail*, qui ont introduit des

protect federal employees from compulsory genetic testing, compulsory disclosure of genetic test results, and non-consensual collection, disclosure and use of genetic test results (see *Canada Labour Code*, s. 247.98(2) to (4)(b) and (5) to (6)). In addition, however, these amendments prohibit employers from taking disciplinary action against employees “on the basis of the results of a genetic test undergone by the employee” (*Canada Labour Code*, s. 247.98(4)(c)). Similarly, the amendments to the *Canadian Human Rights Act* introduced “genetic characteristics” as a prohibited ground of discrimination (at s. 2), and added a deeming provision, which provides that where “the ground of discrimination is refusal of a request to undergo a genetic test or to disclose, or authorize the disclosure, of the results of a genetic test, the discrimination shall be deemed to be on the ground of genetic characteristics” (s. 3(3)).

[125] Unlike the changes to the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act*, the provisions in issue do not prohibit genetic discrimination — that is, differential treatment “on the basis of the results of a genetic test” or based on one’s “genetic characteristics”. Sections 1 to 7 could have included such a prohibition, but they do not. In my view, the different approach taken by Parliament in the amendments to the *Canada Labour Code* and the *Canadian Human Rights Act* as compared to the impugned provisions indicates that where Parliament’s dominant objective was to prevent and prohibit genetic discrimination, it did so directly. This supports my conclusion that the dominant purpose of ss. 1 to 7 is not preventing and prohibiting genetic discrimination, but rather prohibiting conduct that deprives individuals of control over their genetic test results in order to protect health. It follows that I am unable to agree with Justice Karakatsanis’s conclusion that the three parts of the *Act* are all part of “a multi-pronged approach to combatting genetic discrimination” (para. 48). With respect, that conclusion is too broad and fails to place adequate weight

interdictions similaires à celles prévues aux art. 3 à 5 de la *Loi*, protègent les employés fédéraux contre le fait d’être obligés de subir des tests génétiques ou d’en communiquer les résultats, et contre la collecte, la communication et l’utilisation non consensuelles des résultats de tels tests (voir le *Code canadien du travail*, par. 247.98(2) à l’al. (4)b) et par. 247.98(5) et (6)). En outre, ces modifications interdisent à un employeur de prendre des mesures disciplinaires contre un employé en raison des « résultats d’un test génétique qu’il a subi » (*Code canadien du travail*, al. 247.98(4)c)). De même, les modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont ajouté les « caractéristiques génétiques » à la liste des motifs de distinction illicite (art. 2), ainsi qu’une disposition déterminative précisant qu’« [u]ne distinction fondée sur le refus d’une personne, à la suite d’une demande, de subir un test génétique, de communiquer les résultats d’un tel test ou d’autoriser la communication de ces résultats est réputée être de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques » (par. 3(3)).

[125] À la différence des modifications apportées au *Code canadien du travail* et à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les dispositions litigieuses n’interdisent pas la discrimination génétique — c’est-à-dire une différence de traitement fondée sur « les résultats d’un test génétique » ou sur les « caractéristiques génétiques » d’une personne. Les articles 1 à 7 auraient pu inclure une telle interdiction, mais ce n’est pas le cas. À mon avis, l’approche différente adoptée par le Parlement dans la modification du *Code canadien du travail* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* par rapport à celle qu’il a retenue pour les dispositions contestées indique que, dans les cas où le Parlement avait pour objectif principal de prévenir et d’interdire la discrimination génétique, il l’a fait directement. Cette constatation appuie ma conclusion selon laquelle l’objectif principal des art. 1 à 7 n’est pas la prévention et l’interdiction de la discrimination génétique, mais plutôt l’interdiction, dans le but de protéger la santé, de conduites qui privent les gens de la possibilité de contrôler l’utilisation qui est faite des résultats de leurs tests génétiques. Il s’ensuit

on the important differences between ss. 1 to 7 and ss. 8 to 10.

(b) *The Parliamentary Record*

[126] The parliamentary record bolsters my conclusion regarding the purpose of the provisions in question. On my reading of the debates and the testimony heard by the Senate and House of Commons committees tasked with reviewing Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017, the focus was clearly directed at the devastating health consequences that were resulting from people foregoing genetic testing out of fear that the personal health information revealed by such testing could be used against them, including in discriminatory ways. By enacting ss. 1 to 7 of the *Act*, Parliament sought to prohibit conduct that was causing individuals who wished to undergo genetic testing to instead forego such testing, to the detriment of their health.

[127] The debates and committee testimony are replete with discussions that attest to this purpose. Although the purpose becomes most clear by reading the debates and committee testimony in their full context, I will highlight a few excerpts that emphatically make the point. I begin with statements made by Senator Cowan, the sponsor of Bill S-201:

The science of medical genetics is developing at a truly astonishing speed. When I first spoke to my bill on April 23, 2013, I described how a decade earlier there were some 100 genetic tests available for genes identified for particular diseases. I noted that this had grown by that time — that’s April 23, 2013 — to 2,000 tests, which I thought was pretty impressive. Colleagues, today, less than three years later, there are over 32,600 genetic tests registered with

que je ne peux souscrire à la conclusion de la juge Karakatsanis portant que les trois parties de la *Loi* sont autant d’éléments d’« une approche à plusieurs volets pour combattre la discrimination génétique » (par. 48). En toute déférence, cette conclusion a une portée trop large et n’accorde pas le poids qui convient aux différences importantes qui existent entre les art. 1 à 7 et les art. 8 à 10.

(b) *Le dossier parlementaire*

[126] Le dossier parlementaire renforce ma conclusion sur l’objet des dispositions en cause. D’après mon interprétation des débats en chambres ainsi que des témoignages entendus par les comités du Sénat et de la Chambre des communes chargés de l’examen du projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2017, cette mesure législative visait clairement les conséquences dévastatrices pour la santé découlant du fait que des personnes renoncent à subir des tests génétiques parce qu’elles craignent que les renseignements concernant leur état de santé révélés par de tels tests soient utilisés à leur détriment, y compris de manière discriminatoire. En adoptant les art. 1 à 7 de la *Loi*, le Parlement a voulu interdire des conduites qui amenaient des gens à renoncer à un test génétique qu’ils souhaitent par ailleurs subir, et ce, au détriment de leur santé.

[127] Les débats en chambres ainsi que les témoignages devant les comités foisonnent de discussions qui confirment cet objectif. Bien que cet objectif ressorte de manière on ne peut plus évidente de la lecture de ces débats et témoignages dans leur plein contexte, je vais citer quelques extraits de ceux-ci qui appuient très clairement cette affirmation. Je commence par les déclarations suivantes du sénateur Cowan, le parrain du projet de loi S-201 :

La recherche scientifique sur la génétique médicale progresse à un rythme vraiment stupéfiant. Le 23 avril 2013, la première fois que j’ai pris la parole au sujet de mon projet de loi, j’ai dit que, 10 ans plus tôt, il existait une centaine de tests génétiques pour dépister les gènes associés à certaines maladies. J’ai fait remarquer qu’à ce moment-là, c’est-à-dire le 23 avril 2013, le nombre de tests était passé à 2 000, ce qui me semblait bien imposant.

the United States National Institutes of Health's Genetic Testing Registry.

This is a staggering pace. There are tests for genes associated with various heart diseases, prostate cancer, colon cancer, kidney disease, ALS, cystic fibrosis, and early-onset Alzheimer's. There are rare diseases and there are very common ones. These are just a few examples, and the list keeps growing.

...

... nothing in [Bill S-201] requires anyone to take a genetic test. Indeed, one of the fundamental points is to protect against that. The decision whether or not to take a genetic test is a deeply personal one. There are many factors that a person weighs in making the decision. There are some illnesses for which, at present, there is no treatment or cure. One, understandably, may prefer not to know. There may be concerns for the impact on one's family members, who may be worried about their own genetic makeup. There are many very serious issues to be considered. But, colleagues, genetic discrimination should not be such an issue. That kind of worry should simply not enter into the discussion.

...

It isn't often that an issue arises where a simple bill — and Bill S-201 is very short — can address a problem and clear the way for many Canadians to live healthier lives. Scientists are doing their part, advancing the knowledge of genetic medicine — doctors are ready and eager to be able to offer these technologies to Canadians — and Canadians are very eager to take advantage of these medical advances. Now, it's up to us to do our part, to clear away this legal hurdle that is causing real harm to so many of our fellow Canadians. [Emphasis added.]

(*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, 1st Sess., 42nd Parl., January 27, 2016, at pp. 147-51)

Chers collègues, aujourd'hui, moins de trois ans plus tard, plus de 32 600 tests génétiques sont enregistrés auprès du registre des analyses génétiques des National Institutes of Health des États-Unis.

Le rythme est effarant. Il y a des tests pour dépister les gènes associés à diverses cardiopathies, au cancer de la prostate, au cancer du côlon, à la néphropathie, à la sclérose latérale amyotrophique, à la fibrose kystique, aux signes précurseurs de la maladie d'Alzheimer, à des maladies rares et à d'autres qui sont très courantes. Ce ne sont là que quelques exemples, et la liste continue de s'allonger.

...

... [I]es dispositions du projet de loi S-201 [. . .] n'obligent personne à subir de test génétique. Au contraire, l'un des principaux objectifs du projet de loi est d'empêcher cela. La décision de subir ou non ce type de test est profondément personnelle. Il y a beaucoup de facteurs à prendre en considération lorsqu'il faut prendre cette décision. Il existe certaines maladies pour lesquelles il n'y a actuellement aucun traitement ou remède. On peut comprendre pourquoi certaines personnes préfèrent ne pas savoir qu'elles sont porteuses d'une telle maladie. Une personne peut craindre les conséquences sur les membres de sa famille, qui pourraient s'inquiéter au sujet de leur propre bagage génétique. Il y a de nombreuses questions très importantes à prendre en considération. Cependant, la discrimination génétique ne devrait pas être l'une d'elles. Ce genre d'inquiétude ne devrait jamais entrer en ligne de compte.

...

Il est rare que, dans un dossier, un simple projet de loi puisse régler un problème — le projet de loi S-201 est d'ailleurs très court — et permettre à de nombreux Canadiens de mieux vivre. Les scientifiques font leur travail, car ils font progresser les connaissances de la médecine génétique — les médecins sont prêts à offrir ces technologies aux Canadiens et ils sont impatients de pouvoir le faire —, et les Canadiens ont très hâte de pouvoir bénéficier de ces percées médicales. C'est maintenant à nous de faire le nôtre afin d'éliminer cet obstacle juridique qui cause un tort réel à bon nombre de nos concitoyens. [Je souligne.]

(*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, 1^{re} sess., 42^e lég., 27 janvier 2016, p. 147-151)

[128] Robert Oliphant, Member of Parliament, also made comments which support the view that Parliament was acting to protect health by prohibiting conduct that was causing people to make deleterious health choices:

This bill is inspired by the belief that all Canadians should profit from the advances in genetic science. To achieve this goal, the genetic non-discrimination act seeks to ensure that the knowledge that we have through genetic research is protected from potential abuse and that there are as few impediments as possible to getting tested.

In Canada, unlike most western countries, if one has a genetic test, there is no protection from a third party using that information, those test results, perhaps to one's detriment. This is the problem of genetic discrimination and that is what Bill S-201 seeks to address. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, 1st Sess., 42nd Parl., September 20, 2016, at p. 4886)

This House has the opportunity to act and to act strongly and clearly. We should give the provinces the opportunity to comment on the bill and act with them and on behalf of all Canadians to ensure that this act has the kind of teeth it needs to protect them in the most vulnerable place: their health, their existence.

. . . We have a moment in this House, with this act, to make a change that can actually change the lives of millions of Canadians, who can, with trust and confidence, go to their physicians and get the tests they need so that their clinicians, the practitioners who help them, can have the very best tools. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 97, 1st Sess., 42nd Parl., October 25, 2016, at p. 6128)

[129] I recognize, as Justice Karakatsanis does, that discussions of genetic discrimination figure prominently in the parliamentary record. However, I believe that when the parliamentary record is considered together with what ss. 1 to 7 of the *Act* actually

[128] Le député Robert Oliphant a lui aussi formulé des commentaires étayant l'opinion selon laquelle le Parlement agissait pour protéger la santé lorsqu'il a interdit des conduites qui amènent des gens à faire des choix néfastes pour leur santé :

Le projet de loi part du principe que tous les Canadiens devraient bénéficier des avancées en génie génétique. Pour atteindre ce but, la Loi sur la non-discrimination génétique vise à empêcher que des gens puissent faire mauvais usage des connaissances acquises grâce à la recherche génétique et à éliminer le plus possible les obstacles qui découragent les personnes à risque de subir des tests.

Au Canada, contrairement à ce qu'il en est dans la plupart des pays occidentaux, si une personne subit un test génétique, rien n'empêche une tierce partie d'utiliser les résultats du test, même si c'est au détriment de la personne. C'est le problème de la discrimination génétique et celui auquel le projet de loi S-201 tente de remédier. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 septembre 2016, p. 4886)

La Chambre a aujourd'hui l'occasion d'agir en posant un geste fort et sans équivoque. Nous devrions donner aux provinces la possibilité de dire ce qu'elles pensent du projet de loi et faire en sorte, avec elles et au nom de tous les Canadiens, que cette future loi ait tout le mordant voulu pour protéger l'aspect le plus vulnérable de la vie de nos concitoyens : leur santé et leur existence.

. . . Nous avons l'occasion, à la Chambre, avec cette mesure législative, d'apporter un changement susceptible de carrément changer la vie de millions de Canadiens, qui pourront, en toute confiance, aller chez le médecin et passer les tests dont ils ont besoin pour que les cliniciens, les praticiens qui les aident, soient mieux outillés pour le faire. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 97, 1^{re} sess., 42^e lég., 25 octobre 2016, p. 6128)

[129] À l'instar de la juge Karakatsanis, je reconnais que les discussions sur la discrimination génétique occupent une place notable dans le dossier parlementaire. Cependant, je crois que si l'on examine le dossier parlementaire en corrélation avec

do, it is clear that in enacting these provisions Parliament sought to address individuals' fears that their information would be subject to compulsory disclosure and used without their consent — including, potentially, in discriminatory ways — because of the deleterious effects those fears had on health. Therefore, while reducing the opportunities for discrimination is an important feature of the legislation, I am of the view that preventing discrimination is not the dominant purpose of the provisions in issue.

[130] On my reading of the parliamentary record, there is no support for the view that Parliament's purpose was to regulate contracts and the provision of goods and services, or to regulate particular industries. I acknowledge that the record contains references to contracts such as insurance contracts and employment agreements, and the provision of goods and services. While these references demonstrate that Parliament was aware of the incidental effects the impugned provisions may have on certain areas, that was not its focus. Rather, those references served to explain and give examples of the contexts in which individuals' fears regarding control over their genetic test results were leading them to make harmful health decisions.

[131] Additionally, I must respectfully disagree with Justice Kasirer's assertion that the debates and committee testimony support the view that ss. 1 to 7 of the *Act* represent an attempt by Parliament to encourage or promote genetic testing (paras. 196-200). To the contrary, these sources demonstrate that Parliament was focused on the health-related harms that were being suffered by those who wished to protect themselves and their families by undergoing genetic testing, but whose concerns about relinquishing control over their genetic information were acting as a barrier (or disincentive) that prevented them from doing so. That is, the discussions in the debates and the committees centered on people who, of their own volition and without any encouragement by

l'effet concret des art. 1 à 7 de la *Loi*, il est évident qu'en édictant ces dispositions le Parlement cherchait à atténuer la crainte qu'ont les gens que les renseignements les concernant soient assujettis à des mesures de communication obligatoires et utilisés sans leur consentement — y compris, potentiellement, de manière discriminatoire —, en raison des effets néfastes de cette crainte pour la santé. Par conséquent, bien que la réduction des possibilités de discrimination soit un aspect important de la *Loi*, je suis d'avis que la prévention de la discrimination n'est pas l'objet principal des dispositions litigieuses.

[130] Selon mon interprétation du dossier parlementaire, il n'y a rien dans celui-ci qui permette d'étayer l'opinion selon laquelle le Parlement avait pour objectif de réglementer les contrats et la fourniture de biens et services, ou de réglementer des secteurs commerciaux particuliers. Je reconnais que le dossier renferme des mentions concernant des contrats tels des contrats d'assurance et des contrats d'emploi, ainsi que la fourniture de biens et services. Bien que ces mentions démontrent que le Parlement était conscient des possibles effets accessoires des dispositions contestées sur certains domaines, il ne s'agissait pas là de son objectif. Ces mentions avaient plutôt pour but d'expliquer et d'illustrer différents contextes dans lesquels la crainte qu'éprouvaient les gens de ne pas pouvoir exercer de contrôle sur les résultats de leurs tests génétiques les amenait à prendre des décisions préjudiciables à leur santé.

[131] En outre, je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Kasirer portant que les débats en chambres ainsi que les témoignages devant les comités permettent d'affirmer que les art. 1 à 7 de la *Loi* constituent une tentative du Parlement en vue d'encourager les Canadiennes et les Canadiens à subir des tests génétiques (par. 196-200). Au contraire, ces sources démontrent que le Parlement visait les préjudices liés à la santé causés aux personnes qui souhaitaient se protéger et protéger leur famille en passant un test génétique, mais dont la crainte de devoir renoncer au contrôle de leurs renseignements génétiques représentait un obstacle les empêchant (ou les décourageant) de le faire. De fait, les discussions tenues lors des débats

the government, wished to undergo genetic testing, but who were refraining from exercising that free choice out of fear that the information revealed by such testing would be used against them. Simply put, Parliament was focused on removing this disincentive, not creating incentives.

[132] My colleague Justice Kasirer’s assertion that “Parliament was focused on removing barriers in order to create incentives for genetic testing: i.e. in order to promote the well-being of Canadians” (para. 200) misreads this aspect of my reasons and fails to account for the distinction between disincentives and incentives, whether non-financial or financial in nature. Let me be clear: in enacting ss. 1 to 7 of the *Act*, Parliament was not incentivizing — that is, motivating or encouraging — genetic testing. Parliament could easily have created such an incentive. To give but one example, Parliament could have offered financial compensation in the form of tax credits to people who underwent genetic testing. But that was not the approach it chose. Instead, Parliament targeted a *disincentive* to genetic testing: individuals’ lack of control over the personal health information revealed by genetic testing. It sought to remove this barrier by prohibiting conduct that deprived individuals of that control. This is borne out in the very excerpts of the debates to which Justice Kasirer refers: Senator Cowan speaks of “removing roadblocks to people’s being able to access genetic testing, if they choose” and stresses that genetic testing “is a matter of choice, and that choice should be the individual’s to make”; Mr. Oliphant observes how people’s fears about the uses to which their genetic test results could be put was standing in the way of their desire to undergo genetic testing (see Kasirer J.’s reasons, at paras. 197-99 (emphasis in original deleted, emphasis added), citing *Debates of the Senate*, vol. 148, No. 154, 1st Sess., 41st Parl., April 23, 2013, at pp. 3744-45 (Senator Cowan); *Debates of the Senate*, vol. 149, No. 137, 2nd Sess., 41st Parl., May 5, 2015, at pp. 3270-78 (Senator Cowan); *House of Commons Debates*, vol. 148,

en chambres et devant les comités étaient axées sur les personnes qui, de leur propre initiative et sans encouragement du gouvernement, souhaitaient subir des tests génétiques, mais renonçaient à exercer cette liberté de choix par crainte que les renseignements révélés par ces tests soient utilisés à leur détriment. Pour dire les choses simplement, le Parlement visait à éliminer cet obstacle dissuasif plutôt qu’à créer des mesures incitatives.

[132] L’affirmation de mon collègue le juge Kasirer selon laquelle « le Parlement a mis l’accent sur l’élimination d’obstacles afin de créer des mesures incitatives au recours aux tests génétiques : c.-à-d. afin de promouvoir le bien-être de la population canadienne » (par. 200), ne représente pas une juste interprétation de cet aspect de mes motifs et ne tient pas compte de la distinction entre des mesures dissuasives et des mesures incitatives, qu’elles soient de nature financière ou non. Je tiens à préciser qu’en adoptant les art. 1 à 7 de la *Loi*, le Parlement n’incitait pas — c’est-à-dire qu’il ne motivait ni n’encourageait — le recours aux tests génétiques. Le Parlement aurait facilement pu créer une telle mesure incitative. Pour ne donner qu’un exemple, le Parlement aurait pu offrir une compensation financière sous forme de crédit d’impôt aux personnes qui subissent des tests génétiques. Mais ce n’est pas l’approche qu’il a choisie. Le Parlement a plutôt choisi de s’attaquer à un *facteur dissuasif* qui faisait obstacle aux tests génétiques : l’absence de contrôle par les gens sur les renseignements concernant leur santé révélés par ces tests. Le Parlement cherchait à éliminer cet obstacle en interdisant des conduites qui privaient les gens d’un tel contrôle. Cette conclusion est étayée par les extraits mêmes des débats auxquels se réfère le juge Kasirer : le sénateur Cowan parle « d’éliminer les obstacles afin que les gens puissent avoir accès aux tests génétiques s’ils le souhaitent » et insiste sur le fait que les tests génétiques sont « une question de choix, et chaque personne devrait pouvoir faire le sien »; M. Oliphant fait remarquer comment la crainte de l’utilisation qui pourrait être faite des résultats des tests génétiques faisait obstacle au désir des gens de subir de tels tests (voir les motifs du juge Kasirer, aux par. 197-199 (soulignement

No. 47, 1st Sess., 42nd Parl., May 3, 2016, at p. 2736 (Mr. Oliphant)).

(2) Effects

[133] I substantially agree with how Justice Karakatsanis has characterized the effects of the challenged provisions. In particular, I agree with her observation that, while the challenged provisions reduce the opportunities for genetic discrimination, “[t]he most significant practical effect of the *Act* is that it gives individuals control over the decision of whether to undergo genetic testing and over access to the results of any genetic testing they choose to undergo” (para. 54; see also paras. 55-56). The challenged provisions do not, as Justice Kasirer suggests, “grant individuals limited control over a narrow class of genetic information” (para. 158; see also para. 193). To the contrary, ss. 1 to 7 confer near complete control over the specific category of genetic information that Parliament was targeting (i.e. “genetic test” results). These sections give individuals the ability to dictate the manner and extent to which their genetic test results may be collected, disclosed, and used in a wide array of contexts. I am hard-pressed to see how Parliament could have given people any more control over their genetic test results.

[134] This control has cascading effects that ultimately result in the protection of health. By giving individuals control over the intimate health-related information revealed by genetic testing, the pertinent provisions have the effect of reducing their fears that this information will be used against them in myriad ways. Such fears, Parliament heard, were leading many Canadians to forego genetic testing that they otherwise wished to pursue, which in turn was having deleterious effects on health. Accordingly, by mitigating individuals’ fears, ss. 1 to 7 may reasonably

dans l’original omis; je souligne), citant les *Débats du Sénat*, vol. 148, n° 154, 1^{re} sess., 41^e lég., 23 avril 2013, p. 3744-3745 (sénateur Cowan); les *Débats du Sénat*, vol. 149, n° 137, 2^e sess., 41^e lég., 5 mai 2015, p. 3270-3278 (sénateur Cowan); les *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 mai 2016, p. 2736 (M. Oliphant)).

(2) Effets

[133] Je souscris pour l’essentiel à la façon dont la juge Karakatsanis qualifie les effets des dispositions contestées. Plus particulièrement, je fais mienne son observation selon laquelle bien que ces dispositions réduisent les possibilités de discrimination génétique, « [l]’effet pratique le plus important de la *Loi* est de permettre aux personnes d’exercer un contrôle sur la décision de subir ou non un test génétique et sur l’accès aux résultats de tout test génétique qu’elles décident de subir » (par. 54; voir aussi les par. 55-56). Contrairement à ce que suggère le juge Kasirer, les dispositions litigieuses ne permettent pas « aux personnes d’exercer un contrôle limité sur une catégorie restreinte de renseignements génétiques » (par. 158; voir aussi le par. 193). Les articles 1 à 7 confèrent plutôt un contrôle quasi complet sur la catégorie précise de renseignements génétiques que ciblait le Parlement (c.-à-d. les résultats de « tests génétiques »). Ces articles donnent aux personnes la capacité de dicter la façon dont les résultats de leurs tests génétiques peuvent être recueillis, communiqués et utilisés — ainsi que la mesure dans laquelle ils peuvent l’être — dans un large éventail de contextes. Il m’est difficile d’imaginer comment le Parlement aurait pu accorder aux gens davantage de contrôle sur les résultats de leurs tests génétiques.

[134] Les effets de ce contrôle se répercutent en définitive sur la protection de la santé. En permettant aux gens d’exercer un contrôle sur les renseignements intimes liés à leur santé révélés par des tests génétiques, les dispositions pertinentes ont pour effet de réduire leur crainte que ces renseignements soient utilisés à leur détriment d’une myriade de façons. Cette crainte, selon ce que le Parlement a entendu, amenait un grand nombre de Canadiennes et de Canadiens à renoncer à des tests génétiques qu’ils souhaitaient par ailleurs subir, situation qui

be expected to have the further effect of preventing significant health-related harms.

[135] I also substantially agree with Justice Karakatsanis's explanation, at paras. 57-62, as to why regulating insurance contracts forms no part of the pith and substance of the provisions in issue notwithstanding the incidental effects they may have on the insurance industry. As indicated, however, I respectfully disagree with her description of the pith and substance of the provisions.

(3) Conclusion

[136] For these reasons, I conclude that the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to protect health by prohibiting conduct that undermines individuals' control over the intimate information revealed by genetic testing. These provisions prohibit compulsory genetic testing, compulsory disclosure of genetic test results, and the non-consensual collection, disclosure and use of those results in a wide array of contexts that govern how people interact with society. By giving people control over this information, ss. 1 to 7 of the *Act* mitigate their fears that it will be used against them. Such fears lead many to forego genetic testing, to the detriment of their own health, the health of their families, and the public healthcare system as a whole.

B. *Classification*

[137] As my colleagues have noted, the classification stage of this appeal turns on whether ss. 1 to 7 of the *Act* are backed by a criminal law purpose. Justice Karakatsanis has reviewed the essential aspects of this Court's jurisprudence on the criminal law power at paras. 67-79 of her reasons, and I see no need to replicate her work; I agree with the legal principles

avait à son tour des effets néfastes pour la santé. Par conséquent, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'en atténuant les craintes des gens, les art. 1 à 7 aient en outre pour effet de prévenir d'importants préjudices liés à la santé.

[135] Je souscris également pour l'essentiel à l'explication donnée par la juge Karakatsanis, aux par. 57-62, quant à la raison pour laquelle la réglementation des contrats d'assurance n'est pas un aspect du caractère véritable des dispositions litigieuses, malgré les effets accessoires qu'elles peuvent avoir sur le secteur de l'assurance. Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, je ne peux me rallier à la description que donne ma collègue du caractère véritable des dispositions.

(3) Conclusion

[136] Pour ces raisons, je conclus que les art. 1 à 7 de la *Loi* ont pour caractère véritable la protection de la santé en ce qu'ils prohibent des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements intimes révélés par des tests génétiques. Ces dispositions interdisent les tests génétiques obligatoires, la communication obligatoire des résultats des tests génétiques, ainsi que la collecte, la communication et l'utilisation non consensuelles de ces résultats dans un large éventail de contextes qui régissent la façon dont les gens interagissent avec la société. En permettant aux gens d'exercer un contrôle sur ces renseignements, les art. 1 à 7 de la *Loi* atténuent leur crainte que ces renseignements soient utilisés à leur détriment. Une telle crainte incite de nombreuses personnes à renoncer à subir des tests génétiques, et ce, au détriment de leur propre santé, de celle de leur famille et du système de santé public dans son ensemble.

B. *Classification*

[137] Comme l'ont souligné mes collègues, dans le cadre du présent pourvoi, l'étape de la classification dépend de la réponse à la question de savoir si les art. 1 à 7 de la *Loi* reposent sur un objectif de droit criminel. La juge Karakatsanis a examiné, aux par. 67-79 de ses motifs, les aspects essentiels de la jurisprudence de notre Cour sur le pouvoir de

she has set out. As she observes, “[a] law will have a criminal law purpose if it addresses an evil, injurious or undesirable effect on a public interest traditionally protected by the criminal law, or another similar public interest” (para. 74). In *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (“*Margarine Reference*”), Rand J. identified “[p]ublic peace, order, security, health, [and] morality” as the “ordinary though not exclusive ends served by [the criminal] law” (p. 50).

[138] As I understand it, my colleagues disagree with each other as to what Parliament must establish about the targeted harm in order for the Court to find that the criminal law purpose requirement is met. Justice Karakatsanis would hold that “[a]s long as Parliament is addressing a reasoned apprehension of harm to one or more of [the public interests protected by the criminal law], no degree of seriousness of harm need be proved before it can make criminal law” (para. 79). By contrast, Justice Kasirer would require something more — he would hold that Parliament must be responding to a “threat [that is] ‘real’, in the sense that Parliament had a concrete basis and a reasoned apprehension of harm” (para. 234 (emphasis added)). I would respectfully decline to weigh in on this question, since I am of the view that the criminal law purpose requirement is met under either of my colleagues’ approaches.

[139] Sections 1 to 7 of the *Act* are backed by a criminal law purpose because they are directed at suppressing a threat to health. People were choosing to put themselves at risk of preventable death and disease because they were concerned that they would not have control over the information revealed by genetic tests in a wide variety of contexts that govern how they interact with and in society. Parliament sought to mitigate these concerns by prohibiting conduct — namely, compulsory genetic testing, and compulsory disclosure and non-consensual collection, disclosure,

légiférer en matière de droit criminel, et je ne vois pas l’utilité de reprendre son travail; je fais miens les principes juridiques qu’elle a exposés. Comme elle l’a fait remarquer, « [u]ne loi aura un objet de droit criminel si elle s’attaque à un mal ou à un effet nuisible ou indésirable pour un intérêt public traditionnellement protégé par le droit criminel, ou un autre intérêt public semblable » (par. 74). Dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, (« *Renvoi sur la margarine* »), le juge Rand a indiqué que [TRADUCTION] « la paix, l’ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics » sont « les fins habituelles, mais non exclusives, visées par le droit [criminel] » (p. 50).

[138] Si je comprends bien, mes collègues ne s’entendent pas sur ce que le Parlement doit établir à l’égard du préjudice visé pour que la Cour puisse conclure que l’exigence relative à l’existence d’un objectif de droit criminel est respectée. De l’avis de la juge Karakatsanis, « [d]ans la mesure où le Parlement répond à une appréhension raisonnée de préjudice à l’un ou plusieurs [des intérêts publics protégés par le droit criminel], le degré de gravité du préjudice n’a pas à être établi pour qu’il puisse légiférer en matière criminelle » (par. 79). En revanche, le juge Kasirer exigerait pour sa part quelque chose de plus — selon lui, le Parlement doit répondre à une « menace [qui est] “réelle”, en ce sens que le Parlement avait un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice » (par. 234 (je souligne)). En toute déférence, je refuse de me prononcer sur cette question, puisque je suis d’avis que l’exigence relative à l’existence d’un objectif de droit criminel est respectée, selon l’une et l’autre des approches préconisées par mes collègues.

[139] Les articles 1 à 7 de la *Loi* ont un objet de droit criminel, car ils visent à éliminer une menace pour la santé. Certaines personnes choisissaient de risquer une mort et des maladies évitables parce qu’elles craignaient de ne pas pouvoir exercer de contrôle sur les renseignements révélés par des tests génétiques, et ce, dans un large éventail de contextes régissant la façon dont elles interagissent avec la société et au sein de celle-ci. Le Parlement a cherché à atténuer cette crainte en interdisant certaines conduites — notamment les tests génétiques

and use of genetic test results — that undermined individuals' control over the information revealed by genetic testing. By giving people control over that information, Parliament sought to mitigate their fears that it would be used against them, thereby curbing the injurious effect on health.

[140] The threat to health that Parliament targeted by enacting ss. 1 to 7 of the *Act* was real — in every sense of the word. Parliament had ample evidence before it that people were refraining from undergoing genetic testing out of fear as to how their genetic test results could be used, thereby suffering significant harm or putting themselves at risk of significant and avoidable harm. The debates and committee testimony are saturated with examples of the life-saving, life-extending, and life-enhancing potential of genetic testing — all of which individuals felt they had to forego because they could not control the ways in which the results of such testing would be used in various contexts.

[141] In her testimony before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, Ms. Bev Heim-Myers, Chair of the Canadian Coalition for Genetic Fairness, gave a succinct example that throws the life and death consequences of the choice to forego genetic testing out of fear for how the results of such testing may be used into stark relief:

I'll give you an example. Two brothers in a family in their early twenties have long QT syndrome, a genetic heart disease, which means they could die very young from a heart attack. One brother is job hunting and the other brother isn't. One is tested for long QT and knows it is in his family. He has the gene, and he'll be on beta blockers for the rest of his life, and he'll be fine. The other brother decides not to get tested, because he's job hunting, and he

obligatoires, la communication obligatoire des résultats de tels tests, ainsi que la collecte, la communication et l'utilisation non consenties des résultats de tests génétiques — qui affaiblissent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements révélés par les tests de cette nature. En permettant aux gens d'exercer un contrôle sur ces renseignements, le Parlement a tenté d'atténuer leur crainte que ces renseignements soient utilisés à leur détriment, limitant ainsi l'effet préjudiciable de cette situation sur la santé.

[140] La menace pour la santé que le Parlement visait lorsqu'il a édicté les art. 1 à 7 de la *Loi* était réelle — dans tous les sens de ce terme. Le Parlement disposait d'une preuve amplement suffisante démontrant que certaines personnes hésitaient à subir des tests génétiques, craignant l'utilisation qui pouvait être faite des résultats de ces tests et subissant de ce fait un préjudice important ou s'exposant à un risque de préjudice important et évitable. Les débats en chambres ainsi que les témoignages devant les comités regorgent d'exemples de situations où les tests génétiques peuvent sauver des vies, les prolonger ou les améliorer — autant de bénéfices auxquels des gens estimaient devoir renoncer, parce qu'ils ne pouvaient pas exercer de contrôle sur l'utilisation qui serait faite des résultats de ces tests dans divers contextes.

[141] Dans son témoignage devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, M^{me} Bev Heim-Myers, présidente de la Coalition canadienne pour l'équité génétique, a donné un exemple succinct qui fait clairement ressortir les conséquences sur la vie et sur la mort du choix de renoncer à un test génétique par crainte de l'utilisation qui pourrait être faite des résultats de ce test :

Je vais vous donner un exemple. Deux frères dans la jeune vingtaine souffrent du syndrome du Q-T long, maladie cardiaque génétique, si bien qu'ils pourraient mourir très jeunes d'une crise cardiaque. Un des deux cherche du travail, mais l'autre pas. Un des deux frères se fait tester pour le syndrome du Q-T long, car il sait que c'est de famille. Il apprend qu'il a le gène et qu'il devra prendre des bêta-bloquants pour le reste de sa vie, ce qui

doesn't want anybody to find out that this is in his family. Who wins when he's 35 years old and dies, leaving a family behind, when it could have been managed his whole life? Prevention is huge in saving health care dollars, but it's really about saving lives.

(House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 35, 1st Sess., 42nd Parl., November 17, 2016, at p. 13)

[142] The debates and committee testimony are also replete with discussions of genes that can indicate a predisposition to breast and/or ovarian cancer (the BRCA1 and BRCA2 genes), and the impact that testing for these genes has on women's health care choices.¹⁰ Mr. Oliphant, describing Bill S-201 at Second Reading, stated:

. . . knowledge is power and this opens up the possibility of taking concrete steps to reduce the possibility or the chance that a disease or a condition will develop in the first place.

Perhaps the most famous example of this is actor Angelina Jolie. People will probably know that her mother died of cancer. When she looked at that, she decided to undergo the test and determined that indeed she was a carrier for the BRCA1 gene. Women with this genetic mutation have as high as 87% chance of developing breast cancer and as high as 60% chance of developing ovarian cancer. Ms. Jolie opted to have preventative surgery and reduced her chance of getting breast cancer from 87% down to 5% and reduced her chance of getting ovarian cancer by some 98%. She wrote in *The New York Times*, "I can tell my children that they don't need to fear they will lose me to breast cancer".

The benefits of genetic knowledge should be not limited though to celebrities. Every one of us in the House may want to undertake a genetic test at some point. Famous or

¹⁰ See, e.g., *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, at pp. 146-47 and 149-50; *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, at pp. 4889-90 and 4892-94; *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 97, at pp. 6126-27.

lui permettra de bien se porter. Son frère décide de ne pas passer le test, car il cherche du travail et ne veut pas que quiconque apprenne que cette maladie court dans sa famille. Qui gagne quand il a 35 ans et qu'il meurt, laissant derrière lui une famille, alors qu'il aurait pu gérer le problème toute sa vie? La prévention permet de réaliser des économies énormes sur le plan des soins de santé, mais c'est vraiment une question de sauver des vies.

(Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 35, 1^{re} sess., 42^e lég., 17 novembre 2016, p. 13)

[142] Les débats en chambres ainsi que les témoignages devant les comités foisonnent en outre de discussions sur les gènes susceptibles d'indiquer une prédisposition au cancer du sein ou des ovaires (les gènes BRCA1 et BRCA2), et sur les répercussions que les tests de dépistage de ces gènes ont sur les choix des femmes en matière de soins de santé¹⁰. Alors qu'il décrivait le projet de loi S-201 lors de la deuxième lecture, M. Oliphant a déclaré ce qui suit :

. . . savoir, c'est pouvoir, et les tests génétiques donnent la possibilité d'agir concrètement pour réduire le risque qu'une maladie ou un problème de santé se développe.

L'exemple le plus connu est peut-être celui de l'actrice Angelina Jolie. Les gens savent probablement que sa mère est morte du cancer. Mme Jolie a décidé de subir un test génétique et elle a appris qu'elle était porteuse du gène BRCA1. Chez les femmes porteuses de cette mutation génétique, le risque qu'elles développent un cancer du sein peut atteindre 87 %, et celui qu'elles développent un cancer des ovaires s'élève à 60 %. Mme Jolie a choisi de subir une opération chirurgicale préventive; elle a ainsi réduit le risque de développer un cancer du sein, qui est passé de 87 % à 5 %, et réduit celui de développer un cancer des ovaires d'environ 98 %. Elle a écrit ceci dans le *New York Times*: « Je peux dire à mes enfants qu'ils n'ont plus à craindre que je meure du cancer du sein. »

Il n'y a pas que les célébrités qui devraient pouvoir bénéficier des avantages que procurent les connaissances en matière de génétique. Tous les députés pourront un

¹⁰ Voir, p. ex., *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, p. 146-147 et 149-150; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, p. 4889-4890 et 4892-4894; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 97, p. 6126-6127.

not, none of us should be denied access to a genetic test and none of us should be afraid of having a genetic test for fear of discrimination.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, at p. 4886)

And as Don Davies, Member of Parliament, observed:

Ovarian cancer is the most fatal women's cancer. In Canada every year it claims approximately 1,800 lives, and nearly 2,800 Canadian women will be newly diagnosed with the disease every year. Because it is often caught in its late stages, 55% of women diagnosed with ovarian cancer will die within five years. Although existing research has confirmed a strong link between genetics and ovarian cancer, women may fear testing and some do not get testing because their genetic privacy remains unprotected.

According to Elisabeth Baugh, the CEO of Ovarian Cancer Canada:

While all women are at risk for ovarian cancer, women with specific gene mutations are at greater risk than others. Knowing about your genetic makeup enables informed decisions about preventive action.

(*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 77, at p. 4890)

The BRCA example was also highlighted by several of the witnesses who appeared before the Standing Committee on Justice and Human Rights, including Dr. Cindy Forbes, Past President of the Canadian Medical Association, who gave the following testimony:

I think that mainly what I've seen as a family physician is the fear of discrimination, with patients not being tested for genetic abnormalities because they're fearful that they won't be insurable or they won't be eligible for

jour vouloir se soumettre à un test génétique. Qu'on soit célèbre ou non, personne ne devrait se voir refuser l'accès à un test génétique ni hésiter à s'y soumettre par crainte de faire l'objet de discrimination.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, p. 4886)

De plus, comme l'a fait observer le député Don Davies :

Le cancer des ovaires est le cancer le plus mortel chez la femme. Chaque année, il tue environ 1 800 Canadiennes, et près de 2 800 nouveaux cas sont diagnostiqués annuellement. Comme il est souvent découvert à un stade avancé, 55 % des femmes ayant reçu un diagnostic de cancer des ovaires mourront en moins de cinq ans. Bien que les études actuelles confirment l'existence d'un lien étroit entre les gènes et le cancer des ovaires, les femmes pourraient craindre les tests génétiques, et certaines d'entre elles refusent de subir un test génétique parce que la confidentialité de leurs données génétique n'est toujours pas protégée.

La directrice générale de Cancer de l'ovaire Canada, Elisabeth Baugh, a déclaré ceci :

Même si toutes les femmes sont exposées au cancer de l'ovaire, les femmes porteuses de certaines mutations génétiques le sont plus que d'autres. La connaissance des caractéristiques génétiques permet de prendre des décisions éclairées en matière de mesures préventives.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, p. 4890)

L'exemple des gènes BRCA a également été repris par plusieurs témoins qui ont comparu devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, y compris la D^{re} Cindy Forbes, ancienne présidente de l'Association médicale canadienne, qui a fait le témoignage suivant :

Je pense que, principalement, ce que j'ai observé, en tant que médecin de famille, c'est la crainte de discrimination, et des patients qui ne faisaient pas l'objet d'un dépistage des anomalies génétiques parce qu'ils craignaient

employment in a certain field. That fear is very real, and they act on that fear.

I can give you some examples. We have patients in our practice who are twins. One was diagnosed with breast cancer at the age of 43, and the other twin at the age of 44. There likely could be a genetic cause, but neither of them is willing to be tested because of the fear of uninsurability and the implications for their children as well . . .

If these women were tested because of the nature of the gene they have and if they were positive for the nature of the cancer they have, they would be offered treatments — surgical treatments, perhaps removal of their ovaries, or mastectomies and other treatments — that would not be available to them if they were not [tested] . . .

Those are the kinds of examples that I would see of people refusing.

(House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 37, 1st Sess., 42nd Parl., November 24, 2016, at p. 4)

[143] In light of this evidence, I cannot agree with Justice Kasirer’s conclusion that the impugned provisions do not target a “‘public health evil’ or threat”, but rather seek “to foster or promote beneficial health practices” (para. 239). While my colleague agrees that the provisions in question relate to a public purpose that is properly the subject of criminal law — health — he contends that “there is no defined ‘public health evil’ or threat to be suppressed” (para. 239). As I see it, by contrast, ss. 1 to 7 are not directed at the mere “promotion of beneficial health services or practices” (Kasirer J.’s reasons, at para. 240), but rather at protecting people from severe harms to their health caused by foregoing genetic testing out of fear that their information will be used against them (e.g., by way of non-consensual collection, disclosure, or use of genetic test results). While it is no doubt true that not dying of a preventable disease is a “better health outcom[e]” than dying from that disease (Kasirer J.’s reasons, at para. 239), I believe it makes more sense to describe measures directed

de ne plus être assurables ou de ne plus être admissibles à des emplois dans un certain domaine. Cette crainte est très réelle, et elle influe sur leurs actes.

Je peux vous donner certains exemples. En tant que médecins, nous avons des patients qui sont jumeaux. Une patiente a reçu un diagnostic de cancer du sein à l’âge de 43 ans, et sa jumelle, à 44 ans. Il pourrait probablement y avoir une cause génétique, mais aucune des jumelles n’est disposée à être dépistée par crainte de ne plus être assurable et des conséquences pour les enfants également. . .

Si ces femmes subissaient un test en raison de la nature du gène qu’elles possèdent et si elles obtenaient un résultat positif relativement à la nature du cancer dont elles sont atteintes, on leur offrirait des traitements — des traitements chirurgicaux, peut-être le retrait de leurs ovaires, ou des mastectomies et d’autres traitements — auxquels elles n’auraient pas accès si elles n’avaient pas [été dépistées] . . .

Voilà le genre d’exemples de situations où je verrais des gens refuser.

(Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 37, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 novembre 2016, p. 4)

[143] À la lumière de ces éléments de preuve, je ne peux souscrire à la conclusion du juge Kasirer selon laquelle les dispositions contestées ne visent ni « “mal pour la santé publique” ni menace », mais ont plutôt pour objectif « de favoriser ou promouvoir des pratiques bénéfiques en matière de santé » (par. 239). Bien que mon collègue reconnaisse que les dispositions en question sont liées à un objectif public qui relève effectivement du droit criminel — la santé — il soutient qu’il n’y « ni “mal pour la santé publique” ni menace à supprimer » (par. 239). À l’opposé, je suis d’avis que les art. 1 à 7 ne visent pas simplement « la promotion de services ou pratiques bénéfiques en matière de santé » (motifs du juge Kasirer, par. 240), mais plutôt à protéger les gens contre des préjudices graves pour leur santé découlant du fait qu’ils refusent de subir des tests génétiques, par crainte que des renseignements les concernant révélés par ces tests soient utilisés à leur détriment (p. ex., par la collecte, la communication ou l’utilisation non consensuelles des résultats des tests génétiques).

at preventing such outcomes as being protective of health.

[144] Beyond addressing the dangers of preventable disease, the impugned provisions also protect other significant facets of health, like privacy and autonomy. Parliament recognized that the decision of whether to undergo a genetic test is “a deeply personal one” (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, at p. 150). This is especially so given that the types of diseases and conditions for which Parliament heard genetically-informed medicine holds particular promise are ones that many consider to be deeply private and central to personal identity. Parliament accordingly sought to empower individuals to make the best choice for their own health and the health of their families by removing barriers that were preventing them from making that choice. In so doing, contrary to Justice Kasirer’s assertion, Parliament eliminated the choice between entering into agreements and undergoing genetic testing that people were facing and that was posing a threat to health (para. 246).

[145] Further, I must also respectfully disagree with Justice Kasirer’s contention that *RJR-MacDonald* is distinguishable from this case. To the contrary, I believe that *RJR-MacDonald* provides a full answer to this case. In *RJR-MacDonald*, the Court examined, among other things, the constitutionality of federally-enacted legislation that prohibited the advertising and promotion of tobacco products, and the sale of tobacco products that did not come in packaging that set out prescribed health warnings and information (para. 2). Much like the opposing views in this case, there was disagreement between the levels of court in *RJR-MacDonald* about both the characterization and classification of the legislation at issue. At first instance, the Quebec Superior Court “characterized [the impugned legislation] as

Quoiqu’il soit indubitablement vrai que le fait de ne pas mourir d’une maladie évitable plutôt que d’en mourir se traduit par une « meilleur[e] conditio[n] de santé » (motifs du juge Kasirer, par. 239), je crois qu’il est plus logique de décrire des mesures visant à prévenir de tels résultats comme étant des mesures protégeant la santé.

[144] En plus de s’attaquer aux risques associés aux maladies évitables, les dispositions contestées protègent aussi d’autres facettes importantes de la santé, telles la vie privée et l’autonomie. Le Parlement a reconnu que la décision de subir ou non un test génétique est une décision « profondément personnelle » (*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, p. 150). Il en est ainsi spécialement parce que les sortes de maladies et d’affections à l’égard desquelles le Parlement a reçu des témoignages portant que la médecine fondée sur la génétique est particulièrement prometteuse sont des maladies et affections qui, pour bon nombre de gens, présentent un caractère très privé et sont au centre de leur identité personnelle. Le Parlement a en conséquence cherché à donner aux gens le pouvoir de faire le meilleur choix pour leur propre santé et pour celle de leur famille en éliminant les obstacles qui les empêchaient de le faire. Ce faisant, et contrairement à ce qu’affirme le juge Kasirer, le Parlement a éliminé le dilemme — à savoir le fait de devoir choisir entre conclure des ententes ou subir un test génétique — auquel des gens devaient faire face et qui créait une menace pour la santé (par. 246).

[145] En outre, avec égards pour l’opinion exprimée par le juge Kasirer, je ne peux souscrire à son argument selon lequel l’affaire *RJR-MacDonald* peut être distinguée de la présente espèce. Je crois au contraire que cet arrêt répond entièrement à la question que soulève le pourvoi dont nous sommes saisis. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, notre Cour s’est notamment penchée sur la constitutionnalité d’une loi fédérale qui interdisait la publicité et la promotion des produits du tabac ainsi que la vente de ces produits, à moins que les emballages ne portent les mises en garde pour la santé et les renseignements prescrits (par. 2). Tout comme des vues opposées ont été exprimées en l’espèce, l’affaire *RJR-MacDonald* a donné lieu à un désaccord entre les différents niveaux de juridiction à la fois sur la qualification et sur

legislation that is, in pith and substance, in relation to the regulation of advertising and promotion carried on by a particular industry” (*RJR-MacDonald*, at para. 13, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 82 D.L.R. (4th) 449 (Que. Sup. Ct.), at pp. 467-68). The Superior Court then determined that the legislation was not a valid exercise of Parliament’s criminal law power. That decision was overturned by the Quebec Court of Appeal, which notably disagreed with the trial judge’s characterization of the legislation, holding instead that it was “legislation, in pith and substance, in relation to the protection of public health” (para. 19, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* (1993), 102 D.L.R. (4th) 289 (Que. C.A.), at pp. 338-39). The Court of Appeal’s determination that the legislation was within the legislative competence of Parliament was subsequently upheld by this Court. The Court concluded that “the pith and substance of the Act is criminal law for the purpose of protecting public health” (para. 45), with “the evil targeted by Parliament [being] the detrimental health effects caused by tobacco” (para. 30).

[146] As I see it, the criminal law purpose that buttressed the legislation at issue in *RJR-MacDonald* is analogous to the criminal law purpose that backs ss. 1 to 7 of the *Act* in this case. In *RJR-MacDonald*, Parliament had determined, based on the evidence before it, that choosing to use tobacco constituted a threat to individuals’ health due to the significant negative health consequences that could result from that choice. Similarly here, Parliament identified a clear threat to health: people choosing to forego genetic testing for no reason other than their fear that they would not retain control over the information revealed by genetic testing in a wide variety of contexts. Parliament had ample evidence before it that by refraining from testing, people were suffering harm and/or putting themselves and their families at risk of avoidable harm. Parliament also had evidence that this was causing harm to the public healthcare system as a whole. Accordingly, Parliament recognized that this choice, like the choice to use tobacco,

la classification de la loi en litige. En première instance, la Cour supérieure du Québec a qualifié la loi contestée de « loi qui, de par son caractère véritable, cherch[ait] à réglementer la publicité et la promotion effectuées par une industrie donnée » (*RJR-MacDonald*, par. 13, se référant à *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 2260 (C.S.), p. 2275 et 2276). La Cour supérieure a ensuite statué que la loi ne constituait pas un exercice valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel. Cette décision a été infirmée par la Cour d’appel du Québec, qui était notamment en désaccord avec la qualification de la loi établie par le juge de première instance et a plutôt jugé que « la Loi visait, de par son caractère véritable, la protection de la santé publique » (par. 19, se référant à *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 375 (C.A.), p. 407-408). La conclusion de la Cour d’appel portant que la loi relevait de la compétence législative du Parlement a par la suite été confirmée par notre Cour, qui a conclu que « la Loi, de par son caractère véritable, est une loi en matière de droit criminel visant à protéger la santé publique » (par. 45), et que « le mal visé par le Parlement est l’effet nocif de l’usage du tabac sur la santé » (par. 30).

[146] À mon avis, l’objet de droit criminel sur lequel reposait la loi en litige dans l’arrêt *RJR-MacDonald* est analogue à celui sur lequel reposent les art. 1 à 7 de la *Loi* dans le présent pourvoi. Dans l’affaire *RJR-MacDonald*, le Parlement avait déterminé, selon la preuve dont il disposait, que le fait de choisir de consommer du tabac constituait une menace pour la santé des gens en raison des conséquences négatives importantes sur la santé pouvant découler de ce choix. Dans la présente affaire également, le Parlement a cerné une menace claire pour la santé : la décision de certaines personnes de renoncer à subir des tests génétiques pour la seule et unique raison qu’elles craignent de ne pouvoir exercer de contrôle, dans un large éventail de contextes, sur les renseignements révélés par ces tests. Le Parlement disposait d’une preuve amplement suffisante démontrant qu’en s’abstenant de subir des tests génétiques, des gens subissaient un préjudice ou s’exposaient eux-mêmes ou exposaient leur famille à un risque de

constitutes a threat to health. Both of these choices can lead to significant health-related harms.

[147] Additionally, *RJR-MacDonald* instructs that once Parliament has identified a valid criminal law purpose, it has the flexibility to use indirect means in pursuit of that purpose. Indeed, the Court in *RJR-MacDonald* observed that distinctions “with respect to the form employed by Parliament to combat the ‘evil’” targeted by the legislation are — unless accompanied by evidence of colourability — “not constitutionally significant” (para. 44; see also *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 39). I note that there is no suggestion that the legislation at issue represents a colourable intrusion into provincial jurisdiction.

[148] Here, like in *RJR-MacDonald*, Parliament employed indirect means to suppress the threat to health it identified. As in *RJR-MacDonald*, it was constitutionally entitled to do so. In both cases, Parliament enacted legislation which prohibited conduct that was influencing people to make a choice that could lead to significant health-related harms. In *RJR-MacDonald*, Parliament recognized that advertising tobacco products was influencing people’s choice to use tobacco, to the potential detriment of their health (para. 32). Instead of prohibiting tobacco consumption — a direct approach that would have mitigated the detrimental health effects but raised other issues — Parliament prohibited certain conduct that was influencing individuals’ choice of whether to use tobacco. Similarly here, Parliament determined that the disquieting possibility of compulsory genetic testing, and compulsory disclosure and non-consensual collection, disclosure, and use of genetic test results were influencing people’s choice to forego genetic testing, to the potential detriment of their health. Rather than forcing individuals to take

préjudice évitable. Le Parlement disposait en outre d’éléments de preuve montrant que cette situation était préjudiciable au système de santé public dans son ensemble. Par conséquent, il a reconnu que ce choix, tout comme celui de consommer du tabac, constitue une menace pour la santé. Ces deux choix peuvent entraîner d’importants préjudices liés à la santé.

[147] De plus, l’arrêt *RJR-MacDonald* enseigne que, dès lors que le Parlement a cerné un objectif valide de droit criminel, il dispose de la souplesse nécessaire pour utiliser des moyens indirects dans la réalisation de cet objectif. D’ailleurs, notre Cour a fait observer dans cet arrêt que les distinctions en ce qui « a trait au moyen employé par le Parlement pour lutter contre “le mal” » visé par la loi — à moins d’être accompagnées d’une preuve de leur caractère déguisé — ne sont « pas importante[s] du point de vue constitutionnel » (par. 44; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 39). Je tiens à souligner que personne ne suggère que la loi en litige représente un empiétement déguisé sur la compétence des provinces.

[148] En l’espèce, comme dans l’affaire *RJR-MacDonald*, le Parlement a utilisé des moyens indirects pour éliminer la menace pour la santé qu’il a cernée. Tout comme dans cette affaire, il était autorisé par la Constitution à le faire. Dans les deux cas, le Parlement a adopté une loi interdisant des conduites qui incitaient les gens à faire un choix susceptible d’entraîner d’importants préjudices liés à la santé. Dans l’affaire *RJR-MacDonald*, le Parlement a reconnu que la publicité sur les produits du tabac influençait la décision des gens de choisir de consommer du tabac, potentiellement au détriment de leur santé (par. 32). Au lieu d’interdire la consommation de tabac — une approche directe qui aurait atténué les effets néfastes sur la santé, mais aurait soulevé d’autres enjeux — le Parlement a interdit certaines conduites qui influent sur la décision des gens de consommer ou non ce produit. De même, en l’espèce, le Parlement a déterminé que la troublante perspective de tests génétiques obligatoires, de communication obligatoire des résultats de tels tests et de collecte, communication et utilisation

genetic tests — a direct approach that would have mitigated the detrimental health effects but raised other issues — Parliament saw fit to prohibit the influential conduct.

[149] I would add that, contrary to Justice Kasirer’s suggestion, prohibiting discrimination based on genetic characteristics would not have been a direct approach to addressing the threat to health that Parliament was targeting (para. 250). As I have explained, that threat was the threat of individuals foregoing genetic testing out of fear as to how the information revealed by such testing might be used, which in turn was resulting in detrimental health effects. Because genetic discrimination is just one use giving rise to that fear — with compulsory disclosure and non-consensual use being examples of others — prohibiting genetic discrimination would in all likelihood have fallen short of achieving Parliament’s purpose. Relatedly, this is why I point out that forcing people to take genetic tests would have been a direct approach to addressing the identified threat to health — though I recognize that this was likely not a viable option, given the health-related privacy and autonomy concerns it would have raised. In any event, as indicated earlier, there is no real need to inquire into what else Parliament might or could have done since this Court has stated that, absent evidence of colourability, Parliament has wide latitude in determining the means by which it addresses the evil or injurious or undesirable effect it is targeting (see *RJR-MacDonald*, at para. 44; *Reference re Firearms Act*, at para. 39).

non consentuelles de résultats de tests de ce genre incitaient certaines personnes à renoncer à subir des tests génétiques, et ce, potentiellement au détriment de leur santé. Alors, plutôt que de forcer les gens à subir des tests génétiques — une approche directe qui aurait atténué les effets néfastes pour la santé, mais aurait soulevé d’autres enjeux —, le Parlement a jugé bon d’interdire des conduites influençant la décision des gens de le faire ou non.

[149] J’ajouterais que, contrairement à ce que suggère le juge Kasirer, le fait d’interdire la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques n’aurait pas constitué un moyen direct de lutter contre la menace pour la santé que visait le Parlement (par. 250). Comme je l’ai expliqué, cette menace était le fait que des gens renonçaient à subir des tests génétiques par crainte de la façon dont les renseignements révélés par ces tests pourraient être utilisés, situation qui à son tour entraînait des effets nocifs pour la santé. Parce que la discrimination génétique n’est qu’un exemple parmi d’autres d’utilisations faisant naître une telle crainte — la communication obligatoire des résultats et l’usage non consensuel de ceux-ci étant d’autres exemples d’utilisations —, le fait d’interdire la discrimination génétique aurait selon toute vraisemblance été insuffisant pour permettre la réalisation de l’objectif du Parlement. Dans le même ordre d’idées, c’est la raison pour laquelle je souligne que le fait d’obliger les gens à subir des tests génétiques aurait constitué une façon directe de lutter contre la menace pour la santé — quoique je reconnaisse que cette façon de faire ne représentait vraisemblablement pas une solution viable, vu les préoccupations liées au respect de la vie privée et à l’autonomie en matière de santé qu’elle aurait soulevées. Quoi qu’il en soit, comme je l’ai indiqué plus tôt, il n’existe aucun besoin concret de s’interroger sur ce que le Parlement aurait pu faire d’autre, étant donné que notre Cour a déclaré que, en l’absence de preuve de l’existence d’un motif déguisé, le Parlement dispose d’une grande latitude quant au choix des moyens qu’il peut prendre pour s’attaquer au mal ou à l’effet nuisible ou indésirable qu’il vise (voir *RJR-MacDonald*, par. 44; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 39).

[150] In sum, as I see it, by enacting ss. 1 to 7 of the *Act*, Parliament targeted conduct that was having an injurious effect on health. Canadians choosing to forego genetic testing and thereby dying preventable deaths and suffering other preventable health-related harms for no reason other than the fear that their genetic test results could be used against them is a threat to health that Parliament was constitutionally entitled to address, pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Sections 1 to 7 of the *Act*, which prohibit conduct that undermines individuals' control over the information revealed by genetic testing in a wide variety of contexts that govern how people interact with and in society, accordingly represent a valid exercise of Parliament's power to enact laws in relation to the criminal law.

III. Conclusion

[151] For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Justice Karakatsanis (see para. 108).

The reasons of Wagner C.J. and Brown, Rowe and Kasirer JJ. were delivered by

KASIRER J. (dissenting) —

I. Introduction

[152] I begin these reasons by noting that I find the explanations of the method for determining the constitutionality of ss. 1 to 7 of the *Genetic Non-Discrimination Act*, S.C. 2017, c. 3 (“*Act*”), offered by my colleagues Justice Moldaver and Justice Karakatsanis most helpful. With great respect, however, I do not share their view that the impugned provisions were enacted within the constitutional authority of the Parliament of Canada over the criminal law pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

[150] En résumé, je suis d’avis que, en adoptant les art. 1 à 7 de la *Loi*, le Parlement visait des conduites ayant un effet nuisible à la santé. Le fait que des Canadiennes et des Canadiens choisissent de renoncer à subir un test génétique et en conséquence meurent de maladies évitables ou subissent d’autres préjudices liés à la santé évitables, et ce, pour la seule et unique raison qu’ils craignent que les résultats de ces tests soient utilisés à leur détriment représente une menace pour la santé à l’égard de laquelle le Parlement était constitutionnellement autorisé à agir en légiférant en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 1 à 7 de la *Loi*, qui prohibent des conduites qui amoindrissent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements révélés par des tests génétiques, et ce, dans un large éventail de contextes régissant la façon dont ils interagissent avec la société et au sein de celle-ci, constituent par conséquent un exercice valide du pouvoir du Parlement d’adopter des lois en matière de droit criminel.

III. Conclusion

[151] Pour ces motifs, je trancherais le pourvoi de la manière proposée par la juge Karakatsanis (voir le par. 108).

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Brown, Rowe et Kasirer rendus par

LE JUGE KASIRER (dissident) —

I. Introduction

[152] D’entrée de jeu, je souligne le caractère fort utile des explications offertes par mes collègues les juges Moldaver et Karakatsanis quant à la méthode permettant de déterminer la constitutionnalité des art. 1 à 7 de la *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, L.C. 2017, c. 3 (« *Loi* »). Avec égards, toutefois, je ne partage pas leur avis selon lequel l’adoption des dispositions contestées relève de la compétence du Parlement du Canada en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[153] We disagree on the characterization — the pith and substance, in constitutional terms — of ss. 1 to 7 of the *Act* and, at the end of the day, how these provisions should be classified within the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

[154] On my understanding, the pith and substance of ss. 1 to 7 is to regulate contracts and the provision of goods and services, in particular contracts of insurance and employment, by prohibiting some perceived misuses of one category of genetic tests, the whole with a view to promoting the health of Canadians. The *Act* has certain incidental purposes and effects, but when the dominant character of the impugned provisions is identified, they cannot be classified as a valid exercise of Parliament’s constitutional power over criminal law. These provisions do not prohibit what is often styled, in language archaic but telling, an “evil” associated with the criminal law. Instead, ss. 1 to 7 fall within the provinces’ constitutional authority over property and civil rights conferred by s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. In the main, I find myself in broad agreement with the report of the Court of Appeal in the reference.

[155] Many of the spirited submissions made in support of the impugned legislation’s constitutionality stressed what might be understood, in some circles, as noble public policy: to encourage government action that would combat genetic discrimination so that Canadians can, without fear, undergo genetic testing if they so desire. Whether or not this Court feels it is appropriate to recognize what the appellant referred to as the deeply personal character of the decision to undertake a genetic test is not the question before us. The task of the courts — perforce in a constitutional reference such as this one — is not to measure the suitability of public policy but to determine the validity of legislation pursuant to the division of powers under the Constitution. The urgings in favour of what counsel supporting the law see as sound policy would be best done before the

[153] Nous sommes en désaccord sur la question de la qualification — le caractère véritable, sur le plan constitutionnel — des art. 1 à 7 de la *Loi* et, en fin de compte, sur la façon dont ces dispositions devraient être classifiées parmi les chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[154] À mon avis, le caractère véritable des art. 1 à 7 consiste à réglementer les contrats et la fourniture de biens et services, en particulier les contrats d’assurance et d’emploi, en interdisant ce qui peut être perçu comme des usages inappropriés d’une catégorie de tests génétiques, et ce, dans le but de promouvoir la santé de la population canadienne. La *Loi* comporte certains objets et effets accessoires, mais une fois leur caractère principal dégagé, les dispositions contestées ne sauraient être considérées comme l’exercice valide du pouvoir constitutionnel du Parlement en matière de droit criminel. Ces dispositions n’interdisent pas ce qui est souvent désigné par un mot archaïque mais évocateur, le « mal » associé au droit criminel. Les articles 1 à 7 relèvent plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l’ensemble, je partage généralement l’avis de la Cour d’appel dans le renvoi.

[155] Bon nombre des arguments animés présentés à l’appui de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées soulignent l’existence de ce qui pourrait être interprété, dans certains milieux, comme une politique publique noble, soit inciter le gouvernement à prendre des mesures pour combattre la discrimination génétique afin de permettre à la population canadienne de se soumettre, sans crainte, à des tests génétiques, si elle le souhaite. Que notre Cour soit ou non d’avis qu’il est opportun de reconnaître ce que l’appelante appelle la nature profondément personnelle de la décision de se soumettre à un test génétique n’est pas la question en litige. Le rôle des tribunaux — forcément dans un renvoi constitutionnel comme celui qui nous occupe — ne consiste pas à évaluer la pertinence d’une politique publique, mais à déterminer la validité des lois en

appropriate legislative powers that be, acting within their right spheres of constitutional jurisdiction.

[156] Moreover, whatever my own views may be on the merits of prohibiting discrimination on the basis of genetic characteristics — the objective championed by many proponents of this initiative — and notwithstanding the title of the *Act*, ss. 1 to 7 do not prohibit genetic discrimination. The Court of Appeal saw this plainly and characterized the pith and substance of the impugned provisions accordingly. I hasten to note, as I will seek to explain below, that ss. 9 and 10 of the *Act* — not at issue in this appeal — do prohibit such discrimination, in respect of certain matters unquestionably falling within the purview of the legislative authority of the Parliament of Canada, by amending the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“*CHRA*”). In addition, s. 8 of the *Act* — again not before us — has been enacted to a comparable end in respect of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 (“*CLC*”).

[157] Sections 1 to 7 cut a different and broader swath through the regulation of contract and the provision of good and services. While parliamentarians voiced special concern for discriminatory use of genetic testing in contracts of insurance, none of these provisions prohibits genetic discrimination. Instead, in connection with contracts and the provision of good and services, they prohibit only one class of genetic tests from being required and ensure that the results of such tests already taken not be forcibly disclosed, all as a means of promoting health.

[158] The contested provisions do grant individuals limited control over a narrow class of genetic information, thus achieving two distinct, but interrelated, incidental effects: preventing circumstances from arising that would otherwise have the consequential

conformité avec le partage des compétences prévu par la Constitution. L’insistance des procureurs qui défendent la loi comme étant une politique judiciaire aurait davantage sa place devant les autorités législatives compétentes qui agissent dans leurs propres sphères de compétence constitutionnelle.

[156] De plus, quelle que soit ma propre opinion sur le bien-fondé de l’interdiction de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques — l’objectif invoqué par bon nombre d’adeptes de cette initiative — et malgré le titre de la *Loi*, les art. 1 à 7 n’interdisent pas la discrimination génétique. La Cour d’appel l’a vu clairement et a qualifié le caractère véritable des dispositions contestées en conséquence. Je m’empresse de signaler, comme je tenterai de l’expliquer plus loin, que les art. 9 et 10 de la *Loi* — qui ne sont pas en cause dans le présent pourvoi — interdisent effectivement une telle discrimination, relativement à certaines matières qui relèvent incontestablement du pouvoir législatif du Parlement du Canada, en apportant des modifications à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (« *LCDP* »). En outre, l’adoption de l’art. 8 de la *Loi* — qui n’est pas non plus en cause en l’espèce — vise un objectif comparable à l’égard du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« *Code* »).

[157] Les articles 1 à 7 ont une incidence différente et plus large sur la réglementation des contrats et de la fourniture de biens et services. Bien que l’usage discriminatoire des tests génétiques dans le cadre des contrats d’assurance ait particulièrement inquiété les parlementaires, aucune de ces dispositions n’interdit la discrimination génétique. En ce qui concerne les contrats et la fourniture de biens et services, ces dispositions interdisent plutôt qu’une seule catégorie de tests génétiques soit exigée et font en sorte que les résultats de tels tests qui ont déjà été subis ne feront pas l’objet d’une obligation de communication, et ce, dans le but de promouvoir la santé.

[158] Les dispositions contestées permettent effectivement aux personnes d’exercer un contrôle limité sur une catégorie restreinte de renseignements génétiques et ont donc deux effets accessoires distincts, mais interreliés : celui d’empêcher certaines

effect of allowing some forms of discrimination based on genetic characteristics, and protecting individuals' privacy and autonomy related to the decision to undergo genetic testing. But if either of these were the *Act's* dominant aim, Parliament would have broadened the scope of its provisions beyond forced testing and forced disclosure and not limited ss. 1 to 7 to a narrow category of genetic tests. In other words, the fact that Parliament did not directly target genetic discrimination — the alleged reason behind Canadians' fear of undergoing genetic testing and for which their personal information must be protected — is fatal to the appellant's and *amicus curiae's* positions.

[159] When classifying the law, the Court of Appeal also rightly relied on authority that I consider to reflect settled law. The court reported that, when properly characterized, ss. 1 to 7 cannot be classified as criminal law given the absence of what is known in constitutional circles as an evil or injurious or undesirable effect upon the public to which the *Act* is directed (drawing on the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (“*Margarine Reference*”), at p. 49). Genetic discrimination may well be evil, injurious, or undesirable and, as such, worthy of prohibition but, as I say, the *Act* does not place this question before us. Despite its confounding short title, the *Genetic Non-Discrimination Act*, in ss. 1 to 7, does not prohibit reprehensible behaviour or an inherent danger like violent crime or smoking. Similarly, while I do not dispute the importance of privacy and autonomy as it pertains to genetic information, the scope of the prohibitions means that these concerns are incidental in this case.

[160] Moreover, I respectfully resist the interpretation of recent jurisprudence, advanced in particular by the *amicus curiae*, that it is enough for Parliament to say it perceives a risk of harm as a basis

circstances de se produire, lesquelles auraient autrement pour effet corrélatif de permettre certaines formes de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, et celui de protéger la vie privée et l'autonomie des personnes en ce qui a trait à la décision de se soumettre à un test génétique. Cependant, si l'un ou l'autre de ces effets était l'objectif principal de la *Loi*, le Parlement aurait élargi la portée de ses dispositions au-delà des tests génétiques et de la communication forcées, et n'aurait pas limité l'application des art. 1 à 7 à une catégorie restreinte de tests génétiques. Autrement dit, le fait que le Parlement n'ait pas directement visé la discrimination génétique — la raison alléguée derrière la crainte des Canadiens et Canadiennes de se soumettre à des tests génétiques et pour laquelle leurs renseignements personnels doivent être protégés — porte un coup fatal aux thèses de l'appelante et de l'*amicus curiae*.

[159] Lors de la classification de la loi, la Cour d'appel s'est fondée à juste titre sur des précédents qui reflètent, à mon avis, l'état du droit. Selon la cour, lorsqu'ils sont qualifiés adéquatement, les art. 1 à 7 ne sauraient être classifiés dans la catégorie du droit criminel, vu l'absence de ce qui est connu dans les milieux constitutionnels comme un mal ou un effet public nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi (s'appuyant sur *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (« *Renvoi sur la margarine* »), p. 49). La discrimination génétique peut fort bien être un mal ou un effet nuisible ou indésirable, et, pour cette raison, mériter de faire l'objet d'une interdiction, mais, je le répète, la *Loi* ne soulève pas cette question en l'espèce. En dépit de son titre abrégé qui porte à confusion, la *Loi sur la non-discrimination génétique*, aux art. 1 à 7, n'interdit pas un comportement répréhensible ou un danger inhérent comme un crime violent ou le fait de fumer. De même, bien que je ne conteste pas l'importance de la vie privée et de l'autonomie en ce qui concerne les renseignements génétiques, la portée des interdictions fait en sorte que ces préoccupations sont accessoires en l'espèce.

[160] De plus, en tout respect, je ne puis souscrire à l'interprétation de la jurisprudence récente, invoquée notamment par l'*amicus curiae*, qu'il suffit que le Parlement affirme qu'il perçoit un risque de

for enacting legislation under the criminal law power. According to this approach, the judiciary owes deference to Parliament's view such that, when tested constitutionally before the courts, the legislation will be valid criminal law. I note that the respondent Attorney General of Canada is more circumspect in his understanding of the scope of Parliament's criminal law power.

[161] A further point should be made by way of introduction. Sections 1 to 7 were enacted against the advice of the then federal Minister of Justice who was concerned that the proposed law went beyond Parliament's jurisdiction and noted that it had "significant potential to upset the constitutional balance between federal and provincial powers".¹¹ I agree. The respondent Attorney General of Canada makes the same argument before this Court and he is joined, in his invitation that we declare the law *ultra vires*, by the respondent Attorney General of Quebec. Such an unusual congruence of views between federal and provincial attorneys general in division of powers litigation encourages the exercise of caution. That said, it is not determinative and of course judges of this Court come to their own views of such matters.

II. Analysis

[162] Like my colleagues, I propose to answer the question as to whether ss. 1 to 7 of the *Act* are *ultra vires* Parliament's jurisdiction over criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, according to the method employed by the Court of Appeal. First, courts must characterize the law. That is, they must determine its pith and substance. Second, courts must classify the law and determine whether it comes within the jurisdiction of the level of government that enacted it.

¹¹ Statement by the Minister of Justice, *Government Position Regarding Bill S-201, An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, November 17, 2016, reproduced in R.R. (AGC), vol. XII, at pp. 108-9.

préjudice pour pouvoir adopter une loi en vertu de la compétence en matière de droit criminel. Suivant cette approche, les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'endroit de l'opinion du Parlement, de sorte qu'une fois soumise à l'examen judiciaire de sa constitutionnalité, la loi sera considérée comme une loi criminelle valide. Je signale que l'intimé le procureur général du Canada fait preuve de plus de circonspection dans son interprétation de la portée de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

[161] Il convient de faire une autre observation en guise d'introduction. L'adoption des art. 1 à 7 allait à l'encontre de l'avis de la ministre fédérale de la Justice de l'époque, qui estimait que la loi proposée excédait la compétence du Parlement et faisait remarquer qu'elle était « susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux »¹¹. Je suis d'accord. L'intimé le procureur général du Canada avance le même argument devant notre Cour et l'intimée la procureure générale du Québec se joint à lui pour inviter la Cour à déclarer la loi *ultra vires*. Une telle convergence inhabituelle de points de vue entre les procureurs généraux fédéral et provinciaux dans un litige concernant le partage des compétences incite à la prudence. Cela dit, elle n'est pas déterminante et, bien entendu, les juges de la Cour forment leur propre opinion sur ces questions.

II. Analyse

[162] Tout comme mes collègues, je répondrais à la question de savoir si les art. 1 à 7 de la *Loi* outrepassent la compétence du Parlement en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* conformément à la méthode utilisée par la Cour d'appel. Premièrement, les tribunaux doivent qualifier la loi, c'est-à-dire déterminer son caractère véritable. Deuxièmement, ils doivent classer la loi et déterminer si elle relève de la compétence de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée.

¹¹ Déclaration de la ministre de la Justice, *Position du gouvernement concernant le projet de loi S-201, Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 17 novembre 2016, reproduite dans d.i. (PGC), vol. XII, p. 102-104.

A. *Characterization: What Is the Pith and Substance of Sections 1 to 7 of the Act?*

[163] It is often said that the exercise of characterization of impugned legislation must be as precise as possible and “spelled out sufficiently to inform anyone asking, ‘What’s it all about?’” (A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 490, cited in *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228, at para. 35). I note that the true character of legislation is one which reflects its “dominant purpose and effect” (*Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 (“*AHRA Reference*”), at para. 20, per McLachlin C.J.; see also para. 184, per LeBel and Deschamps JJ.).

[164] Accordingly, in cases such as this, where the impugned legislation potentially relates to several different topics, the leading feature of the statute will be its pith and substance, meaning that the secondary purposes and effects effectively stand outside a precise characterization of the law’s true character. That is, while other incidental features of the law may be noted, they should not dictate characterization lest the second step — classification — be sent down the wrong path (see G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), at pp. 177-78, citing *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 28; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134). Indeed, where the characterization of pith and substance lacks precision, the consequential exercise of classification among the constitutional heads of powers may well become difficult if not wrong-headed.

[165] I agree with the view that “[t]he focus is on the law itself and what it is really about” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 31). In order to rise to this degree of precision, and because it is the constitutionality of enactment that is at issue, the court’s inquiry into pith and substance must be anchored in the text of

A. *Qualification : Quel est le caractère véritable des art. 1 à 7 de la Loi?*

[163] On dit souvent que la démarche de qualification de dispositions législatives contestées doit être aussi précise que possible et [TRADUCTION] « suffisamment décrite pour éclairer quiconque se demande : “De quoi est-il question?” » (A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 490, cité dans *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228, par. 35). Je souligne que le caractère véritable d’une loi reflète « l’objet et effet principal » de celle-ci (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 (« *Renvoi relatif à la LPA* »), par. 20, la juge en chef McLachlin; voir aussi par. 184, les juges LeBel et Deschamps).

[164] Par conséquent, dans des cas comme celui-ci où les dispositions législatives contestées sont susceptibles de se rattacher à plusieurs matières différentes, la caractéristique dominante de la loi correspondra à son caractère véritable, ce qui signifie que les objets et effets secondaires n’entrent pas en fait dans la formulation précise du caractère véritable de la loi. Autrement dit, bien que d’autres caractéristiques accessoires de la loi puissent être signalées, il convient de ne pas laisser celles-ci dicter la qualification pour éviter d’être dirigé dans la mauvaise voie à la deuxième étape — la classification (voir G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2^e éd. 2017), p. 177-178, citant *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 28; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134). En effet, lorsque la formulation du caractère véritable manque de précision, la démarche corrélatrice de classification parmi les chefs de compétence constitutionnelle peut très bien devenir difficile, voire erronée.

[165] Je souscris à l’opinion selon laquelle « [l]’accent est mis sur la loi elle-même et sur ce à quoi elle a réellement trait » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 31). Pour arriver à ce degré de précision et, puisque c’est la constitutionnalité de l’adoption d’un texte législatif qui est en cause en

the impugned legislation. In the final analysis, it is the substance of the legislation that needs to be characterized, not speeches in Parliament or utterances in the press by well-meaning sponsors or opponents of the law.

[166] Moreover, in the identification of the pith and substance of a law, legislative form cannot trump the substance of the law. Again, as my colleague Justice Karakatsanis helpfully notes, it is right to be mindful that the goal of this characterization exercise is to identify the law’s true subject matter, even when “it differs from its apparent or stated subject matter” (para. 28). Indeed, the apparent purpose or formal indicia of purpose can occasionally be what Newbury J.A. called a “smokescreen” for a matter lying outside the enacting government’s jurisdiction (see *Reference re Environmental Management Act (British Columbia)*, 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, at para. 13, aff’d 2020 SCC 1, [2020] 1 S.C.R. 3). Courts must therefore be careful not to let form control the inquiry; they should examine the substance of the legislation “to determine what the legislature is really doing” (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 496). At this stage, extrinsic evidence may also be considered in order to ascertain whether the true purpose of the legislation differs from its stated purpose (see *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 18).

[167] In this case, the submissions of the parties, *amicus curiae*, and interveners contain a wide array of different characterizations of the impugned provisions, including the protection and promotion of health; the protection of privacy, physical and psychological security, and dignity of vulnerable persons; the prohibition and prevention of genetic discrimination; and the regulation of contracts, particularly insurance contracts, in order to promote health.

l’espèce, l’analyse du tribunal relative au caractère véritable doit être ancrée dans le texte des dispositions législatives contestées. En fin de compte, c’est la substance même de la loi qu’il faut qualifier, et non les discours prononcés devant le Parlement ou les propos publiés dans la presse par les personnes bien intentionnées qui soutiennent la loi ou par celles qui s’y opposent.

[166] En outre, dans la recherche du caractère véritable d’une loi, la forme législative ne saurait prendre le dessus sur le fond de la loi. Encore une fois, comme ma collègue la juge Karakatsanis le rappelle utilement, il est juste de garder à l’esprit que la démarche de qualification vise à déterminer l’objet véritable de la loi, même s’il « diffère de son objet apparent ou déclaré » (par. 28). D’ailleurs, l’objet manifeste ou les indices formels de l’objet de la loi peuvent parfois correspondre à ce que la juge Newbury a qualifié d’[TRADUCTION] « écran de fumée » à l’égard d’une matière qui échappe à la compétence du gouvernement qui a adopté la loi (voir *Reference re Environmental Management Act (British Columbia)*, 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, par. 13, conf. par 2020 CSC 1, [2020] 1 R.C.S. 3). Les tribunaux doivent donc prendre garde de ne pas laisser la forme régir l’analyse; ils devraient se pencher sur la substance même de la loi « pour déterminer sa portée véritable » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 496). À ce stade, il est également possible de prendre en considération la preuve extrinsèque pour établir si l’objet véritable de la loi diffère de son objet énoncé (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 18).

[167] En l’espèce, les observations des parties, de l’*amicus curiae* et des parties intervenantes renferment une vaste gamme de qualifications différentes des dispositions contestées, dont les qualifications suivantes : la protection et la promotion de la santé; la protection de la vie privée, de la sécurité physique et psychologique et de la dignité des personnes vulnérables; l’interdiction et la prévention de la discrimination génétique; la réglementation des contrats, en particulier les contrats d’assurance, en vue de promouvoir la santé.

[168] My colleague Justice Karakatsanis has concluded that the purpose of the legislation is to combat genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on the results of genetic tests. She notes that this purpose is borne out in the provisions' effects, the most important of which is to give individuals control over the decision whether to undergo genetic testing and access to the results thereof. She writes that, accordingly, the pith and substance of ss. 1 to 7 is to "protect individuals' control over their detailed personal information disclosed by genetic tests in the areas of contracting and the provision of goods and services in order to address fears that individuals' genetic test results will be used against them and to prevent discrimination based on that information" (para. 65).

[169] As I understand it, my colleague Justice Moldaver generally agrees that Parliament sought to mitigate Canadians' fears about the use of genetic test results by giving them a measure of control over some of their personal information. In his view, the pith and substance of the impugned provisions is "to protect health by prohibiting conduct that undermines individuals' control over the intimate information revealed by genetic testing" (para. 111).

[170] The wide range of characterization in this case suggests strongly to me that not all of the interpretative efforts at this stage have followed the cardinal rule that it is the *dominant* purpose and effect of ss. 1 to 7 that should concern us. In fairness, part of the mischief comes from Parliament's choice for the *Act's* short title (*Genetic Non-Discrimination Act*). This title may have put some readers of the impugned provisions on the wrong path by stressing what may have been an aspiration of parliamentarians — legitimate or not, be that as it may — that does not find expression in the statute's leading purpose or effects. Moreover, another part of the mischief appears to come from the wide-ranging and disparate character of the legislative debates, which offer a number of

[168] De l'avis de ma collègue la juge Karakatsanis, la loi en cause vise à combattre la discrimination génétique et la crainte de discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques. Elle observe que cet objet est confirmé par les effets des dispositions législatives, dont le plus important est de permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur la décision de se soumettre ou non à des tests génétiques et sur l'accès aux résultats de tels tests. Ma collègue écrit qu'en conséquence, par leur caractère véritable, les art. 1 à 7 « protègent le contrôle qu'exercent les personnes sur leurs renseignements personnels détaillés révélés par les tests génétiques dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services afin de répondre aux craintes que les résultats de tels tests ne soient utilisés contre elles et de prévenir la discrimination fondée sur ces renseignements » (par. 65).

[169] Selon ma compréhension, mon collègue le juge Moldaver souscrit généralement à l'opinion selon laquelle le Parlement a tenté d'atténuer les craintes de la population canadienne concernant l'utilisation des résultats des tests génétiques en permettant à chaque personne d'exercer, dans une certaine mesure, un contrôle sur une partie de ses renseignements personnels. À son avis, les dispositions contestées ont pour caractère véritable « la protection de la santé en ce qu'[elles] prohibent des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements intimes que révèlent les tests génétiques » (par. 111).

[170] La vaste gamme de qualifications en l'espèce m'indique fortement que les efforts d'interprétation n'ont pas tous suivi la règle cardinale voulant que ce soient l'objet et l'effet *principaux* des art. 1 à 7 qui devraient nous intéresser à cette étape. En toute justice, la difficulté découle en partie du choix fait par le Parlement en ce qui a trait au titre abrégé de la *Loi* (*Loi sur la non-discrimination génétique*). Il est possible qu'en mettant en évidence ce qui constituait peut-être une aspiration des parlementaires — légitime ou non, quoi qu'il en soit — qui ne se reflète pas dans l'objet et les effets principaux de la loi, ce titre ait mis sur la mauvaise voie certains lecteurs des dispositions contestées. En outre, la difficulté semble aussi découler en partie du caractère large et

often conflicting accounts of the purposes and effects of the *Act*. This makes the identification of pith and substance difficult, especially given the absence of a statutory preamble or clearly-stated objective in the contested portion of the *Act* itself.

[171] The Court of Appeal, for its part, made no such mistake. It concluded that ss. 1 to 7 aim “to prohibit the use of genetic tests or of their results in order to allow Canadians to access these tests without their results being used without their consent when they enter into agreements with third parties or when they seek the provision of goods and services” (2018 QCCA 2193, 2019 CLLC ¶230-020, at para. 8). While the court accepted that the provisions have some impact on privacy, autonomy, and the prevention of discrimination, it nonetheless recognized that these effects were both limited and incomplete, as the use of genetic information that may be disclosed voluntarily or that may be obtained through means other than genetic tests was not prohibited (para. 10). The objective of the provisions, in its view, was rather to encourage the use of genetic tests in order to improve the health of Canadians by suppressing the fear of some that this information could eventually serve discriminatory purposes (para. 11). As will be apparent from the following discussion, I am in general agreement with the Court of Appeal.

(1) The Purpose of the Impugned Provisions

[172] In order to discern the purpose for which the impugned provisions were adopted, I will consider both intrinsic and extrinsic evidence. As will become apparent, however, the most illuminating window into the purpose of ss. 1 to 7 is found within the *Act* itself (see, e.g., *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 30).

(a) *Intrinsic Evidence*

[173] Before this Court, it was argued that the importance of the *Act*'s title is indicative of its pith and

disparate des débats législatifs, lesquels offrent un certain nombre de descriptions souvent incompatibles des objets et des effets de la *Loi*. Cela fait en sorte qu'il est difficile d'établir le caractère véritable, particulièrement en raison de l'absence de préambule législatif ou d'objet clairement énoncé dans la partie contestée de la *Loi* elle-même.

[171] Pour sa part, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de la sorte. Elle a conclu que les art. 1 à 7 visent à « prohiber l'usage des tests génétiques ou de leurs résultats afin de permettre aux Canadiens d'accéder à ces tests sans que leurs résultats puissent être subséquemment utilisés sans leur consentement, lorsqu'ils contractent avec des tiers ou lorsqu'ils cherchent à se procurer des biens et services » (2018 QCCA 2193, par. 8 (CanLII)). Bien qu'elle ait accepté que les dispositions ont une certaine incidence sur la vie privée, l'autonomie et la prévention de la discrimination, elle a quand même reconnu que ces effets étaient limités et incomplets, car l'utilisation de renseignements génétiques qui peuvent être communiqués de manière volontaire ou qui peuvent être obtenus par d'autres moyens que des tests génétiques n'était pas interdite (par. 10). Selon la Cour d'appel, les dispositions en question avaient plutôt pour but d'encourager le recours aux tests génétiques afin d'améliorer la santé de la population canadienne en supprimant la crainte de certaines personnes que ces renseignements puissent éventuellement servir à des fins discriminatoires (par. 11). Comme le fera ressortir l'analyse qui suit, je souscris dans l'ensemble à l'avis de la Cour d'appel.

(1) L'objet des dispositions contestées

[172] Pour discerner l'objet visé par l'adoption des dispositions contestées, j'examinerai tant la preuve intrinsèque que la preuve extrinsèque. Comme nous le verrons, cependant, le meilleur aperçu de l'objet des art. 1 à 7 se trouve dans la *Loi* elle-même (voir, p. ex., *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 30).

a) *La preuve intrinsèque*

[173] On a fait valoir devant notre Cour que l'importance du titre de la *Loi* est révélatrice de

substance, and my colleague Justice Karakatsanis notes that Parliament's twofold purpose is suggested by both its long and short titles (para. 35). I agree that a statute's title can be helpful to identify its pith and substance, but note that legislatures sometime use titles to other ends. As Professor Sullivan has written:

Titles have more recently attracted political interest, and they are now commonly used to draw attention to a piece of legislation and highlight its purported benefits. It remains to be seen how these titles will affect the interpretation of legislation, but it is difficult to imagine they will have a significant impact as indicators of legislative intent. [Footnotes omitted.]

(*Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 162)

This observation, made in connection with the law on statutory interpretation, is a welcome warning, too, for the exercise of determining a law's pith and substance. The idea that a title may be the source of mischief in discerning purpose is especially true of short titles that seek to encapsulate, in a few short words, the essence of a statute that may not rest on a single idea.

[174] In my view, neither the long title of this statute — *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination* — nor its short title — *Genetic Non-Discrimination Act* — can be said to reflect clearly the impugned provisions' true purpose. With respect, I disagree that these titles reveal that the provisions' purpose is to prohibit discrimination on genetic grounds and prevent such discrimination from occurring in the first place. To my mind, genetic non-discrimination cannot be said to be the primary objective of the impugned provisions.

[175] Like the Court of Appeal, I am of the view that the title does not support a conclusion that ss. 1 to 7 seek to *prohibit* discrimination on genetic grounds because, as I will explain, the provisions stop well short of directing that (C.A. reasons, at para. 10).

son caractère véritable, et ma collègue la juge Karakatsanis souligne que le double objet visé par le Parlement ressort tant de son titre intégral que de son titre abrégé (par. 35). Je conviens que le titre d'une loi peut être utile pour déterminer le caractère véritable de celle-ci, mais je signale qu'un législateur peut recourir aux titres à d'autres fins. Comme l'a écrit la professeure Sullivan :

[TRADUCTION] Les titres suscitent depuis peu l'intérêt de la classe politique et sont à présent couramment utilisés pour attirer l'attention sur une mesure législative et en faire ressortir les avantages présumés. Il reste à voir quelle sera l'incidence des titres sur l'interprétation législative, mais il est difficile d'imaginer qu'ils auront une incidence importante comme indicateurs de l'intention législative. [Notes en bas de page omises.]

(*Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 162)

Ce commentaire, qui se rapporte au droit applicable en matière d'interprétation législative, constitue également une mise en garde appréciée lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère véritable d'une loi. L'idée que le titre puisse être la source de la difficulté à déterminer l'objet est d'autant plus vraie dans le cas des titres abrégés qui cherchent à englober, dans un bref énoncé, l'essence d'une loi qui ne peut reposer sur une seule idée.

[174] À mon avis, ni le titre intégral de la loi en cause — *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique* — ni son titre abrégé — *Loi sur la non-discrimination génétique* — ne sauraient refléter clairement l'objet véritable des dispositions contestées. En tout respect, je ne suis pas d'accord pour dire que ces titres révèlent que l'objet des dispositions est d'interdire la discrimination pour des motifs fondés sur la génétique et de prévenir une telle discrimination. À mon avis, la non-discrimination génétique ne saurait être considérée comme l'objectif principal des dispositions contestées.

[175] À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que le titre ne permet pas de conclure que les art. 1 à 7 visent à *interdire* la discrimination fondée sur des motifs génétiques, car, comme je l'expliquerai, ces dispositions sont bien loin d'avoir cet effet (motifs

While the long title explicitly refers to the prohibition of genetic discrimination, it must be borne in mind that this long title speaks to the entirety of the *Act*, which includes amendments to the *CLC* and the *CHRA*. As I will note below, the amendments to the *CLC* and the *CHRA* purport to prohibit genetic discrimination directly whereas the prohibitions in ss. 1 to 7 do not. As a result, the long title does not support the conclusion that the impugned provisions — the focus of the pith and substance inquiry — seek to prohibit genetic discrimination, as the “prohibition” in the long title could easily be referring to the *CLC* and *CHRA* amendments, but not to ss. 1 to 7. Indeed, the appellant and the *amicus curiae* themselves have conceded that ss. 1 to 7 do not *prohibit* genetic discrimination; at best, they seek to indirectly *prevent* genetic discrimination from occurring in the first place.

[176] This then brings us to the prevention of discrimination on genetic grounds, which is also explicitly referred to in the long title. While I accept that ss. 1 to 7 do seek to curtail circumstances in which genetic discrimination can occur, and thus prevent such circumstances from arising in connection with contracts and the provision of goods and services, the provisions leave open the possibility that genetic information may be legitimately used — thereby not precluding use for drawing distinctions based on genetic characteristics — when it has been disclosed voluntarily or obtained through other means than a genetic test. In that sense, even “preventing genetic discrimination” cannot be properly understood to be the main objective of the contested provisions. At most, preventing some circumstances from arising that could facilitate genetic discrimination is one of the many consequences of ss. 1 to 7, but an unconvincing way to describe its dominant purpose.

de la C.A., par. 10). Bien que le titre intégral fasse explicitement référence à l’interdiction de la discrimination génétique, il faut garder à l’esprit que ce titre porte sur l’ensemble de la *Loi*, qui comprend les modifications apportées au *Code* et à la *LCDP*. Comme je le soulignerai plus loin, ces modifications visent à interdire directement la discrimination génétique, alors que ce n’est pas le cas des interdictions prévues aux art. 1 à 7. Par conséquent, le titre intégral ne permet pas de conclure que les dispositions contestées — sur lesquelles est axée l’analyse relative au caractère véritable — cherchent à interdire la discrimination génétique, vu que l’« interdiction » dont il est question dans le titre intégral pourrait facilement renvoyer aux modifications apportées au *Code* et à la *LCDP*, mais non aux art. 1 à 7. D’ailleurs, l’appelante et l’*amicus curiae* ont eux-mêmes concédé que les art. 1 à 7 n’*interdisent* pas la discrimination génétique; au mieux, ils cherchent à *prévenir* indirectement une telle discrimination.

[176] Cela nous amène à nous pencher sur la prévention de la discrimination fondée sur les motifs génétiques, ce à quoi le titre intégral fait également référence de manière explicite. Je conviens que les art. 1 à 7 cherchent à limiter les circonstances dans lesquelles il peut y avoir discrimination génétique, et, en conséquence, à empêcher que de telles circonstances se produisent en ce qui a trait aux contrats et à la fourniture de biens et services. Toutefois, ces dispositions n’écartent pas la possibilité que des renseignements génétiques soient légitimement utilisés — et ne font pas ainsi obstacle à une utilisation servant à établir des distinctions fondées sur les caractéristiques génétiques — lorsque ces renseignements ont été communiqués de manière volontaire ou obtenus par des moyens autres qu’un test génétique. En ce sens, même la « prévention de la discrimination génétique » ne saurait correctement être considérée comme l’objectif principal des dispositions contestées. Le fait de prévenir certaines circonstances susceptibles de favoriser la discrimination génétique constitue tout au plus l’une des nombreuses conséquences des art. 1 à 7, mais demeure une façon peu convaincante de décrire leur objet principal.

[177] Similarly, given the possibility that genetic information may be misused notwithstanding the prohibitions in the *Act*, I must also disagree with the view that the titles disclose Parliament's dominant purpose as focused on privacy and autonomy. As I note below, the protection of individuals' control over their genetic information by the impugned provisions is narrow in scope, far from comprehensive in its compass, and stands second to the provisions' health-related purpose. Giving individuals control over genetic information therefore cannot be seen as their overarching objective. The much broader scope of amendments to the *CHRA*, as compared to the protections offered by the impugned provisions, supports this conclusion.

[178] No preamble or purpose section outlines the *raison d'être* of the law. Accordingly, the text of the provisions takes particular significance in determining their pith and substance.

[179] Turning, then, to the "Interpretation" section of the *Act*, s. 2 sets out three "definitions": "disclose", "genetic test", and "health care practitioner".

[180] The definition of "genetic test" is central to identifying the law's purpose as relating to the promotion of health. A genetic test, for the purposes of ss. 1 to 7, refers to "a test that analyzes DNA, RNA or chromosomes for purposes such as the prediction of disease or vertical transmission risks, or monitoring, diagnosis or prognosis". This definition is thus limited to genetic tests that seek to gather health information on an individual with a view to predicting disease or treating medical problems. Even noting that Parliament uses the expression "such as", and recognizing that its list of purposes set out in s. 2 is not closed, the statutory turn of phrase plainly indicates that Parliament is pointing to purposes *ejusdem generis* (i.e. "of the same kind") as the ones listed, all of which are health-related.

[177] De même, étant donné la possibilité que des renseignements génétiques soient utilisés de manière inappropriée malgré les interdictions prévues à la *Loi*, je ne peux non plus souscrire à l'opinion voulant que les titres indiquent que l'objet principal du Parlement soit axé sur la vie privée et l'autonomie. Comme je l'explique ci-dessous, la protection qu'offrent les dispositions contestées à l'égard du contrôle exercé par les personnes sur leurs renseignements génétiques est de portée restreinte, est loin d'être complète et est secondaire par rapport à l'objet lié à la santé de ces dispositions. Le fait de permettre aux personnes d'exercer un contrôle sur l'utilisation de leurs renseignements génétiques ne saurait donc pas être considéré comme étant l'objectif global des dispositions. La portée beaucoup plus large des modifications apportées à la *LCDP*, par opposition à celle des protections offertes par les dispositions contestées, étaye cette conclusion.

[178] Aucun préambule ni aucune disposition sur l'objet de la loi n'expose sa raison d'être. En conséquence, le libellé des dispositions revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer leur caractère véritable.

[179] Maintenant, pour ce qui est de la partie « Définitions » de la *Loi*, l'art. 2 énonce les « définitions » de trois termes : « communiquer », « test génétique » et « professionnel de la santé ».

[180] La définition de « test génétique » est cruciale pour déterminer l'objet de la loi comme se rattachant à la promotion de la santé. Pour l'application des art. 1 à 7, un test génétique s'entend d'un « [t]est visant l'analyse de l'ADN, de l'ARN ou des chromosomes à des fins telles la prédiction de maladies ou de risques de transmission verticale, ou la surveillance, le diagnostic ou le pronostic ». Cette définition se limite donc aux tests génétiques qui visent la collecte de renseignements médicaux sur une personne à des fins de prédiction de maladies ou de traitement de problèmes de santé. Même si l'on souligne que le Parlement utilise le mot « telles », et que l'on reconnaît que la liste de fins énoncées à l'art. 2 n'est pas exhaustive, le libellé indique clairement que le Parlement renvoie à des fins *ejusdem generis* (c.-à-d. « du même genre ») que celles énumérées, qui sont toutes liées à la santé.

[181] Sections 3 to 5 of the *Act* outline “Prohibitions”. Sections 3 and 4 prohibit persons from requiring an individual to undergo a “genetic test” or to disclose the results of such test as a condition of providing goods and services to that individual, or of entering into or maintaining a contract or any of its terms. They also prohibit persons from refusing to engage in any of these activities on the grounds that an individual has refused to undergo a genetic test or to disclose the results of such a test. Section 5 prohibits the collection, use, or disclosure of the results of an individual’s genetic test without that person’s written consent. The provisions say nothing about genetic tests that do not fall within the narrow health-related definition in s. 2, but could nonetheless be used as a condition for a contract, for example. Moreover, they say nothing about the use of a genetic test outside the — albeit broad — purview of contracts and the provision of good and services.

[182] Section 6 exempts health care practitioners (as defined in s. 2) and researchers from the application of ss. 3 to 5 of the *Act* in respect of an individual to whom they are providing “health care services” or who is participating in health-related “research”. Notably, where a health care practitioner or a researcher undertakes a genetic test for a non-health-related reason, the *Act* does not apply. This supports the view that the impugned provisions target health. Moreover, through this provision, Parliament offered a common-sense exception for situations in which genetic tests may be required as part of providing treatment or undergoing research. The goal, simply stated, is to protect those professionals that may require access to genetic tests to provide appropriate health care or to conduct important research.¹² As a result, and with respect for differing views, I would not draw an inference that Parliament “explicitly

¹² See, e.g., *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 2, 1st Sess., 42nd Parl., March 9, 2016, at p. 2:15; House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 34, 1st Sess., 42nd Parl., November 15, 2016, at p. 2; House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 37, 1st Sess., 42nd Parl., November 24, 2016, at pp. 3-11.

[181] Les articles 3 à 5 de la *Loi* établissent des « Interdictions ». Selon les art. 3 et 4, nul ne peut obliger une personne à se soumettre à un « test génétique » ou à en communiquer les résultats comme condition préalable pour lui fournir des biens ou des services, ou pour conclure ou maintenir un contrat ou une de ses modalités. De plus, suivant ces dispositions, nul ne peut refuser d’exercer l’une de ces activités au motif qu’une personne a refusé de se soumettre à un test génétique ou d’en communiquer les résultats. L’article 5 interdit la collecte, l’utilisation ou la communication des résultats d’un test génétique d’une personne sans son contentement écrit. Les dispositions sont silencieuses au sujet des tests génétiques qui ne tombent pas sous le coup de la définition étroite liée à la santé qui est énoncée à l’art. 2, mais qui peuvent néanmoins être utilisés, par exemple, comme condition préalable d’un contrat. Elles sont également silencieuses quant à l’utilisation d’un test génétique en dehors du domaine — quoique large — des contrats et de la fourniture de biens et services.

[182] L’article 6 dispense de l’application des art. 3 à 5 de la *Loi* les professionnels de la santé (au sens de l’art. 2) et les chercheurs à l’égard d’une personne qui reçoit des « services de santé » ou qui participe à des « recherches » liées à la santé. Fait à noter, la *Loi* ne s’applique pas lorsque le professionnel de la santé ou le chercheur effectue un test génétique pour une raison non liée à la santé. Cela appuie le point de vue selon lequel les dispositions contestées visent la santé. De plus, par cette disposition, le Parlement a prévu une exception fondée sur le bon sens pour les situations où des tests génétiques peuvent être requis dans le cadre d’un traitement ou de recherches en cours. L’objectif est tout simplement de protéger les professionnels et professionnelles qui peuvent avoir besoin de recourir à des tests génétiques pour fournir des soins de santé appropriés ou mener des recherches importantes¹². Par conséquent, et en tout

¹² Voir, p. ex., *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n° 2, 1^{re} sess., 42^e lég., 9 mars 2016, p. 2:15; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 34, 1^{re} sess., 42^e lég., 15 novembre 2016, p. 2; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 37, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 novembre 2016, p. 3-11.

carve[d] out conduct that is beneficial”, which then demonstrates that its “focus was squarely on protecting health” (Moldaver J.’s reasons, at para. 121). Rather, Parliament sought to ensure, among other things, that health care practitioners could continue to discuss genetic tests with their patients, prescribe such tests, and use their results when this would be to the patient’s benefit. To my mind, this supports the view that Parliament viewed genetic tests as beneficial and therefore something to be encouraged, with a view to improving the health of Canadians.

[183] Finally, s. 7 provides substantial penalties for violating the prohibitions outlined in ss. 3 to 5. On indictment, a person who contravenes one of these provisions is liable to a fine of a maximum of \$1,000,000, imprisonment for a maximum of five years, or both. On summary conviction, a person is liable to a fine of a maximum of \$300,000, imprisonment for a maximum of twelve months, or both.

[184] As the Court of Appeal explained in its reasons, taken together, ss. 1 to 7 aim to prohibit making the provision of goods and services or the making, continuing, or offering of specific terms or conditions of a contract conditional upon an individual undergoing or disclosing the results of genetic testing (paras. 8 and 10). The provisions do not prohibit the use of genetic information that may be disclosed voluntarily or that may be required or obtained through other means, such as family history or other medical tests, and they do not prohibit genetic discrimination. It is clear that the purpose of ss. 1 to 7 is different from the veritable prohibitions against discrimination based on genetic characteristics set forth in the amendments made to the *CHRA* and to the *CLC* in ss. 8 to 10 of the *Act*, which are extrinsic to the

respect pour les opinions contraires, je n’inférerais pas que le Parlement a « soustrait explicitement les conduites qui sont bénéfiques », ce qui démontrerait alors que celui-ci « avait nettement pour objectif de protéger la santé » (motifs du juge Moldaver, par. 121). Le Parlement a plutôt cherché à s’assurer, entre autres objectifs, que les professionnelles et professionnels de la santé puissent continuer de discuter de tests génétiques avec leurs patients et patientes, de prescrire de tels tests et d’en utiliser les résultats lorsque cela serait bénéfique. À mon avis, cela étaye le point de vue selon lequel le Parlement considérait que les tests génétiques étaient bénéfiques et devaient être encouragés, et ce, dans le but d’améliorer la santé de la population canadienne.

[183] Enfin, l’art. 7 prévoit des peines sévères en cas de violation des interdictions énoncées aux art. 3 à 5. Quiconque contrevient à l’une de ces dispositions encourt, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, une amende maximale de 1 000 000 \$ et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l’une de ces peines. Sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la personne qui contrevient à ces dispositions encourt une amende maximale de 300 000 \$ et un emprisonnement maximal de douze mois, ou l’une de ces peines.

[184] Comme l’a expliqué la Cour d’appel dans ses motifs, considérés ensemble, les art. 1 à 7 visent à interdire le fait d’obliger une personne à se soumettre à un test génétique ou à en communiquer les résultats comme condition préalable pour lui fournir des biens et services ou pour conclure ou maintenir un contrat, ou encore pour offrir ou maintenir des modalités particulières d’un contrat (par. 8 et 10). Les dispositions n’interdisent pas l’utilisation des renseignements génétiques qui peuvent être communiqués de manière volontaire, ou qui peuvent être requis ou obtenus par d’autres moyens, tels les antécédents familiaux ou d’autres tests médicaux, et n’interdisent pas la discrimination génétique. Il est clair que l’objet des art. 1 à 7 diffère de celui des interdictions véritables relatives à la discrimination

impugned provisions, to which I turn in the next section.

[185] Moreover, I stress that the prohibitions in ss. 3 to 5, the exemption in s. 6, and the penalties in s. 7 all rely on the narrow, health-based definition of “genetic test” found in s. 2. The scope of this definition excludes genetic tests done for other reasons, for example, to reveal a person’s ancestry or for forensic purposes, or to determine parental lineage or non-disease traits. Genetic tests can obviously indicate other human physical characteristics unrelated to predicting disease and treating medical problems. Some of these characteristics — aspects of physical appearance, for example, or ancestry — might be used as grounds for discrimination or misused in some other manner, but they are not spoken to in the *Act* because they are excluded from the definition of a “genetic test”. Sections 1 to 7 of the *Act* simply do not speak to genetic tests undertaken for other purposes. Any privacy or autonomy concerns related to tests undertaken in pursuit of these different ends are therefore not addressed by the *Act*. While the provisions grant individuals some control over their genetic information, this protection is limited to health-related information. Similarly, the protection granted by the provisions is incomplete, as genetic information revealed by means other than a genetic test receives no protection.

[186] This is important: whatever discrimination may or may not be prevented by these sections of the *Act*, and whatever safeguards to privacy and autonomy may or may not be granted, they are limited in compass to a category of certain health-based genetic tests and exclude protection for genetic information

fondée sur les caractéristiques génétiques qui sont énoncées dans les modifications apportées à la *LCDP* et au *Code* par les art. 8 à 10 de la *Loi*, dispositions qui sont extrinsèques par rapport aux dispositions contestées et que j’examinerai dans la prochaine section.

[185] Par ailleurs, je souligne que les interdictions prévues aux art. 3 à 5, l’exception établie à l’art. 6 et les peines figurant à l’art. 7 reposent toutes sur la définition étroite et axée sur la santé de « test génétique » énoncée à l’art. 2. La portée de cette définition exclut les tests génétiques effectués pour d’autres raisons, par exemple pour révéler l’ascendance d’une personne ou à des fins médico-légales, ou pour déterminer la filiation ou encore des caractéristiques non liées à une maladie. Les tests génétiques peuvent de toute évidence indiquer d’autres caractéristiques physiques humaines sans rapport avec la prédiction de maladies et le traitement de problèmes de santé. Certaines de ces caractéristiques — des éléments de l’apparence physique, par exemple, ou l’ascendance — peuvent servir de motifs de discrimination ou être utilisées de façon inappropriée de quelque autre manière, mais il n’en est pas question dans la *Loi* parce qu’elles sont exclues de la définition de « test génétique ». Les articles 1 à 7 de la *Loi* ne portent tout simplement pas sur les tests génétiques effectués à d’autres fins. La *Loi* ne traite donc d’aucune préoccupation relative à la vie privée ou à l’autonomie concernant les tests effectués à ces autres fins. Bien que les dispositions permettent aux personnes d’exercer un certain contrôle sur leurs renseignements génétiques, cette protection se limite aux renseignements liés à la santé. De même, la protection accordée par les dispositions est incomplète, car les renseignements génétiques révélés par d’autres moyens qu’un test génétique ne bénéficient d’aucune protection.

[186] Ceci est important : quelle que soit la discrimination que ces dispositions de la *Loi* peuvent ou non prévenir, et quelles que soient les protections en matière de vie privée et d’autonomie qu’elles peuvent ou non accorder, les dispositions se limitent à une catégorie formée de certains tests génétiques

obtained by other means — contrary to the amendments to the *CHRA*.

(b) *Extrinsic Evidence*

(i) Amendments to the *CHRA* and to the *CLC* in Sections 8 to 10 of the *Act*

[187] While only the constitutionality of ss. 1 to 7 of the *Act* is at issue, it is useful to consider the whole of the *Act* — including the amendments to the *CLC* and the *CHRA* — in order to discern, more precisely, the purpose for which the impugned provisions were adopted. I recognize that a wrong focus can subvert pith and substance analysis. My sense is that examining what Parliament sought to do in parts of the *Act* that are not contested here is helpful in understanding the true character of what was done and not done, and the effects thereof, in ss. 1 to 7. In other words, what is absent from the impugned legislation but present elsewhere in the *Act* provides a clue on the true aim of the contested provisions.

[188] When it enacted amendments to the *CHRA* and to the *CLC* in ss. 8 to 10 of the *Act*, Parliament plainly created prohibitions against genetic discrimination. By comparing the impugned provisions with the *Act*'s amendments to federal human rights and labour legislation, however, it is plain that the purpose of ss. 1 to 7 is not to prohibit discrimination based on genetic characteristics.

[189] Sections 9 and 10 of the *Act* amend the *CHRA* in three ways in order to directly combat genetic discrimination “within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament” (*CHRA*, s. 2). First, an injunction against discriminatory practices based on “genetic characteristics” is added to the purpose section of the *CHRA*. Second, “genetic characteristics” are included as an enumerated ground of prohibited discrimination. Third, a new deeming provision is added to assist those

axés sur la santé et excluent toute protection à l'égard des renseignements génétiques obtenus par d'autres moyens — contrairement aux modifications apportées à la *LCDP*.

b) *La preuve extrinsèque*

(i) Les modifications apportées à la *LCDP* et au *Code* par les art. 8 à 10 de la *Loi*

[187] Bien que seule la constitutionnalité des art. 1 à 7 de la *Loi* soit en cause en l'espèce, il est utile d'examiner l'ensemble de la *Loi* — y compris les modifications apportées au *Code* et à la *LCDP* — afin de discerner, plus précisément, l'objet visé par l'adoption des dispositions contestées. Je reconnais que mettre l'accent sur le mauvais élément peut compromettre l'analyse du caractère véritable. À mon avis, l'examen de ce que le Parlement a essayé de faire dans les parties de la *Loi* qui ne sont pas contestées en l'espèce aide à comprendre ce qui véritablement a été fait et n'a pas été fait aux art. 1 à 7, ainsi que les effets qui en découlent. Autrement dit, ce qui ne figure pas dans les dispositions législatives contestées, mais qui se trouve ailleurs dans la *Loi*, donne une indication de l'objet véritable de celles-ci.

[188] Lorsqu'il a adopté des modifications à la *LCDP* et au *Code* aux art. 8 à 10 de la *Loi*, le Parlement a clairement créé des interdictions relatives à la discrimination génétique. Cependant, lorsqu'on compare les dispositions contestées avec les modifications qu'a apportées la *Loi* aux lois fédérales relatives aux droits de la personne et au droit du travail, il est évident que les art. 1 à 7 n'ont pas pour objet d'interdire la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques.

[189] Les articles 9 et 10 de la *Loi* modifient la *LCDP* de trois façons afin de combattre directement la discrimination génétique « dans le champ de compétence du Parlement du Canada » (*LCDP*, art. 2). Premièrement, l'interdiction des pratiques discriminatoires fondées sur « les caractéristiques génétiques » est ajoutée à la disposition sur l'objet de la *LCDP*. Deuxièmement, « les caractéristiques génétiques » sont ajoutées à la liste des motifs de distinction illicite. Troisièmement, une nouvelle

alleging genetic discrimination.¹³ This provision indicates that where the ground of discrimination is refusal of a request to undergo a genetic test or to disclose, or authorize the disclosure of, the results of a genetic test, “the discrimination shall be deemed to be on the ground of genetic characteristics” (*CHRA*, s. 3(3)). The amendments set out at ss. 9 and 10 of the *Act* are applicable only to the *CHRA* and not to ss. 1 to 7, contested here.

[190] While ss. 3 to 5 of the *Act* contain prohibitions relating to refusal to undergo a genetic test or to disclose its results, Parliament does not say, in contrast to ss. 9 and 10, that there is a right to equality, free from genetic discrimination, in respect of contracts and the provision of good and services. While the impugned provisions provide that forced testing and forced disclosure is prohibited as a condition to contract or to provide goods and services, discrimination on the basis of genetic characteristics is not directly or even indirectly prohibited if the genetic testing or disclosure of the results thereof were made lawfully. Parliament could have attempted to mirror the amendments to the *CHRA* with a broad prohibition against discrimination based on genetic characteristics in ss. 1 to 7 but did not do so.

[191] The amendments to the *CHRA* also encompass a broader range of genetic information than ss. 1 to 7. First, since no definition is provided for “genetic characteristics”, the protection is not limited to a narrow health-based definition of genetic tests. Second, by protecting “genetic characteristics” rather than information disclosed by genetic tests, the amendments to the *CHRA* include genetic information obtained through other means. The deeming provision supports this interpretation: the *CHRA* specifically

¹³ Compare the existing s. 3(2) of the *CHRA*, which provides that discrimination on the ground of pregnancy or child-birth is “deemed” to be on the ground of sex.

disposition créant une présomption est ajoutée pour aider les personnes qui allèguent la discrimination génétique¹³. Suivant cette disposition, une distinction fondée sur le refus d’une personne, à la suite d’une demande, de se soumettre à un test génétique, de communiquer les résultats d’un tel test ou d’autoriser la communication de ces résultats « est réputée être de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques » (*LCDP*, par. 3(3)). Les modifications énoncées aux art. 9 et 10 de la *Loi* sont applicables seulement à la *LCDP* et non aux art. 1 à 7, contestés en l’espèce.

[190] Bien que les art. 3 à 5 de la *Loi* prévoient des interdictions relatives au refus d’une personne de se soumettre à un test génétique ou d’en communiquer les résultats, le Parlement ne dit pas, contrairement à ce qu’il fait aux art. 9 et 10, qu’il existe un droit à l’égalité, sans discrimination génétique, relativement aux contrats et à la fourniture de biens et services. Même si les dispositions contestées interdisent d’imposer à une personne l’obligation de se soumettre à un test génétique et d’en communiquer les résultats comme condition préalable à la conclusion d’un contrat ou à la fourniture de biens et services, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques n’est pas directement ou même indirectement interdite si le test génétique ou la communication de ses résultats ont été effectués en toute légalité. Le Parlement aurait pu essayer de refléter les modifications apportées à la *LCDP* avec une interdiction générale de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques aux art. 1 à 7, mais il ne l’a pas fait.

[191] Les modifications apportées à la *LCDP* englobent aussi un plus grand éventail de renseignements génétiques que les art. 1 à 7. Premièrement, comme les « caractéristiques génétiques » ne sont pas définies, la protection ne se limite pas à une définition des tests génétiques étroite et axée sur la santé. Deuxièmement, en protégeant les « caractéristiques génétiques » plutôt que les renseignements révélés par les tests génétiques, les modifications à la *LCDP* incluent les renseignements génétiques

¹³ Comparer le par. 3(2) existant de la *LCDP*, suivant lequel une distinction fondée sur la grossesse ou l’accouchement est « réputée » être fondée sur le sexe.

ensures that one cannot be forced to undergo a genetic test and that results of a genetic test cannot be forcibly disclosed, which does not preclude the fact that a broader range of genetic information is protected. The broad purview of the *CHRA* goes to show, in my respectful view, that ss. 1 to 7 also cannot be characterized in pith and substance as protecting individuals' control over private information.

[192] The impugned provisions should also be contrasted with s. 8 of the *Act*, which amends the *CLC*, the basic instrument of labour law applicable in the federal sphere of jurisdiction. While the amendments to the *CLC* echo some of ss. 3 to 5 of the *Act*, they contain an additional provision: s. 247.98(4)(c) of the *CLC* provides that an employer cannot dismiss, suspend, lay off, or demote an employee, impose a penalty on an employee, or take disciplinary actions against an employee “on the basis of the results of a genetic test undergone by the employee”. This provision, which directly prohibits employers from sanctioning their employees “on the basis” of genetic information, is absent from ss. 1 to 7 of the *Act*, even if the latter purports to apply to contracts of employment not subject to the *CLC*.

[193] The contrast between the amendments to the *CHRA* and the *CLC*, which create prohibitions against discrimination, and the impugned provisions, which do not, shows that the purpose of ss. 1 to 7 is different from that of these amendments. If Parliament had attempted to take a coordinated approach to genetic discrimination in the *Act*, discrimination on the basis of genetic characteristics would have been directly prohibited in the impugned provisions, and not only in the *CHRA* and *CLC*. So, as the Court of Appeal recognized, while the impugned provisions may offer, to some extent, limited control to individuals over their genetic information, they do not reduce their fears surrounding genetic testing in

obtenus par d'autres moyens. La disposition créant une présomption étaye cette interprétation : la *LCDP* garantit expressément qu'une personne ne peut être forcée à se soumettre à un test génétique et que les résultats d'un tel test ne peuvent être communiqués de force, ce qui n'empêche pas le fait qu'un plus grand éventail de renseignements génétiques sont protégés. Le vaste champ d'application de la *LCDP* démontre, à mon avis, que les art. 1 à 7 ne peuvent pas non plus être considérés, de par leur caractère véritable, comme protégeant le contrôle des personnes sur leurs renseignements personnels.

[192] Les dispositions contestées devraient également être comparées avec l'art. 8 de la *Loi*, qui modifie le *Code*, l'instrument fondamental en matière de droit du travail applicable dans le champ de compétence fédérale. Bien qu'elles fassent, dans une certaine mesure, écho aux art. 3 à 5 de la *Loi*, les modifications apportées au *Code* renferment une disposition additionnelle. L'alinéa 247.98(4)c) du *Code* prévoit qu'il est interdit de congédier, suspendre, mettre à pied ou rétrograder une personne salariée, de lui imposer une sanction ou de prendre des mesures disciplinaires contre elle pour un motif fondé sur « les résultats d'un test génétique qu'[elle] a subi ». Cette disposition, qui interdit directement aux employeuses et employeurs d'imposer des sanctions pour un motif fondé sur les renseignements génétiques, ne figure pas dans les art. 1 à 7 de la *Loi*, même si cette dernière est censée s'appliquer aux contrats de travail qui ne sont pas assujettis au *Code*.

[193] Le contraste entre les modifications apportées à la *LCDP* et au *Code*, qui créent des interdictions relatives à la discrimination, et les dispositions contestées, qui n'en créent pas, montre que l'objet des art. 1 à 7 diffère de celui de ces modifications. Si le Parlement avait tenté d'emprunter une approche coordonnée en matière de discrimination génétique dans la *Loi*, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques aurait été interdite directement dans les dispositions contestées, et non pas seulement dans la *LCDP* et le *Code*. En conséquence, comme l'a reconnu la Cour d'appel, bien qu'elles puissent, dans une certaine mesure, permettre aux personnes d'exercer un contrôle limité sur leurs renseignements

any real measure, since the impugned provisions do nothing to prohibit genetic discrimination.

(ii) Legislative Debates

[194] There is a general consensus that legislative debates are useful in the determination of pith and substance because they give context to the statute, explain its provisions, and articulate the policy of the government that proposed it (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 15-14 to 15-15). However, courts must remain mindful of the fact that legislative debates “cannot represent the ‘intent’ of the legislature, an incorporeal body” (*Morgentaler*, at p. 484). There is a risk, courted here by the appellant and the *amicus curiae* who give very broad importance to the purpose of the law stated in the House of Commons and the Senate, of substituting commentary on the *Act* for the *Act* itself. While the debates are an indicia of the legislature’s intent, they cannot stand for the *Act* and replace its provisions.

[195] In this case, the legislative debates were wide-ranging in their reference to legislative purpose; it is possible to discern some emphasis, to differing degrees, placed on discrimination, insurability, employability, health, and privacy. Moreover, the usefulness of this part of the record is limited by the often general character of comments on the various iterations of the *Act*, which usually did not explicitly state whether they referred to the *Act* in its entirety or only to certain portions thereof. Any attempt to take away a single message from the legislative debates is consequently difficult.

[196] With that said, in my view, the debates generally reveal that genetic tests were considered to be beneficial and viewed as a means of opening avenues to improved health treatment, as they allow Canadians to be aware of risks and change their behaviour. The choice to take a genetic test should not be influenced by a person’s fear over the

génétiques, les dispositions contestées ne réduisent pas réellement leurs craintes à l’égard des tests génétiques, car elles ne font rien pour interdire la discrimination génétique.

(ii) Les débats législatifs

[194] L’utilité des débats législatifs pour déterminer le caractère véritable d’une loi parce qu’ils permettent de situer la loi dans son contexte, donnent des explications sur ses dispositions et précisent la politique du gouvernement qui l’a proposée fait consensus (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 15-14 à 15-15). Cependant, les tribunaux ne doivent pas oublier que les débats législatifs « ne saurai[en]t représenter l’“intention” de la législature, personne morale » (*Morgentaler*, p. 484). Il existe un risque de substituer les commentaires formulés sur la *Loi* à la *Loi* elle-même. En l’espèce, l’appelante et l’*amicus curiae* ont frôlé ce risque en accordant une très grande importance à l’objet de la loi énoncé à la Chambre des communes et au Sénat. Bien qu’ils constituent des indices de l’intention du Parlement, les débats ne sauraient suppléer la *Loi* et remplacer ses dispositions.

[195] Dans l’affaire qui nous occupe, les débats législatifs contiennent diverses références à l’objet législatif; l’accent a été mis à divers degrés sur la discrimination, l’assurabilité, l’employabilité, la santé et la vie privée. De plus, l’utilité de cette partie du dossier est limitée par le caractère souvent général des commentaires formulés sur les différentes versions de la *Loi*, lesquels ne précisaient habituellement pas de manière explicite s’ils portaient sur la *Loi* dans son ensemble ou seulement sur certaines de ses parties. Toute tentative visant à faire ressortir un seul message des débats législatifs s’avère par le fait même difficile.

[196] Cela dit, à mon avis, les débats révèlent généralement que les tests génétiques étaient considérés comme bénéfiques et étaient perçus comme un moyen pour ouvrir la voie à l’amélioration des traitements médicaux, en ce qu’ils permettent à la population canadienne d’être mise au courant de risques et de changer son comportement. Le choix

potential impact taking such a test may have on their prospects of obtaining or maintaining insurance or employment. Both Senator Cowan, the principal sponsor of the bill, and Mr. Oliphant, who moved for the bill to be read for the first time at the House of Commons, made comments to this effect on multiple occasions.¹⁴

[197] For instance, at the second reading of Bill S-218, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 41st Parl., 2013 (not passed), the first iteration of the *Act*, Senator Cowan explained it as follows:

... [t]here might be steps that a person could take to reduce the likelihood that they will develop the disease if they know they carry a gene associated with it.

...

As a matter of public policy, I believe we should be removing roadblocks to people's being able to access genetic testing, if they choose. It is a matter of choice, and that choice should be the individual's to make. Someone recognizing that they may be at risk of developing a genetic disease already has so many concerns to balance. Fear about insurability for themselves or their children or about how their employer will react simply should not be among them.

...

... Genetic testing offers the possibility that someone can obtain information that then can very concretely become informed about choices that may be able to give them a better chance at a healthy life. Of course, preventative steps can also yield significant savings in health care costs for taxpayers. These are good things, honourable

¹⁴ See, e.g., *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 22, 1st Sess., 42nd Parl., March 22, 2016, at p. 381 (Senator Cowan); *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, 1st Sess., 42nd Parl., January 27, 2016, at p. 147; *Debates of the Senate*, vol. 148, No. 154, 1st Sess., 41st Parl., April 23, 2013, at p. 3744 (Senator Cowan); *Debates of the Senate*, vol. 149, No. 137, 2nd Sess., 41st Parl., May 5, 2015, at p. 3281 (Senator Cowan); *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 47, 1st Sess., 42nd Parl., May 3, 2016, at p. 2736 (Mr. Robert Oliphant).

d'une personne de se soumettre à un test génétique ne devrait pas être influencé par la crainte qu'un tel test pourrait avoir une incidence sur les perspectives d'obtenir ou de conserver une assurance ou un emploi. Le sénateur Cowan, l'instigateur principal du projet de loi, et M. Oliphant, qui a proposé que le projet de loi soit lu pour la première fois à la Chambre des communes, ont tous deux formulé des commentaires dans ce sens à plusieurs reprises¹⁴.

[197] Par exemple, à la deuxième lecture du projet de loi S-218, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2013 (non adopté), qui constitue la première version de la *Loi*, le sénateur Cowan a expliqué celui-ci en ces termes :

... [i] pourrait être possible de prendre des mesures pour réduire le risque de contracter la maladie quand on se sait porteur du gène qui y est associé.

...

Je crois qu'il est dans l'intérêt public d'éliminer les obstacles afin que les gens puissent avoir accès aux tests génétiques s'ils le souhaitent. C'est une question de choix, et chaque personne devrait pouvoir faire le sien. Les gens qui se rendent compte qu'ils risquent d'être atteints d'une maladie génétique sont déjà remplis d'inquiétude, ils ne devraient pas en plus avoir à craindre d'être incapables d'obtenir une assurance pour eux et leurs enfants, et ils ne devraient pas avoir peur de la réaction de leur employeur.

...

... Grâce aux tests génétiques, une personne peut obtenir des renseignements concrets et être ainsi mieux placée pour prendre des décisions qui pourraient augmenter ses chances de vivre en santé. De plus, les mesures préventives peuvent réduire considérablement les frais de soins de santé qu'assument les contribuables. Ce sont des

¹⁴ Voir, p. ex., *Debats du Sénat*, vol. 150, n° 22, 1^{re} sess., 42^e lég., 22 mars 2016, p. 381 (sénateur Cowan); *Debats du Sénat*, vol. 150, n° 8, 1^{re} sess., 42^e lég., 27 janvier 2016, p. 147; *Debats du Sénat*, vol. 148, n° 154, 1^{re} sess., 41^e lég., 23 avril 2013, p. 3744 (sénateur Cowan); *Debats du Sénat*, vol. 149, n° 137, 2^e sess., 41^e lég., 5 mai 2015, p. 3281 (sénateur Cowan); *Debats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 mai 2016, p. 2736 (M. Robert Oliphant).

senators. We know that fear of genetic discrimination, particularly in insurance, is actively working to discourage people from having testing that they should otherwise have in order to better manage their personal health. As I said before, there are many factors and concerns that weigh upon a person in deciding whether or not to take a genetic test. Insurability should not be one of them. [Emphasis added.]

(*Debates of the Senate*, vol. 148, No. 154, at pp. 3744-45)

[198] Similarly, in the debates about Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 2nd Sess., 41st Parl., 2015 (not passed), the second iteration of the *Act*, Senator Cowan reiterated these points when he asked the senators to defeat the report of the Standing Senate Committee on Human Rights. Specifically, he spoke of the fact that genetic testing could help Canadians “lead healthier, longer lives” and that “[k]nowing that you have a particular genetic predisposition can open up steps that you can take to reduce the chance that you will develop the disease or condition”. He was focused on how genetic testing could help Canadians improve their health (*Debates of the Senate*, vol. 149, No. 137, at pp. 3270-78).

[199] When Mr. Oliphant moved for Bill S-201, *An Act to prohibit and prevent genetic discrimination*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017, the third iteration of the *Act*, to be read for the first time at the House of Commons, he explained that “[t]he protections in the bill would enable Canadians to access medical advances in genetic testing without the fear of negative consequences or repercussions on them and their families” and that “[i]t would empower Canadians to have better health” (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 47, 1st Sess., 42nd Parl., May 3, 2016, at p. 2736). At the second reading of this bill, which eventually became law, he added: “This is our chance, as legislators, to bring better health to Canadians and ensure that Canadians have access to genetic tests” (*House of Commons Debates*,

points positifs, honorables sénateurs. Nous savons que la crainte d’une discrimination fondée sur la génétique, particulièrement dans le contexte de l’assurance, décourage fortement les gens de subir les tests dont ils auraient besoin pour mieux gérer leur santé. Comme je l’ai déjà dit, une personne tient compte d’une variété de facteurs quand elle décide si elle devrait subir des tests génétiques. L’assurabilité ne devrait pas faire partie des points à considérer. [Je souligne.]

(*Débats du Sénat*, vol. 148, n° 154, p. 3744-3745)

[198] De même, lors des débats concernant le projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 2^e sess., 41^e lég., 2015 (non adopté), qui constitue la deuxième version de la *Loi*, le sénateur Cowan a repris ces points lorsqu’il a demandé aux sénateurs de rejeter le rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne. Plus précisément, il a mentionné que les tests génétiques pouvaient aider la population canadienne à « vivre plus longtemps et en meilleure santé » et que « [l]e fait de savoir que vous avez [une] prédisposition génétique [particulière] vous permet de prendre des mesures pour réduire vos risques de souffrir de la maladie ». Il a mis l’accent sur la façon dont les tests génétiques pouvaient aider les gens à améliorer leur santé (*Débats du Sénat*, vol. 149, n° 137, p. 3270-3278).

[199] Lorsque M. Oliphant a proposé que le projet de loi S-201, *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2017, qui constitue la troisième version de la *Loi*, soit lu pour la première fois à la Chambre des communes, il a expliqué que « [l]es mesures de protection prévues dans le projet de loi permettraient aux Canadiens de profiter des avancées médicales dans le domaine des tests génétiques sans crainte de représailles à leur endroit ou envers leur famille » et que « [l]e projet de loi permettrait aux Canadiens d’avoir les outils nécessaires pour être en meilleure santé » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 mai 2016, p. 2736). À la deuxième lecture de ce projet de loi, qui est finalement devenu loi, il a ajouté : « Voici pour nous, législateurs, l’occasion

vol. 148, No. 77, 1st Sess., 42nd Parl., September 20, 2016, at p. 4887).

[200] In my respectful view, it is plain, from the foregoing, that Parliament was focused on removing barriers in order to create incentives for genetic testing: i.e. in order to promote the well-being of Canadians. The parliamentary record is replete with references indicating that Parliament was focused on the promotion of health when it enacted the impugned legislation. Providing encouragement for genetic testing may be achieved otherwise than by offering financial incentives; we have, in this case, an example of a non-financial incentive to genetic testing. While Parliament recognized that the choice to undergo genetic testing was a personal one, it sought to encourage individuals to make that choice by removing barriers, such as fears in respect of insurability, and thereby improve Canadians' long-term health outcomes. The removal of a stumbling block and the creation of incentives for genetic testing go hand-in-hand — rather than being in opposition to one another — and work together to improve the health of Canadians.

[201] Moreover, on my reading of the record, and as can be seen in the excerpt at para. 197, the main sectors of focus were insurance and employment. According to Senator Cowan, “fears about not being able to obtain affordable insurance for oneself or one’s family or not being able to find or hold a job should not be the barriers that prevent Canadians from accessing the extraordinary medical advances of the genetics revolution and the hope that it carries for better health and a better quality of life”. He added that “[f]ear of repercussions for insurability is probability [*sic*] the single biggest concern that people have about genetic testing” (*Debates of the Senate*, vol. 149, No. 32, 2nd Sess., 41st Parl., February 5, 2014, at p. 889). Furthermore, although the testimony of Dr. Bombard, to which my colleague Justice Karakatsanis refers in her reasons,

d’améliorer la santé des Canadiens et de voir à ce que les Canadiens aient accès aux tests génétiques » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 77, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 septembre 2016, p. 4887).

[200] À mon avis, ce qui précède met en évidence le fait que le Parlement a mis l’accent sur l’élimination d’obstacles afin de créer des mesures incitatives au recours aux tests génétiques : c.-à-d. afin de promouvoir le bien-être de la population canadienne. Les travaux parlementaires débordent de mentions indiquant que le Parlement a mis l’accent sur la promotion de la santé lorsqu’il a adopté les dispositions législatives contestées. Il est possible d’encourager le recours aux tests génétiques autrement qu’en offrant des incitatifs financiers; la présente affaire nous en offre un exemple sans incitatifs financiers. Bien qu’il ait reconnu que la décision de se soumettre à un test génétique est une décision personnelle, le Parlement a cherché à encourager les gens à prendre cette décision en éliminant les obstacles, par exemple les craintes en matière d’assurabilité, et à améliorer ainsi les conditions de santé à long terme de la population canadienne. L’élimination d’un obstacle et la création de mesures incitatives destinées à encourager le recours aux tests génétiques vont de pair — plutôt que de s’opposer — et ont pour effet combiné d’améliorer la santé de la population canadienne.

[201] De plus, selon ma lecture du dossier, et comme on peut le voir dans l’extrait cité au par. 197, les domaines de l’assurance et de l’emploi constituaient les principaux secteurs d’intérêt. Selon le sénateur Cowan, « la crainte de ne pouvoir souscrire à une police d’assurance abordable pour soi ou pour sa famille ou de ne pouvoir trouver et garder un emploi ne devrait pas poser des obstacles à des Canadiens et les empêcher de profiter des extraordinaires avancées médicales issues de la révolution génétique. Elle ne devrait pas les empêcher non plus d’espérer améliorer leur état de santé et leur qualité de vie ». Il a ajouté que la « [l]a principale crainte des gens, c’est probablement l’effet des tests génétiques sur leur assurabilité » (*Débats du Sénat*, vol. 149, n° 32, 2^e sess., 41^e lég., 5 février 2014, p. 889). En outre, malgré une brève mention de la discrimination dans

briefly mentioned discrimination in legal proceedings and in adoption, it focused on the insurability and employability of persons following genetic tests.¹⁵ Moreover, Dr. Cohn's testimony, to which my colleague also refers, also focused on insurance and employment issues.¹⁶ Yet neither insurance nor employment is mentioned a single time within the appellant's account of the statute's purpose.

[202] On balance, these debates emphasize that while the amendments to the *CLC* and *CHRA* prohibit genetic discrimination, ss. 1 to 7 of the *Act* were included as a way to encourage Canadians to undergo genetic tests, by mitigating their fears that they would be misused, in particular in respect of insurance and employment.

(c) *Conclusion*

[203] When considering the whole of the record, and giving appropriate weight to intrinsic and extrinsic evidence of purpose, it is plain that the main goal of ss. 1 to 7 is not to combat discrimination based on genetic characteristics. Genetic discrimination may have been on the mind of parliamentarians, but it is not prohibited in the impugned provisions. Nor is their objective to control the use of private information revealed by genetic testing, which is secondary to the true purpose of the provisions. Rather, the true aim of the provisions is to regulate contracts, particularly contracts of insurance and employment, in order to encourage Canadians to undergo genetic

le contexte des procédures judiciaires et de l'adoption, le témoignage de M^{me} Bombard, auquel fait référence ma collègue la juge Karakatsanis dans ses motifs, met l'accent sur l'assurabilité et l'employabilité de personnes à la suite d'un test génétique¹⁵. Par ailleurs, le témoignage du D^r Cohn, auquel ma collègue fait également référence, met aussi l'accent sur des questions liées à l'assurance et à l'emploi¹⁶. Pourtant, ni l'assurance ni l'emploi ne sont mentionnés une seule fois dans l'exposé de l'appelante sur l'objet de la loi.

[202] Tout bien considéré, il ressort de ces débats que, si les modifications apportées au *Code* et à la *LCDP* interdisent la discrimination génétique, l'inclusion des art. 1 à 7 de la *Loi* visait à encourager la population canadienne à se soumettre à des tests génétiques en atténuant ses craintes que ces tests soient utilisés de façon inappropriée, en particulier en matière d'assurance et d'emploi.

c) *Conclusion*

[203] Lorsque l'on examine le dossier dans son ensemble et que l'on accorde l'importance qu'il se doit à la preuve intrinsèque et à la preuve extrinsèque concernant l'objet de la loi, il est manifeste que les art. 1 à 7 n'ont pas pour principal objectif de combattre la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques. Il se peut que la discrimination génétique ait fait partie des préoccupations des parlementaires, mais elle n'est pas interdite dans les dispositions contestées. Leur objectif n'est pas non plus de contrôler l'utilisation des renseignements personnels que révèle un test génétique, objectif secondaire par rapport à l'objet véritable des dispositions. Ces

¹⁵ See *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 11, 2nd Sess., 41st Parl., October 2, 2014, at pp. 11:91 to 11:96; Y. Bombard, *Written testimony to the Standing Senate Committee on Human Rights regarding Bill S-201, An Act to Prohibit and Prevent Genetic Discrimination*, February 29, 2016, reproduced in R.R. (AGC), vol. XII, at p. 25; *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 8, at p. 148.

¹⁶ See *Proceedings of the Standing Senate Committee on Human Rights*, No. 11, at pp. 11:88 to 11:96; House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 36, 1st Sess., 42nd Parl., November 22, 2016, at pp. 12-13.

¹⁵ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n° 11, 2^e sess., 41^e lég., 2 octobre 2014, p. 11:91 à 11:96; Y. Bombard, *Written testimony to the Standing Senate Committee on Human Rights regarding Bill S-201, An Act to Prohibit and Prevent Genetic Discrimination*, 29 février 2016, reproduit dans d.i. (PGC), vol. XII, p. 25; *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 8, p. 148.

¹⁶ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des droits de la personne*, n° 11, p. 11:88 à 11:96; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 36, 1^{re} sess., 42^e lég., 22 novembre 2016, p. 12-13.

tests without fear that those tests will be misused so that their health can ultimately be improved.

(2) The Effects of the Impugned Provisions

[204] Effects are relevant to the validity of a law “in so far as they reveal its pith and substance” (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 23). While all the intended effects of a law are relevant at this stage of the analysis, one should not lose sight of the fact that the point of the pith and substance inquiry is to measure the dominant characteristics of ss. 1 to 7 of the *Act*. As such, the immediate effects of the provisions are relevant, not the indirect or speculative effects.

[205] In my view, the dominant effects of the impugned provisions concern the regulation of insurance and the promotion of health rather than the protection of privacy and autonomy or the prevention of genetic discrimination.

(a) *Health, Privacy, and Autonomy*

[206] Both the definition of “genetic test” in s. 2 and the health-related character of the prohibitions in ss. 3 to 5 support the view, constantly referred to in the parliamentary record, that a dominant intended effect of the *Act* is an anticipated positive impact on the health of Canadians. Put simply, the contested provisions seek to improve the health of Canadians through the removal of a stumbling block: the fear that genetic tests will be misused.

[207] To be sure, the provisions do bear upon privacy and autonomy. As explained by the Court of Appeal, ss. 1 to 7 “render more difficult access to and use of [genetic] information” (para. 10). Indeed, ss. 4 and 5 of the *Act* undoubtedly grant individuals more control over their genetic information and thereby

dernières visent plutôt véritablement à réglementer les contrats, en particulier les contrats d’assurance et d’emploi, afin d’encourager la population canadienne à se soumettre à des tests génétiques sans craindre que ces tests soient utilisés de façon inappropriée, et ce, afin d’améliorer sa santé.

(2) Les effets des dispositions contestées

[204] Les effets sont pertinents pour déterminer si une loi est valide, « dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23). Si tous les effets recherchés par une loi sont pertinents à cette étape de l’analyse, il ne faut pas perdre de vue que l’analyse relative au caractère véritable vise à évaluer les caractéristiques principales des art. 1 à 7 de la *Loi*. Ainsi, ce sont les effets immédiats des dispositions en cause qui sont pertinents, et non les effets indirects ou hypothétiques.

[205] À mon avis, les effets principaux des dispositions contestées portent sur la réglementation en matière d’assurance et la promotion de la santé plutôt que sur la protection de la vie privée et de l’autonomie ou la prévention de la discrimination génétique.

a) *La santé, la vie privée et l’autonomie*

[206] Tant la définition de « test génétique » énoncée à l’art. 2 que le fait que les interdictions établies par les art. 3 à 5 soient liées à la santé soutiennent le point de vue, qui ressort constamment des travaux parlementaires, selon lequel la *Loi* cherche principalement à avoir une incidence positive sur la santé des Canadiens et Canadiennes. En termes simples, les dispositions contestées cherchent à améliorer la santé de la population canadienne en éliminant un obstacle, soit la crainte que les tests génétiques soient utilisés de façon inappropriée.

[207] Il n’y a aucun doute que les dispositions en cause ont une incidence sur la vie privée et l’autonomie. Comme l’a expliqué la Cour d’appel, les art. 1 à 7 « rendent plus difficiles l’accès [aux] renseignements [génétiques] ainsi que leur utilisation » (par. 10). D’ailleurs, les art. 4 et 5 de la *Loi*

ensure, to some extent, that they can protect their informational privacy. Allowing people to maintain control over their genetic information promotes a sense of security and autonomy and, at the same time, protects their dignity and psychological security.

[208] The impugned provisions do not, however, prevent the misuse of the results of a genetic test if they are obtained lawfully, nor do they protect genetic information coming from other sources. As a result, while I do not dispute that the impugned provisions provide a measure of control to individuals over the results of health-related genetic tests, the focus on this narrow category of testing and only on genetic information derived from such tests affords incomplete protection to Canadians regarding their privacy and autonomy.

[209] Indeed, the definition of “genetic test” and the conditions placed on contracts and the provision of services indicate plainly that health improvement is the dominant effect sought by ss. 1 to 7 of the *Act*. The privacy interest, say, relevant in respect of a genetic test undertaken to determine one’s ancestry is not engaged by the health-linked definition of “genetic test”. The autonomy concern engaged by a non-medical genetic test undertaken to determine parental lineage, for example, is left outside the purview of the *Act*. The effects on privacy spoken to in ss. 1 to 7 only exist to the extent they promote health by removing the fear, for contracts and the provision of goods and services, that health-linked genetic tests may be misused in that context.

[210] All information about one’s health — whether it is gathered from a blood test, a physical examination, or family history — is considered private. To protect the privacy of health information gathered

permettent indubitablement aux personnes d’exercer un plus grand contrôle sur leurs renseignements génétiques et font ainsi en sorte, dans une certaine mesure, que celles-ci puissent protéger la confidentialité de leurs renseignements personnels. Permettre aux gens de garder un certain contrôle sur leurs renseignements génétiques favorise un sentiment de sécurité et d’autonomie, et protège en même temps leur dignité et leur sécurité psychologique.

[208] Les dispositions contestées n’empêchent pas, cependant, un usage inapproprié des résultats d’un test génétique s’ils sont obtenus légalement, et ne protègent pas non plus les renseignements génétiques provenant d’autres sources. De ce fait, bien que je ne nie pas que les dispositions contestées permettent aux personnes d’exercer un certain contrôle sur les résultats de tests génétiques liés à la santé, l’accent mis sur cette catégorie restreinte de tests et seulement sur les renseignements génétiques issus de tels tests a pour effet d’accorder une protection incomplète à la population canadienne en ce qui a trait à la vie privée et à l’autonomie.

[209] En effet, la définition de « test génétique » et les conditions imposées en ce qui a trait aux contrats et à la fourniture de services indiquent clairement que l’amélioration de la santé constitue l’effet principal recherché par les art. 1 à 7 de la *Loi*. L’intérêt en matière de vie privée qui est pertinent à l’égard d’un test génétique visant à déterminer l’ascendance d’une personne, par exemple, n’est pas mis en jeu par la définition de « test génétique » liée à la santé. La préoccupation relative à l’autonomie que suscite un test génétique à caractère non médical effectué pour déterminer la filiation, par exemple, ne tombe pas sous le coup de la *Loi*. Les effets sur la vie privée dont il est question aux art. 1 à 7 n’existent que dans la mesure où ces dispositions favorisent la santé en supprimant la crainte, relativement aux contrats et à la fourniture de biens et services, que les tests génétiques liés à la santé puissent être utilisés de façon inappropriée dans ce contexte.

[210] Tout renseignement sur la santé d’une personne — qu’il soit recueilli par une analyse sanguine, un examen physique ou des antécédents familiaux — est considéré comme privé. La protection du

from genetic tests is a necessary corollary of the promotion of these tests to improve health. Here, the protection of privacy does not extend beyond what is necessary to promote health: the protection from forced disclosure of genetic information is limited to information pertaining to health, and deliberately excludes other genetic information. This supports the conclusion that the effects of the impugned provisions on privacy are incidental to the promotion of health. On balance, they stand second to the effects on health.

(b) *Genetic Discrimination*

[211] In defining the effects of the law, it is useful to note what the law does not prohibit. As explained above, a thorough analysis of the *Act* reveals that ss. 1 to 7 do not prohibit genetic discrimination. However, the *Act* does make access to genetic information more difficult when that information is sought in connection with a contract or the provision of goods and services. In that sense, the *Act* inhibits certain opportunities to discriminate based on genetic characteristics and, as such, could be said to prevent genetic discrimination. But discrimination based on genetic characteristics, explicitly prohibited in s. 9 of the *Act* through an amendment to the *CHRA*, is not spoken to in ss. 1 to 7.

[212] By prohibiting anyone from requiring another to undergo genetic testing and to disclose the results of a genetic test as preconditions to entering into contracts or providing goods and services, ss. 1 to 7 only have the indirect effect of preventing circumstances from arising that could later expose individuals to the threat of discrimination. Quite simply, if genetic information is not disclosed to a person, this person has no opportunity to discriminate on its basis, as explained by my colleague Justice Karakatsanis at para. 56.

caractère privé des renseignements médicaux issus de tests génétiques est nécessairement le corollaire de la promotion de ces tests en vue d'améliorer la santé. En l'espèce, la protection de la vie privée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour promouvoir la santé : la protection contre la communication forcée de renseignements génétiques se limite à l'information liée à la santé et exclut délibérément d'autres renseignements génétiques. Cela soutient la conclusion selon laquelle les effets qu'ont les dispositions contestées sur la vie privée sont accessoires à la promotion de la santé. Tout bien considéré, ils sont secondaires par rapport aux effets sur la santé.

b) *La discrimination génétique*

[211] Lorsqu'on précise les effets de la loi, il est utile de souligner ce que celle-ci n'interdit pas. Comme je l'ai expliqué précédemment, une analyse minutieuse de la *Loi* révèle que les art. 1 à 7 n'interdisent pas la discrimination génétique. Cependant, la *Loi* rend effectivement l'accès aux renseignements génétiques plus difficile lorsque ces renseignements sont recherchés relativement à un contrat ou à la fourniture de biens et services. En ce sens, la *Loi* fait obstacle à certaines possibilités de discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques et, pour cette raison, elle pourrait être considérée comme prévenant la discrimination génétique. Cependant, il n'est pas question aux art. 1 à 7 de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, laquelle est explicitement interdite à l'art. 9 de la *Loi* par une modification à la *LCDP*.

[212] En interdisant à quiconque d'obliger une personne à se soumettre à un test génétique et à en communiquer les résultats comme conditions préalables à la conclusion de contrats ou à la fourniture de biens et services, les art. 1 à 7 ont seulement pour effet indirect de prévenir l'apparition de circonstances susceptibles d'exposer une personne à la menace de la discrimination dans l'avenir. Si des renseignements génétiques ne sont pas communiqués à une personne, cette dernière n'a tout simplement pas la possibilité d'exercer une discrimination fondée sur ceux-ci, comme l'explique ma collègue la juge Karakatsanis au par. 56.

[213] However, while ss. 1 to 7 purport to prevent discrimination, the prohibitions allow discrimination to persist in numerous respects. Should the results of a genetic test be obtained lawfully, either because they are part of medical records or because an individual consents to their disclosure, there is no prohibition on discrimination on this basis. Moreover, genetic information that comes from sources other than a genetic test, such as family histories, blood tests, or voluntary disclosure, could lawfully be used for discriminatory purposes. The impugned provisions do *nothing* to prevent discrimination based on genetic information from such sources.

[214] I therefore conclude, first, that the impugned provisions do not directly prohibit discrimination and, second, that while ss. 1 to 7 may have an incidental effect of granting individuals some control over their genetic information and thus preventing some discriminatory behaviour from occurring, neither of these effects can be said to be the primary effect of the legislation. Rather, as the Attorney General of Canada asserts, the provisions' focus is on controlling the exchange of information obtained through specific means in relation to contracts and the provision of goods and services.

(c) *Insurance Contracts*

[215] While ss. 1 to 7 speak to all contracts and provision of goods and services generally, I agree with the Court of Appeal that the dominant effects of the contested provisions — both legally and practically — bear on the insurance industry (para. 8). Legally, they represent a departure from the provincial law of insurance and human rights legislation in Canada; practically, the insurance market will be affected by the incomplete information insurers receive from some policy-holders. Indeed, as explained above, this is bolstered by the fact that parliamentarians were deeply concerned that Canadians were

[213] Cependant, bien que les art. 1 à 7 visent à prévenir la discrimination, les interdictions qui y sont établies permettent à la discrimination de persister à de nombreux égards. Si les résultats d'un test génétique sont obtenus légalement, soit parce qu'ils figurent dans des dossiers médicaux, soit parce que la personne visée consent à leur communication, rien n'interdit la discrimination basée sur ces renseignements. De plus, les renseignements génétiques provenant de sources autres qu'un test génétique, comme les antécédents familiaux, les analyses sanguines ou la communication volontaire, peuvent être utilisés en toute légalité à des fins discriminatoires. Les dispositions contestées ne font *rien* pour prévenir la discrimination fondée sur les renseignements génétiques provenant de telles sources.

[214] Je formule donc deux conclusions à cet égard. Premièrement, les dispositions contestées n'interdisent pas directement la discrimination. Deuxièmement, bien que les art. 1 à 7 puissent avoir pour effet accessoire de permettre aux personnes d'exercer un certain contrôle sur leurs renseignements génétiques et de prévenir ainsi certains comportements discriminatoires, aucun de ces effets ne peut être considéré comme l'effet principal de ces dispositions. Comme l'affirme le procureur général du Canada, elles cherchent plutôt à contrôler l'échange de renseignements obtenus par des moyens précis dans le contexte des contrats et de la fourniture de biens et services.

c) *Les contrats d'assurance*

[215] Même si les art. 1 à 7 portent, de manière générale, sur l'ensemble des contrats et de la fourniture de biens et services, je suis d'accord avec la Cour d'appel que les effets principaux des dispositions contestées — tant sur le plan juridique que pratique — concernent le secteur des assurances (par. 8). Sur le plan juridique, ces dispositions s'écartent du droit provincial des assurances et des lois relatives aux droits de la personne au Canada. Sur le plan pratique, les renseignements incomplets que les assureurs reçoivent de la part de certains titulaires de police auront une incidence sur le marché des

making poor choices about their health because of insurance-related concerns.

[216] Insurance contracts, in both the common law and the civil law, require utmost good faith from both parties (see D. Boivin, *Insurance Law* (2nd ed. 2015), at p. 129; and D. Lluellas, *Droit des assurances terrestres* (6th ed. 2017), at pp. 31-35). As a result, the principle of equal information, according to which material information must be disclosed, is central to insurance contracts.

[217] Section 4 of the *Act* — which allows individuals who have undergone genetic tests to enter into contracts without having to disclose the results of those tests — represents a departure from this well-established principle. It allows individuals to choose to provide favourable genetic test results to insurers while allowing others to retain unfavourable ones, thus permitting some people to take advantage of the provisions to enter into an insurance contract even though they are aware of a material risk that has not been divulged to the insurer. This could have significant impacts on premiums across the pool of policy-holders, as insurers attempt to transfer the risk of non-disclosure to other policy-holders.

[218] Moreover, the impugned provisions affect the applicability of human rights legislation across the country. Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12, offers one example. The *Quebec Charter* protects against discrimination based on handicap in the realm of contracts (ss. 10, 12 and 13). However, it also specifies that, in insurance contracts, “the use of health as a risk determination factor does not constitute discrimination” (s. 20.1 para. 2). Consequently, the *Quebec Charter* exempts the use of certain health information which could materially influence insurers' decisions, even though such use might be found discriminatory in

assurances. En effet, comme je l'ai expliqué précédemment, cette conclusion est renforcée par les préoccupations importantes des parlementaires que les Canadiens et Canadiennes faisaient de mauvais choix en matière de santé en raison d'inquiétudes liées au domaine de l'assurance.

[216] Les contrats d'assurance, tant en common law qu'en droit civil, exigent que les deux parties fassent preuve de la bonne foi la plus absolue (voir D. Boivin, *Insurance Law* (2^e éd. 2015), p. 129; et D. Lluellas, *Droit des assurances terrestres* (6^e éd. 2017), p. 31-35). En conséquence, le principe des renseignements égaux voulant que les renseignements importants doivent être communiqués est au cœur des contrats d'assurance.

[217] L'article 4 de la *Loi* — selon lequel les personnes ayant passé des tests génétiques peuvent conclure des contrats sans avoir à communiquer les résultats de ces tests — s'écarte de ce principe bien établi. Il permet à des gens de décider de communiquer aux compagnies d'assurance les résultats favorables de tests génétiques tout en permettant à d'autres de ne pas révéler les résultats défavorables de tels tests. Certaines personnes peuvent donc tirer profit de ces dispositions et conclure un contrat d'assurance tout en étant au courant d'un risque important qui n'a pas été révélé à l'assureur. Cela pourrait avoir des répercussions considérables sur les primes d'assurance de l'ensemble des titulaires de police, puisque les assureurs tenteront de transférer le risque de la non-communication à d'autres titulaires de police.

[218] En outre, les dispositions contestées influencent l'applicabilité des lois relatives aux droits de la personne partout au pays. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12, en est un exemple. La *Charte québécoise* protège contre la discrimination fondée sur le handicap dans le domaine contractuel (art. 10, 12 et 13). Cependant, elle prévoit aussi que, dans les contrats d'assurance, « l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination » (art. 20.1 al. 2). La *Charte québécoise* établit donc une exception à l'égard de l'utilisation de certains renseignements médicaux qui pourraient

other realms. It bears recalling that the impugned provisions do not prohibit an insurer from using the results of a genetic test if they are obtained lawfully. Nonetheless, the *Act's* provisions counter the purpose behind the exception for the use of health as risk determination factor found in s. 20.1 para. 2 of the *Quebec Charter*.

[219] Similar exceptions for discrimination in the insurance context exist in human rights legislation across the country (see, e.g., Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 22).

[220] In my view, the impugned provisions upset the balance struck by provincial law concerning the respective obligations of insurers and insured persons in relation to disclosure of information. Indeed, these provisions mean that insured persons can circumvent certain exemptions in human rights legislation, and do not have to disclose any results of a genetic test, even if this information is relevant to insurability, risk appraisal, or amount of premium charged (see, e.g., *Civil Code of Québec*, art. 2408).

(3) Conclusion

[221] I agree with the Court of Appeal that the aim of the impugned provisions is to remove the fear that information from genetic tests could serve discriminatory purposes in the provision of goods and services, in particular in insurance contracts, in order to encourage Canadians to avail themselves of those tests, should they so wish. This is done with a view to improve health by making people aware of their pre-existing medical conditions and hoping that they take precautionary steps. On my reading of her opinion, my colleague Justice Karakatsanis appears to agree that health dominates the discussion, given that health is at the heart of her analysis on the classification of the impugned provisions. Similarly, my

influencer sensiblement les décisions des assureurs, et ce, même si une telle utilisation pourrait être jugée discriminatoire dans d'autres contextes. Je rappelle que les dispositions contestées n'interdisent pas à une compagnie d'assurance d'utiliser les résultats d'un test génétique si ces résultats sont obtenus de façon légale. Néanmoins, les dispositions de la *Loi* viennent contrecarrer l'objet qui sous-tend l'exception relative à l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque énoncée à l'art. 20.1 al. 2 de la *Charte québécoise*.

[219] Des exceptions semblables concernant la discrimination dans le contexte de l'assurance figurent dans les lois relatives aux droits de la personne partout au pays (voir p. ex. *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 22).

[220] À mon avis, les dispositions contestées rompent l'équilibre établi par le droit provincial en ce qui a trait aux obligations respectives des assureurs et des personnes assurées quant à la communication de renseignements. En effet, ces dispositions font en sorte que les personnes assurées peuvent contourner certaines exceptions établies par les lois relatives aux droits de la personne et n'ont pas à communiquer les résultats d'un test génétique, même s'il s'agit de renseignements pertinents à l'égard de l'assurabilité, de l'appréciation du risque ou du montant de la prime perçue (voir, p. ex., *Code civil du Québec*, art. 2408).

(3) Conclusion

[221] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les dispositions contestées visent à supprimer la crainte que des renseignements issus de tests génétiques puissent servir à des fins discriminatoires dans la fourniture de biens et services, en particulier dans les contrats d'assurance, afin d'encourager la population canadienne à recourir à de tels tests si elle le souhaite. Leur but est d'améliorer la santé des gens en leur permettant d'être informés de leurs problèmes de santé préexistants et en espérant qu'ils prendront les mesures de précaution nécessaires. Selon ma lecture de ses motifs, ma collègue la juge Karakatsanis semble convenir que la santé domine le débat, vu que cette question est au cœur de son

colleague Justice Moldaver also considers health to be central to this case.

[222] In terms of whether the pith and substance is to combat discrimination based on the results of genetic tests, I must respectfully disagree with my colleague Justice Karakatsanis. While Parliament could have chosen to directly target discrimination in ss. 1 to 7 of the *Act*, those provisions instead tolerate discrimination on the basis of genetic characteristics so long as the genetic testing and disclosure of the results thereof were made lawfully or so long as tests are undertaken for non-health reasons. This is particularly obvious when ss. 1 to 7 are contrasted with the amendments to the *CLC* and to the *CHRA*. Genetic discrimination therefore cannot be at the centre of ss. 1 to 7's pith and substance.

[223] I must also respectfully disagree with Justice Moldaver that the pith and substance is focused on the control that individuals have over the information revealed by genetic tests. The protection of privacy and autonomy granted in the impugned provisions is only present as a necessary corollary of the promotion of health, since they apply only to a narrow health-based definition of genetic tests. As such, the control granted to individuals over the information revealed by genetic testing stands second — both in terms of purpose and effects — to Parliament's overarching objective of encouraging the well-being of Canadians. As a result, and recalling that genetic information revealed through other means is not protected, it also cannot form part of the pith and substance of the impugned provisions.

[224] Finally, the regulation of contracts and the provision of goods and services appropriately forms part of the pith and substance. The impugned prohibitions focus solely on situations concerning a “contract or agreement” or “providing goods or services”:

analyse relative à la classification des dispositions contestées. De même, mon collègue le juge Moldaver considère également que la santé est au centre de la présente affaire.

[222] Respectueusement, je suis en désaccord avec ma collègue la juge Karakatsanis sur la question de savoir si le caractère véritable est de combattre la discrimination fondée sur les résultats de tests génétiques. Même si le Parlement aurait pu décider de viser directement la discrimination aux art. 1 à 7 de la *Loi*, ces dispositions tolèrent plutôt la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, dans la mesure où les tests génétiques et la communication de leurs résultats ont été effectués légalement ou dans la mesure où les tests sont réalisés pour des raisons non liées à la santé. Cela est particulièrement évident si l'on compare les art. 1 à 7 aux modifications apportées au *Code* et à la *LCDP*. La discrimination génétique ne peut donc être au cœur du caractère véritable des art. 1 à 7.

[223] Je dois aussi respectueusement exprimer mon désaccord avec le juge Moldaver pour qui le caractère véritable est axé sur le contrôle que les personnes exercent sur les renseignements révélés par les tests génétiques. La protection de la vie privée et de l'autonomie accordée par les dispositions contestées ne constitue qu'un corollaire nécessaire à la promotion de la santé puisque les dispositions ne s'appliquent qu'à une définition des tests génétiques étroite et axée sur la santé. Ainsi, le contrôle que peuvent exercer les personnes sur les renseignements que révèlent les tests génétiques est secondaire — tant sur le plan de l'objet que sur celui des effets — par rapport à l'objectif primordial du Parlement d'encourager le bien-être de la population canadienne. Par conséquent, et étant donné que les renseignements génétiques révélés par d'autres moyens ne sont pas protégés, ce contrôle ne peut pas faire partie du caractère véritable des dispositions contestées.

[224] Enfin, la réglementation des contrats et de la fourniture de biens et services fait partie, à juste titre, du caractère véritable. Les dispositions contestées mettent l'accent uniquement sur les situations qui concernent un « contrat ou une entente » ou le fait

indeed, ss. 3(1) and (2), 4(1) and (2), and 5 all refer explicitly to these concepts. As such, the regulation of contracts and the provision of goods and services is an integral part of the legislation in that it is the heart of what the impugned provisions do.

[225] I would add that even if the regulation of contracts and of the provision of goods and services was merely the “means” used by Parliament, those means would be so intimately tied to the objective to improve health that they would rightly form part of the pith and substance (Moldaver J.’s reasons, at para. 116). While courts must of course be careful not to confuse the law’s purpose with the means chosen to achieve it, this caution does not lead to the conclusion that any reference to “means” is problematic (see *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25). In *Ward*, the Court found that the challenged provision’s purpose was to prevent the harvesting of seals (para. 20). The respondent’s argument that the provision was directed at “regulat[ing] the property and processing of a harvested seal product” confused purpose and means because, “[v]iewed in the context of the legislation as a whole and the legislative history, there [was] nothing to suggest that Parliament was trying to regulate the local market for trade of seals and seal products” (para. 25).

[226] As a result, understood in its proper context, I do not read *Ward* as standing for the proposition that “means” cannot be important to the legislative objective in some cases. The pith and substance of a law, after all, is also conceptualized as “[w]hat is the essence of what the law does and how does it do it?” (*Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, at para. 16). It is therefore possible that its dominant characteristic is closely tied-up in means; indeed, a clear distinction between means and ends will often not be apparent. As such, even the “prohibit[ion] [of] conduct that undermines individuals’ control over the intimate information revealed by genetic testing” could be understood as the mere means used by Parliament to “protect health” (Moldaver J.’s reasons, at para. 111). In this case, the

de « fournir des biens ou des services » : en effet, les par. 3(1) et 3(2), 4(1) et 4(2), et l’art. 5 renvoient tous explicitement à ces concepts. La réglementation des contrats et de la fourniture de biens et services fait donc partie intégrante de la loi en ce sens qu’elle est au cœur de ce que les dispositions contestées font.

[225] J’ajouterais que, même si la réglementation des contrats et de la fourniture de biens et services n’était qu’un simple « moyen » utilisé par le Parlement, ce moyen serait si intimement lié à l’objectif d’améliorer la santé qu’il ferait partie à juste titre du caractère véritable (motifs du juge Moldaver, par. 116). Bien que les tribunaux doivent évidemment faire attention de ne pas confondre l’objet de la loi avec les moyens choisis pour réaliser cet objet, cette mise en garde ne mène pas à la conclusion selon laquelle toute mention des « moyens » est problématique (voir *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25). Dans l’arrêt *Ward*, la Cour a conclu que l’objet de la disposition contestée était d’empêcher la capture des phoques (par. 20). L’argument de l’intimé voulant que la disposition visait à « réglementer la propriété et la transformation d’un produit de phoque capturé » confondait l’objet avec les moyens choisis, car « [d]’après le contexte de la mesure législative dans son ensemble et son historique législatif, rien n’indiqu[ait] que le Parlement tentait de réglementer le marché local du commerce du phoque et des produits du phoque » (par. 25).

[226] Par conséquent, lorsque je l’interprète dans son contexte, je ne considère pas que l’arrêt *Ward* appuie la proposition selon laquelle les « moyens » ne peuvent pas être importants au regard de l’objectif de la loi dans certains cas. Le caractère véritable d’une loi, après tout, est aussi conceptualisé par la question suivante : « Quel est le caractère essentiel de l’objectif recherché par la loi et de quelle façon cet objectif est-il atteint? » (*Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 16). Il est donc possible que sa caractéristique principale soit étroitement liée aux moyens; en effet, une distinction claire entre les moyens et les fins visées ne sera pas toujours apparente. Même « [le fait de] prohib[er] des conduites qui amenuisent le contrôle que peuvent exercer les gens sur les renseignements

regulation of contracts and the provision of goods and services was at the forefront of parliamentarians' minds, are central to the impugned provisions, and are caught up in the expression of legislative purpose.

[227] As a result of the foregoing, in my view, the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to regulate contracts and the provision of goods and services, in particular contracts of insurance and employment, by prohibiting some perceived misuses of one category of genetic tests, the whole with a view to promoting the health of Canadians.

B. *Classification: Does the Pith and Substance of the Impugned Provisions Fall Under the Section 91(27) Criminal Law Power?*

[228] I agree with my colleagues that the sole issue at the classification stage is whether Parliament was authorized to enact the impugned provisions under the criminal law power conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. As I will explain, Parliament exceeded its jurisdiction, as the impugned provisions, in pith and substance, fall squarely within provincial jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13).

(1) Scope of the Criminal Law Power

[229] A law will be properly categorized as valid criminal law if three essential elements are satisfied: a prohibition, a penalty related to that prohibition, and a valid criminal law purpose (see *Margarine Reference*, at pp. 49-50). The first two elements are formal requirements while the third is substantive. This tripartite test ensures Parliament cannot use its authority improperly to invade upon provinces' areas of competence, thus ensuring the balance of federalism is respected (see *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 78; *Canadian Western*

intimes que révèlent les tests génétiques » pourrait donc être interprétée comme le simple moyen utilisé par le Parlement pour « prot[éger] la santé » (motifs du juge Moldaver, par. 111). En l'espèce, la réglementation des contrats et de la fourniture de biens et services était au premier plan des préoccupations des parlementaires, est au cœur des dispositions contestées et est visée par l'expression de l'objet législatif.

[227] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que le caractère véritable des art. 1 à 7 de la *Loi* consiste à réglementer les contrats et la fourniture de biens et services, en particulier les contrats d'assurance et d'emploi, en interdisant ce qui peut être perçu comme des usages inappropriés d'une catégorie de tests génétiques, et ce, dans le but de promouvoir la santé de la population canadienne.

B. *Classification : Le caractère véritable des dispositions contestées relève-t-il de la compétence en matière de droit criminel établie au par. 91(27)?*

[228] Mes collègues et moi convenons que la seule question à l'étape de la classification est celle de savoir si le Parlement était autorisé à adopter les dispositions contestées en vertu de la compétence en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l'expliquerai plus loin, le Parlement a outrepassé sa compétence puisque, par leur caractère véritable, les dispositions contestées relèvent pleinement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils prévue au par. 92(13).

(1) La portée de la compétence en matière de droit criminel

[229] Une loi sera classifiée à bon droit comme étant une loi criminelle valide si trois éléments essentiels sont réunis : une interdiction, une sanction liée à cette interdiction et un objet valide de droit criminel (voir *Renvoi sur la margarine*, p. 49-50). Les deux premiers éléments constituent des exigences formelles alors que le troisième est une exigence de fond. Ce critère à trois volets permet d'empêcher que le Parlement utilise son pouvoir de manière inappropriée pour empiéter sur les domaines de compétence des provinces, et permet donc le respect de

Bank, at para. 24; *Firearms Reference*, at paras. 26 and 53). As McLachlin C.J. explained in the *AHRA Reference*, “a limitless definition [of the criminal law power] has the potential to upset the constitutional balance of federal-provincial powers” and thus “extensions that have the potential to undermine the constitutional division of powers should be rejected” (para. 43).

[230] As the parties all agree, the impugned provisions satisfy the formal requirements of a criminal law. The only issue concerns whether they are supported by the third requirement, a valid criminal law purpose. My colleague Justice Karakatsanis and I have different views of this requirement, and we accordingly reach different conclusions on whether it is satisfied. Our respective views of the matter — which find echo in the disagreement at the heart of the *AHRA Reference* — cannot be said to have no impact on the result of this case.

(2) Criminal Law Purpose

[231] In the *Margarine Reference*, Rand J., whose reasoning was adopted by the Privy Council in *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, explained the substantive “criminal law purpose” requirement:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

...

Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to

l'équilibre du fédéralisme (voir *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 78; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 24; *Renvoi sur les armes à feu*, par. 26 et 53). Comme l'a expliqué le juge en chef McLachlin dans le *Renvoi relatif à la LPA*, « une définition sans balises [de la compétence en matière de droit criminel] est susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel entre pouvoirs fédéraux et provinciaux » et, par conséquent, « il faut mettre au rencart tout accroissement susceptible de compromettre le partage constitutionnel des pouvoirs » (par. 43).

[230] Toutes les parties conviennent que les dispositions contestées respectent les exigences formelles propres aux règles de droit criminel. La seule question qui se pose est celle de savoir si elles répondent à la troisième exigence, soit un objet valide de droit criminel. Ma collègue la juge Karakatsanis et moi avons des points de vue divergents à propos de cette exigence, et nous parvenons donc à des conclusions différentes sur la question de savoir si elle est respectée. On ne saurait dire que nos opinions respectives sur le sujet — qui trouvent écho dans le désaccord au cœur du *Renvoi relatif à la LPA* — n'ont aucune incidence sur l'issue de la présente affaire.

(2) L'objet de droit criminel

[231] Dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand, dont le raisonnement a été adopté par le Conseil privé dans l'arrêt *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, a expliqué l'exigence de fond relative à l'« objet de droit criminel » :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

...

L'interdiction est-elle alors promulguée en vue d'un objectif public qui peut lui donner un fondement la

criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law [Emphasis added; pp. 49-50.]

Accordingly, it is not sufficient that Parliament merely wishes to legislate with respect to some public purpose. Rather, the impugned legislation must also be directed at an “evil or injurious or undesirable effect upon the public”.

[232] I disagree with the appellant that the word “evil” — the traditional measure of the criminal law in this context — is unhelpful in the classification analysis. Rather, the concept of “evil” is necessary to remind Parliament that mere undesirable effects are not sufficient for legislation to have a criminal purpose, contrary to my colleague’s suggestion (see Karakatsanis J.’s reasons, at para. 76). In my view, discarding this concept from the core of the criminal law purpose inquiry would be a dramatic change of course from this Court’s past jurisprudence. While the word “evil” may echo language drawn from another time, it has been used frequently in the modern law and it remains conceptually useful for courts to search for an evil before the criminal law purpose requirement is satisfied. Furthermore, to my ear, the French equivalent “*mal*” is perfectly current as a choice of word and I observe that other equivalent words such as “*fléau*” are also used for “evil” in the decided cases (see, e.g., *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 33).

[233] The words “some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed” point to a more precise idea than the protection of central moral precepts, in a broad sense: Parliament cannot act unless it seeks to suppress some threat. This threat itself must be well-defined and have ascertainable contours to constitute the valid subject-matter of criminal law pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It must also be real, in the sense that Parliament has a concrete basis and a reasoned apprehension of harm.

rattachant au droit criminel? La paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé et la moralité : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . . [Je souligne; p. 49-50.]

Par conséquent, il ne suffit pas que le Parlement souhaite simplement légiférer à l’égard d’un objectif public. Les dispositions législatives contestées doivent également viser un « mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public ».

[232] Je suis en désaccord avec l’appelante pour dire que le mot [TRADUCTION] « mal » (en anglais « *evil* »), — la mesure traditionnelle en droit criminel dans ce contexte — est inutile dans l’analyse relative à la classification. Au contraire, ce concept est nécessaire pour rappeler au Parlement que de simples effets indésirables ne sont pas suffisants pour qu’une loi ait un objet de droit criminel, malgré ce que laisse entendre ma collègue (voir motifs de la juge Karakatsanis, par. 76). À mon avis, écarter cette notion du cœur de l’analyse de l’objet de droit criminel constituerait un changement de cap radical par rapport à la jurisprudence antérieure de notre Cour. Bien que le mot « *evil* » renvoie à un langage d’une époque révolue, ce terme est fréquemment utilisé en droit moderne et, sur le plan conceptuel, il demeure utile que les tribunaux recherchent un mal pour que l’exigence relative à l’objet de droit criminel soit respectée. Par ailleurs, à mon sens, le mot « mal » est un équivalent tout à fait actuel pour « *evil* » et je constate que d’autres termes en français, par exemple « fléau », sont également utilisés comme homologues de « *evil* » dans la jurisprudence (voir, p. ex., *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 33).

[233] L’énoncé [TRADUCTION] « un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi » indique une idée plus précise que la protection de préceptes moraux fondamentaux au sens large : le Parlement ne peut agir sauf s’il cherche à supprimer une menace. La menace elle-même doit être bien définie et avoir des contours déterminables pour pouvoir valablement faire l’objet de dispositions de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle doit également être réelle, en ce sens que le Parlement doit avoir

To suggest otherwise would be to render the substantive requirement so vague as to be impractical as a measure of what amounts to criminal law for constitutional purposes.

[234] I draw from the *Margarine Reference* and LeBel and Deschamps JJ.’s reasons in the *AHRA Reference* that three questions must be confronted when determining whether a law rests upon a valid criminal law purpose. First, does the impugned legislation relate to a “public purpose”, such as public peace, order, security, health, or morality? Second, did Parliament articulate a well-defined threat to be suppressed or prevented by the impugned legislation (i.e. the “evil or injurious or undesirable effect upon the public”)? Third, is the threat “real”, in the sense that Parliament had a concrete basis and a reasoned apprehension of harm when enacting the impugned legislation? I will discuss each question in turn.

(3) Application

(a) *Do the Impugned Provisions Relate to a Public Purpose?*

[235] The first question courts must consider when determining whether impugned legislation has a valid criminal law purpose is whether the prohibition is in relation to a public purpose, such as public peace, order, security, health, or morality (see *Margarine Reference*, at p. 50). Notably, this is a non-exhaustive and broad list, and this first question is thus a relatively low bar to meet.

[236] My colleagues and I agree that the contested provisions can be said to relate to a public purpose: health. As I have concluded, the pith and substance of ss. 1 to 7 of the *Act* is to regulate contracts and the provision of goods and services, in particular

un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice. Suggérer qu’il en est autrement rendrait l’exigence de fond tellement vague qu’elle serait peu pratique comme mesure de ce qui équivaut à du droit criminel sur le plan constitutionnel.

[234] Il ressort à mon avis du *Renvoi sur la margarine* et des motifs énoncés par les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la LPA* qu’il faut répondre à trois questions au moment de décider si des dispositions législatives reposent sur un objet valide de droit criminel. Premièrement, les dispositions législatives contestées se rattachent-elles à un objectif public, par exemple la paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé ou la moralité? Deuxièmement, le Parlement a-t-il énoncé une menace bien définie à supprimer ou à prévenir au moyen des dispositions législatives contestées (c.-à-d., un [TRADUCTION] « mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public »)? Troisièmement, la menace est-elle « réelle », en ce sens que le Parlement avait un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice lorsqu’il a adopté les dispositions législatives contestées? Je vais examiner ces questions à tour de rôle.

(3) Application

a) *Les dispositions contestées se rattachent-elles à un objectif public?*

[235] La première question sur laquelle les tribunaux doivent se pencher lorsqu’ils sont appelés à déterminer si des dispositions législatives contestées ont un objet valide de droit criminel est celle de savoir si l’interdiction établie se rattache à un objectif public, par exemple la paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé ou la moralité (voir *Renvoi sur la margarine*, p. 50). Il convient de signaler qu’il s’agit là d’une énumération non exhaustive et large, de sorte que cette première question constitue une condition relativement peu exigeante à respecter.

[236] Je conviens avec mes collègues qu’il est possible d’affirmer que les dispositions contestées se rattachent à un objectif public : la santé. Comme je l’ai conclu, le caractère véritable des art. 1 à 7 de la *Loi* consiste à réglementer les contrats et la

contracts of insurance and employment, by prohibiting some perceived misuses of one category of genetic tests, the whole with a view to promoting the health of Canadians. Thus, there is a clear dimension related to health in the dominant character of the legislation. I recognize that the impugned provisions have an impact on privacy and autonomy but, as I have said, the scope of the definition of “genetic test” means that health is the primary character of the law and that privacy and autonomy are only derivatives thereof.

- (b) *Has Parliament Articulated a Well-Defined Threat to Be Suppressed or Prevented By the Impugned Legislation?*

[237] Parliament cannot use the criminal law power to address a vague threat. Rather, the legislation must be directed against “some evil or injurious or undesirable effect upon the public” and the legislature must have in mind “to suppress the evil or to safeguard the interest threatened”. As a result, Parliament must clearly articulate and define the scope of the threat it seeks to suppress. That is, it must articulate a precise threat with ascertainable contours. This requirement ensures that the scope of Parliament’s actions is limited to a specific problem, and it is particularly important in relation to matters that have provincial aspects, such as health, in order to preserve the balance of federal and provincial powers.

- (i) Health

[238] The appellant argues that, in this case, the protection and promotion of health is a valid criminal law purpose. This Court has certainly confirmed numerous times that laws aiming to prohibit conduct posing a threat to health satisfy the substantive component of the criminal law. However, this Court has never accepted that it is sufficient for the impugned provisions’ pith and substance to merely relate to health. To invoke *Rand J.*’s words once again, the impugned legislation must also involve suppressing

fourniture de biens et services, en particulier les contrats d’assurance et d’emploi, en interdisant ce qui peut être perçu comme des usages inappropriés d’une catégorie de tests génétiques, et ce, dans le but de promouvoir la santé de la population canadienne. Le caractère principal des dispositions comporte donc une dimension clairement liée à la santé. Je reconnais que les dispositions contestées ont une incidence sur la vie privée et l’autonomie, mais, comme je l’ai affirmé, la portée de la définition de « test génétique » signifie que la santé constitue le caractère premier de la loi et que la vie privée et l’autonomie n’en sont que des caractères secondaires.

- (b) *Le Parlement a-t-il énoncé une menace bien définie à supprimer ou à prévenir au moyen des dispositions législatives contestées?*

[237] Le Parlement ne peut utiliser sa compétence en matière de droit criminel pour contrer une menace vague. Les dispositions législatives doivent plutôt viser [TRADUCTION] « un mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public » et la législature doit avoir en vue « la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés ». Par conséquent, le Parlement doit énoncer et définir clairement la portée de la menace qu’il cherche à supprimer. Autrement dit, il doit énoncer une menace précise dont les contours sont déterminables. Cette exigence garantit que l’intervention du Parlement se limite à un problème précis, et elle revêt une importance particulière à l’égard de matières qui ont des aspects provinciaux, comme la santé, afin de préserver l’équilibre entre pouvoirs fédéraux et provinciaux.

- (i) La santé

[238] L’appelante soutient qu’en l’espèce, la protection et la promotion de la santé constitue un objet valide de droit criminel. Notre Cour a certainement confirmé à maintes reprises que les lois visant à interdire une conduite qui constitue une menace pour la santé respectent la composante de fond (aussi appelée élément ou volet matériel) du droit criminel. Cependant, la Cour n’a jamais accepté qu’il suffit que le caractère véritable des dispositions contestées se rattache à la santé. Pour reprendre encore une fois

an “evil or injurious or undesirable effect upon the public”.

[239] Consequently, I must respectfully disagree with the appellant on this point, substantially for the reasons of the Court of Appeal, at paras. 20 to 24. In short, there is no defined “public health evil” or threat to be suppressed. The objective of the impugned provisions is to foster or promote beneficial health practices. That is, the legislation seeks to encourage Canadians to undergo genetic testing, which may then result in better health outcomes.

[240] Yet, as the Court of Appeal explained at para. 21 of its reasons, the promotion of beneficial health services or practices is not a threat attracting criminal sanctions. In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, for example, the Court found that the dominant purpose of the relevant statute was not to punish conduct but to treat an illness such that, the legislation could not be said to be suppressing a threat (p. 138). Similarly, in *PHS*, this Court offered examples of valid health-related criminal law purposes: the prohibition of medical treatments that are “dangerous” or “socially undesirable” (para. 68). Encouraging the use of health-related genetic tests relates to neither of these categories.

[241] In the *AHRA Reference*, the Court divided, with McLachlin C.J. writing for herself and three judges; LeBel and Deschamps JJ., writing for themselves and two others; and Cromwell J., writing for himself. The majority of judges did agree on at least one point: the promotion of beneficial health practices alone is not sufficient for classification as criminal law (paras. 24, 26, 30, 33, 38 and 75-76, per McLachlin C.J., paras. 250-51, per LeBel and Deschamps JJ.). As explained by McLachlin C.J., there is a critical difference between a “public health problem” and a “public health evil”, and only the latter is subject to the criminal law (para. 55). I

les propos du juge Rand, la loi contestée doit également porter sur la suppression d’un [TRADUCTION] « mal ou [d’]un effet nuisible ou indésirable pour le public ».

[239] En conséquence, je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec l’appelante sur ce point, et ce, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d’appel aux par. 20 à 24. En bref, le Parlement n’a défini ni « mal pour la santé publique » ni menace à supprimer. Les dispositions contestées ont pour objectif de favoriser ou promouvoir des pratiques bénéfiques en matière de santé. En d’autres termes, la loi vise à encourager la population canadienne à se soumettre à un test génétique, ce qui peut ensuite mener à de meilleures conditions de santé.

[240] Néanmoins, comme l’a expliqué la Cour d’appel au par. 21 de ses motifs, la promotion de services ou pratiques bénéfiques en matière de santé ne constitue pas une menace donnant lieu à des sanctions pénales. Dans l’arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, par exemple, la Cour a conclu que la loi en cause n’avait pas pour objet principal de punir une conduite, mais de traiter une maladie, de sorte qu’elle ne pouvait être considérée comme ayant l’effet de supprimer une menace (p. 138). De même, dans l’arrêt *PHS*, notre Cour a donné des exemples d’objets valides de droit criminel liés à la santé : interdire les traitements médicaux « dangereux » ou « socialement répréhensible[s] » (par. 68). Encourager le recours aux tests génétiques liés à la santé ne se rattache ni à l’une ni à l’autre de ces catégories.

[241] Dans le *Renvoi relatif à la LPA*, la Cour était divisée, la juge en chef McLachlin s’exprimant en son nom et en celui de trois autres juges, les juges LeBel et Deschamps s’exprimant en leur nom et en celui de deux autres juges, et le juge Cromwell s’exprimant en son nom personnel. La majorité de la Cour s’est entendue sur au moins un point : la promotion de pratiques bénéfiques en matière de santé ne suffit pas à elle seule pour justifier une classification dans la catégorie du droit criminel (par. 24, 26, 30, 33, 38 et 75-76, la juge en chef McLachlin, par. 250-251, les juges LeBel et Deschamps). Comme l’a expliqué la juge en chef McLachlin, il existe une

therefore agree with the submission of the Attorney General of Canada on this point: “. . . mere reference to ‘health’ will not, in itself, be sufficient to ground a finding that a valid criminal law purpose is made out. More is required” (R.F., at para. 93).

[242] Consequently, the “promotion of health” in and of itself will simply not suffice at this stage. This no doubt explains why the Court of Appeal wrote that, whether one adopted the views of McLachlin C.J. or LeBel and Deschamps JJ., in the *AHRA Reference*, ss. 1 to 7 of the *Act* are *ultra vires* Parliament’s jurisdiction (see C.A. reasons, at para. 19). The record must reveal a well-defined threat (i.e. the “evil or injurious or undesirable effect upon the public”) to be suppressed or prevented by the impugned legislation. As my colleague Justice Karakatsanis notes, such threats may be as diverse as tobacco (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199); dangerous food products (*R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284); illicit drugs (*Malmö-Levine*); firearms (*Firearms Reference*); and toxic substances (*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213).

[243] My colleague Justice Moldaver writes that the impugned provisions are directed not at the promotion of health, but at the protection of individuals from health-related harms. In his view, the impugned provisions protect against deleterious effects on health that have resulted from Canadians foregoing genetic testing (paras. 116 and 140-43). In the circumstances of this case, however, any protection from health-related harms is present solely because it is a consequence of another objective: the promotion of better health outcomes for all Canadians. Contrary to McLachlin C.J.’s conclusion in the *AHRA Reference*, beneficial practices in our case are not “incidentally” permitted; rather, they are at the very core of the impugned legislation (para. 30). In other words, Parliament viewed genetic tests as

différence cruciale entre un « problème de santé publique » et un « mal pour la santé publique », et seul le second est assujéti au droit criminel (par. 55). Je souscris donc à l’observation du procureur général du Canada sur ce point : « . . . le simple fait d’affirmer qu’une loi touche à la “santé” ne suffit pas en soi à étayer une conclusion déclarant valide l’objet de droit criminel. Il en faut plus » (m.i., par. 93).

[242] Par conséquent, la « promotion de la santé », en soi, ne suffira tout simplement pas à cette étape. Ceci explique certainement pourquoi la Cour d’appel a écrit que les art. 1 à 7 de la *Loi* outrepassent la compétence du Parlement, que l’on adopte le point de vue de la juge en chef McLachlin ou celui des juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la LPA* (voir motifs de la C.A., par. 19). Le dossier doit révéler l’existence d’une menace bien définie (c.-à-d., un [TRADUCTION] « mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public ») à supprimer ou à prévenir au moyen des dispositions législatives contestées. Comme le fait observer ma collègue la juge Karakatsanis, il peut s’agir de menaces aussi diverses que le tabac (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199), les produits alimentaires dangereux (*R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284), les drogues illicites (*Malmö-Levine*), les armes à feu (*Renvoi sur les armes à feu*) et les substances toxiques (*R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213).

[243] Mon collègue le juge Moldaver écrit que les dispositions contestées ne visent pas la promotion de la santé, mais plutôt la protection des personnes contre des préjudices liés à la santé. À son avis, ces dispositions offrent une protection contre les effets néfastes sur la santé qui surviennent lorsque des personnes renoncent à se soumettre à des tests génétiques (par. 116 et 140-143). Cependant, dans les circonstances de cette affaire, toute protection contre des préjudices liés à la santé n’existe qu’en tant que conséquence d’un autre objectif : la promotion de meilleures conditions de santé pour l’ensemble de la population canadienne. Contrairement à ce que la juge en chef McLachlin a conclu dans le *Renvoi relatif à la LPA*, les pratiques bénéfiques en l’espèce ne sont pas « incidemment » ou accessoirement

beneficial, and therefore sought to remove barriers so Canadians could access them.

[244] I would highlight that the distinction between the promotion and protection of health is exactly why the substantive criterion of the criminal law is so important. Approaches where Parliament must merely respond “to a risk of harm to health” or an “injurious or undesirable effect” when enacting criminal law have the potential to upset the constitutional balance of powers in this field by greatly expanding Parliament’s ability to enact legislation over health practices (see Karakatsanis J.’s reasons, at paras. 95 and 101). After all, such a requirement could be satisfied in nearly all cases, since many beneficial health services may also involve injurious or undesirable effects (see U. Ogbogu, “The Assisted Human Reproduction Act Reference and the Thin Line Between Health and Crime” (2013), 22 *Constitutional Forum* 93, at pp. 95-96). LeBel and Deschamps JJ.’s conceptualization of the criminal law power in the *AHRA Reference* — which my colleague Justice Karakatsanis has rejected — is, in my view, the appropriate approach for courts to take because it helps guard against this possibility.

[245] In this sense, respectfully stated, Justice Karakatsanis’ approach is incompatible with LeBel and Deschamps JJ.’s opinion in the *AHRA Reference*.

[246] The question therefore remains: does the legislation in this case aim to suppress or prevent a well-defined threat to health? The appellant submits that the specific threat is the threat to health posed by the current lack of legal guarantees of genetic informational security. This leads to, it is said, some individuals making an unenviable choice between two options: undergoing a genetic test or entering into contracts. I do not dispute there is testimony before Parliament to that effect. This may indeed,

permisses; elles sont plutôt au cœur même des dispositions législatives contestées (par. 30). Autrement dit, le Parlement considèrerait les tests génétiques comme étant bénéfiques et a donc cherché à éliminer les obstacles pour que la population canadienne puisse y avoir accès.

[244] Je souligne que la distinction entre la promotion et la protection de la santé est justement la raison pour laquelle le volet matériel du droit criminel est si important. Les approches selon lesquelles le Parlement doit simplement répondre à un « risque de préjudice pour la santé » ou à un « effet nuisible ou indésirable » lorsqu’il adopte des règles de droit criminel sont susceptibles de rompre l’équilibre constitutionnel des pouvoirs dans ce domaine en élargissant considérablement la capacité du Parlement de légiférer sur les pratiques en matière de santé (voir motifs de la juge Karakatsanis, par. 95 et 101). Après tout, une telle exigence pourrait être remplie dans presque tous les cas puisque de nombreux services bénéfiques en matière de santé peuvent aussi avoir des effets nuisibles ou indésirables (voir U. Ogbogu, « The Assisted Human Reproduction Act Reference and the Thin Line Between Health and Crime » (2013), 22 *Forum constitutionnel* 93, p. 95-96). La conceptualisation de la compétence en matière de droit criminel des juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la LPA* — que ma collègue la juge Karakatsanis a rejetée — est, à mon avis, l’approche que les tribunaux devraient adopter parce qu’elle aide à éviter cette éventualité.

[245] En ce sens, et en tout respect, l’approche de la juge Karakatsanis est incompatible avec l’opinion formulée par les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la LPA*.

[246] La question demeure donc : la loi en l’espèce vise-t-elle à supprimer ou à prévenir une menace bien définie pour la santé? L’appelante soutient que la menace précise correspond à la menace pour la santé que constitue l’absence actuelle de garanties juridiques quant à la sécurité des renseignements génétiques. Cela amène, dit-on, certaines personnes à faire un choix peu enviable entre deux options : passer un test génétique ou conclure des contrats. Je ne conteste pas le fait qu’il existe des témoignages

as one observer said in the House of Commons, be a choice that no Canadian should have to make (*House of Commons Debates*, vol. 148, No. 140, 1st Sess., 42nd Parl., February 14, 2017, at p. 8955 (Michael Cooper)). Yet, even if I were to accept this argument, I do not see how it helps the appellant given the lack of connection between the pith and substance of the impugned provisions and this alleged threat. Quite simply, Parliament did not eliminate that choice with the impugned provisions.

[247] As explained above, ss. 1 to 7 do not prohibit genetic discrimination. While they may be said to have an indirect effect of preventing genetic discrimination from occurring in the first place, the primary objective of the provisions is not to prohibit or even to prevent genetic discrimination. Rather, the impugned provisions prohibit requiring a genetic test or the disclosure or use of the results in the conclusion of a contract or in the provision of goods and services, except where consent is given. Nothing in the record suggests that these prohibited activities should be regarded as conduct that is a threat to health.

[248] As the Attorney General of Canada argues, while the information obtained from a genetic test may be broader in scope, it is not qualitatively different from other medical information, such as information revealed from biopsies, family history, or blood tests, all of which can be obtained and used lawfully under the impugned provisions. Simply because genetic information is relatively novel does not mean that its collection, use, or disclosure constitutes a threat to health. Quite frankly, the collection, use, or disclosure of genetic information is not a threat to Canadians' health by its very nature, unlike tobacco, illicit drugs, or firearms.

à cet égard devant le Parlement. Comme l'a affirmé un observateur à la Chambre des communes, il pourrait effectivement s'agir d'un choix que personne au Canada ne devrait avoir à faire (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 140, 1^{re} sess., 42^e lég., 14 février 2017, p. 8951 (Michael Cooper)). Cependant, même si je devais l'accepter, je ne vois pas comment cet argument aiderait l'appelante vu l'absence de lien entre le caractère véritable des dispositions contestées et cette supposée menace. Le Parlement n'a tout simplement pas éliminé ce choix en adoptant les dispositions contestées.

[247] Comme je l'ai expliqué précédemment, les art. 1 à 7 n'interdisent pas la discrimination génétique. Bien qu'il soit possible d'affirmer que ces dispositions ont indirectement pour effet de prévenir la discrimination génétique, leur objectif principal n'est pas d'interdire ni même de prévenir une telle discrimination. Les dispositions contestées interdisent plutôt le fait d'exiger un test génétique ainsi que la communication ou l'utilisation de résultats d'un tel test dans le cadre de la conclusion d'un contrat ou de la fourniture de biens et services, sauf sur consentement de la personne concernée. Rien dans le dossier ne suggère qu'il faudrait considérer ces activités interdites comme une conduite qui constitue une menace pour la santé.

[248] Comme le fait valoir le procureur général du Canada, bien qu'ils puissent avoir une portée plus large, les renseignements obtenus d'un test génétique ne diffèrent pas sur le plan qualitatif d'autres renseignements médicaux, tels les renseignements que révèlent les biopsies, les antécédents familiaux ou les analyses sanguines. Suivant les dispositions contestées, ces renseignements peuvent tous être obtenus et utilisés légalement. Le simple fait que les renseignements génétiques soient une avancée relativement nouvelle ne signifie pas que leur collecte, leur utilisation ou leur communication constituent une menace pour la santé. À vrai dire, la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements génétiques ne constituent pas, par leur nature même, une menace pour la santé de la population canadienne, contrairement au tabac, aux drogues illicites ou aux armes à feu.

[249] Of course, Parliament can use indirect means in the exercise of its criminal law power, as was the case in *RJR-MacDonald*. Yet, contrary to the *amicus curiae*'s suggestion, *RJR-MacDonald* is of little assistance in this case. In that case, the threat targeted by Parliament was the detrimental effects caused by tobacco, which was supported by a copious body of evidence demonstrating that tobacco poses a serious threat to Canadians' health. As La Forest J. noted, "the detrimental health effects of tobacco consumption are both dramatic and substantial. Put bluntly, tobacco kills" (para. 32; see also paras. 30 and 31). Consequently, Parliament had a valid criminal law purpose when it enacted the legislation — the "reduction of tobacco consumption and the protection of public health" — and the measures relating to advertising were undertaken to combat the public health evil represented by tobacco use (para. 33). As such, the legislation was a proper exercise of the criminal law power. In this case, the impugned provisions are designed to encourage the use of genetic tests, which is a beneficial health practice as opposed to an inherently harmful substance, in an attempt to improve Canadians' health. Since Parliament did not target a threat to health, there is simply no public health evil present here.

[250] I also wish to briefly address my colleague Justice Moldaver's statement that "[r]ather than forcing individuals to take genetic tests . . . Parliament saw fit to prohibit the influential conduct" (para. 148). With respect, there is no suggestion, either in the record or before this Court, that individuals should be forced to take genetic tests. Again, if it truly targeted a threat to health, Parliament could have prohibited, for example, discrimination based on genetic characteristics.

(ii) Privacy and Autonomy

[251] I agree with my colleagues that privacy and autonomy interests are of utmost importance to

[249] Certes, le Parlement peut utiliser des moyens indirects dans l'exercice de sa compétence en matière de droit criminel, comme ce fut le cas dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Cependant, contrairement à ce que suggère l'*amicus curiae*, l'arrêt *RJR-MacDonald* est d'une utilité limitée en l'espèce. Dans cette affaire, la menace visée par le Parlement était l'effet nocif du tabac et était étayée par une preuve abondante démontrant que le tabac constitue une menace sérieuse pour la santé de la population canadienne. Comme l'a souligné le juge La Forest, « les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé sont à la fois saisissants et importants. En deux mots, le tabac tue » (par. 32; voir aussi par. 30 et 31). Le Parlement poursuivait donc un objet valide de droit criminel lors de l'adoption de la loi — la « diminution de l'usage du tabac et la protection de la santé publique » — et les mesures relatives à la publicité ont été prises pour combattre le mal pour la santé publique que représente l'usage du tabac (par. 33). La loi en cause constituait donc un exercice approprié de la compétence en matière de droit criminel. En l'espèce, les dispositions contestées visent à encourager le recours aux tests génétiques, qui constitue une pratique bénéfique en matière de santé par opposition à l'usage d'une substance qui est en soi nocive, dans le but d'améliorer la santé de la population canadienne. Comme le Parlement n'a pas visé une menace pour la santé, il n'y a tout simplement aucun mal touchant la santé publique en l'espèce.

[250] Je souhaite aussi me pencher brièvement sur l'affirmation de mon collègue le juge Moldaver selon laquelle « plutôt que de forcer les gens à subir des tests génétiques [. . .], le Parlement a jugé bon d'interdire des conduites influençant la décision des gens de le faire ou non » (par. 148). Avec égards, rien n'indique, ni dans le dossier ou ni dans les débats devant la Cour, que quiconque devrait être forcé de se soumettre à des tests génétiques. Encore une fois, s'il visait réellement une menace pour la santé, le Parlement aurait pu interdire, par exemple, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques.

(ii) La vie privée et l'autonomie

[251] Mes collègues et moi convenons que les intérêts en matière de vie privée et d'autonomie

Canadians. I recognize that the Attorney General of Canada conceded that Parliament could enact legislation targeting a threat to privacy and autonomy that might well constitute a valid criminal law purpose. I make no comment on this point except to say that, in this case, the pith and substance of the impugned provisions is not to protect privacy or autonomy. Indeed, the effects of the impugned provisions on privacy and autonomy are secondary to its true purpose: to promote beneficial health practices by removing some of the fear surrounding the misuse of genetic tests. For this reason, the impugned provisions fail at this stage of the analysis: Parliament did not target a threat to privacy and autonomy when it enacted them.

[252] My colleague Justice Karakatsanis notes that the Privacy Commissioner emphasizes the unknown number of inferences that may be drawn from genetic testing information as well as the unknown scope and degree of the potential for abuse of such genetic information (paras. 88-89). In a related manner, my colleague Justice Moldaver emphasizes that the impugned provisions ensure individuals maintain control over this deeply personal information (para. 120). Yet ss. 1 to 7 do not bear on “genetic testing information” in a broad sense, but instead on a narrower definition of “genetic test” in the *Act*, pertaining only to health-related matters. Genetic information bearing on non-health related matters, and the serious privacy concerns it might raise, are left unregulated. Privacy is a concern for Parliament, but only as it relates to its dominant preoccupation, reflected in the terms of the *Act*, which is health.

[253] Moreover, as noted above, genetic information is not qualitatively different from other medical information. In my respectful view, the mere fact that

revêtent une importance capitale pour la population canadienne. Je reconnais que le procureur général du Canada a concédé que le Parlement pouvait adopter des dispositions législatives visant une menace à la vie privée et à l'autonomie qui pourrait fort bien constituer un objet valide de droit criminel. Je ne ferai aucun commentaire sur ce point, sauf pour dire qu'en l'espèce, le caractère véritable des dispositions contestées n'est pas de protéger la vie privée ou l'autonomie. D'ailleurs, les effets des dispositions contestées sur la vie privée et l'autonomie sont secondaires par rapport à leur objet véritable : promouvoir des pratiques bénéfiques en matière de santé en supprimant certaines des craintes entourant l'usage inapproprié des tests génétiques. Pour cette raison, les dispositions contestées échouent à cette étape de l'analyse : le Parlement n'a pas visé une menace à la vie privée et à l'autonomie lorsqu'il les a adoptées.

[252] Ma collègue la juge Karakatsanis souligne que le commissaire à la protection de la vie privée met l'accent sur le nombre inconnu d'inférences susceptibles d'être tirées de renseignements issus de tests génétiques, ainsi que sur l'ampleur et le degré inconnus du risque d'usages inappropriés de tels renseignements (par. 88-89). D'une manière similaire, mon collègue le juge Moldaver met l'accent sur le fait que les dispositions contestées permettent aux personnes de garder un contrôle sur ces renseignements profondément personnels (par. 120). Pourtant, les art. 1 à 7 ne portent pas sur des « renseignements issus de tests génétiques » au sens large, mais plutôt sur une définition plus étroite de « test génétique » prévue dans la *Loi*, définition se rapportant uniquement à des questions liées à la santé. Les renseignements génétiques se rapportant à des questions non liées à santé, ainsi que les préoccupations sérieuses que ces renseignements pourraient soulever en ce qui a trait à la vie privée, demeurent non réglementés. Le Parlement se soucie de la vie privée, mais uniquement dans la mesure où elle se rattache à sa préoccupation principale, reflétée dans le texte de la *Loi*, à savoir la santé.

[253] En outre, comme nous l'avons vu, les renseignements génétiques ne diffèrent pas sur le plan qualitatif d'autres renseignements médicaux. À mon

genetic testing is a novel development does not, on its own, bring its regulation within the purview of the criminal law. Such a holding would encourage the view that any new technology with implications bearing on public morality might form the basis for the criminal law power, and potentially, bring a wide range of scientific developments within federal jurisdiction on no principled constitutional basis.

(iii) Conclusion

[254] In my view, Parliament did not target a threat within the purview of the criminal law through the impugned provisions. Quite simply, the prohibitions target certain practices related to contracts and the provision of goods and services, and more specifically, to insurance and employment. There is nothing on the record suggesting that the prohibited conduct is a threat to Canadians.

[255] Before I move on to the third stage of analysis, I wish to briefly comment on my colleague Justice Karakatsanis' statement that "Parliament acted to combat genetic discrimination and the fear of genetic discrimination based on genetic test results . . . by filling the gap in Canada's laws that made individuals vulnerable to genetic discrimination in the areas of contracting and the provision of goods and services" (para. 63). This echoes the ambition of Senator Cowan and his sense that a gap in the law was reason enough to fill it.

[256] In my respectful view, a gap in provincial legislations across the country is not a well-defined threat that justifies recourse to the criminal law. Moreover, given Parliament's choice not to prohibit genetic discrimination except in connection with its own human rights and labour legislation, one is hard pressed to see ss. 1 to 7 as filling a gap. In any event, Parliament's dissatisfaction with the state of the law in matters of provincial jurisdiction does not allow

avis, le simple fait que les tests génétiques constituent une nouveauté ne fait pas, à lui seul, tomber la réglementation de ceux-ci sous le coup du droit criminel. Pareille conclusion favoriserait le point de vue voulant que toute nouvelle technologie ayant des incidences sur la moralité publique puisse constituer le fondement de la compétence en matière de droit criminel, et pourrait amener un large éventail d'innovations scientifiques à relever de la compétence fédérale en l'absence d'une assise constitutionnelle fondée sur des principes.

(iii) Conclusion

[254] À mon avis, le Parlement n'a pas visé une menace relevant de la compétence de droit criminel au moyen des dispositions contestées. Dit simplement, les interdictions visent certaines pratiques relatives aux contrats et à la fourniture de biens et services, et plus particulièrement en matière d'assurance et d'emploi. Rien dans le dossier n'indique que la conduite interdite constitue une menace pour la population canadienne.

[255] Avant de me pencher sur la troisième étape de l'analyse, je souhaite commenter brièvement l'affirmation de ma collègue la juge Karakatsanis selon laquelle « le Parlement a pris des mesures pour combattre la discrimination génétique et la crainte de la discrimination génétique fondée sur les résultats de tests génétiques [. . .] en comblant la lacune dans les lois canadiennes qui exposait les personnes à la discrimination génétique dans les secteurs de la conclusion de contrats et de la fourniture de biens et services » (par. 63). Cela fait écho à l'ambition du sénateur Cowan et à son impression que l'existence d'une lacune dans les lois constituait un motif suffisant pour combler celle-ci.

[256] À mon avis, une lacune dans les lois provinciales à travers le pays ne constitue pas une menace bien définie qui justifie le recours au droit criminel. De plus, étant donné la décision du Parlement de ne pas interdire la discrimination génétique sauf dans le cadre de ses propres lois relatives aux droits de la personne et au droit du travail, on peut difficilement considérer que les art. 1 à 7 comblent une lacune. Quoi qu'il en soit, l'insatisfaction du Parlement en

it to use the blunt tool of the criminal law to occupy a field to which it has no proper claim.

[257] Moreover, I respectfully disagree with the view that just because the impugned law “target[s] conduct that Parliament reasonably apprehends as a threat to our central moral precepts”, this means that the impugned provisions are validly backed by a criminal law purpose (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 73, citing with approval *AHRA Reference*, at para. 50, per McLachlin C.J.). It bears emphasizing that McLachlin C.J. went on to state that “[t]he role of the courts is to ensure that such a criminal law in pith and substance relates to conduct that Parliament views as contrary to our central moral precepts” and upheld the legislation because “[i]t targets conduct that Parliament has found to be reprehensible” (para. 51; see also para. 30 (emphasis added)). Yet, as LeBel and Deschamps JJ. explained, while “the criminal law often expresses aspects of social morality or, in broader terms, the fundamental values of society Care must be taken not to view every social, economic or scientific issue as a moral problem” (*AHRA Reference*, at para. 239). In other words, “Parliament’s wisdom” cannot trump the requirement to identify a real evil, even from the standpoint of morality (paras. 76 and 250). To do otherwise has the potential to amplify the scope of s. 91(27) beyond any constitutional precedent (paras. 43 and 239).

- (c) *Is the Threat Real, in the Sense That Parliament Had a Concrete Basis and a Reasoned Apprehension of Harm When Enacting the Impugned Legislation?*

[258] Finally, in addition to a well-defined threat being identified, the threat must also be real. I wish to briefly comment on the *amicus curiae*’s proposed approach to this stage of analysis, as adopted by my colleague Justice Karakatsanis.

ce qui a trait à l’état du droit à l’égard de matières de compétence provinciale ne lui permet pas de recourir à un outil rudimentaire comme le droit criminel pour occuper un domaine de compétence à l’égard duquel il n’a aucune revendication légitime.

[257] De plus, avec égards, je ne partage pas l’opinion selon laquelle le seul fait que la loi contestée « vis[e] le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu’il compromette nos règles morales fondamentales » signifie que les dispositions contestées reposent valablement sur un objet de droit criminel (motifs de la juge Karakatsanis, par. 73, citant avec approbation le *Renvoi relatif à la LPA*, par. 50, la juge en chef McLachlin). Il convient de souligner que la juge en chef McLachlin a ajouté qu’« [i]l incombe aux tribunaux de s’assurer que, par son caractère véritable, la loi criminelle en cause s’attaque à un comportement qui, selon le Parlement, va à l’encontre de nos préceptes moraux primordiaux », et qu’elle a confirmé la validité de la loi parce qu’« [e]lle vise des actes que le Parlement tient pour répréhensibles » (par. 51; voir aussi par. 30 (je souligne)). Or, comme les juges LeBel et Deschamps l’ont expliqué, bien que « le droit criminel exprime souvent des aspects de la morale d’une société ou, plus largement, de ses valeurs fondamentales [. . .] [i]l faut [. . .] se garder d’assimiler toute question sociale, économique ou scientifique à un problème moral » (*Renvoi relatif à la LPA*, par. 239). Autrement dit, « la sagesse du législateur fédéral » ne saurait l’emporter sur l’obligation de mettre en évidence un mal réel, même du point de vue de la morale (par. 76 et 250). Agir autrement est susceptible d’accroître la portée du par. 91(27) au-delà de celle conférée par tout précédent constitutionnel (par. 43 et 239).

- (c) *La menace est-elle réelle, en ce sens que le Parlement avait un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice lorsqu’il a adopté les dispositions législatives contestées?*

[258] Finalement, en plus d’être bien définie, la menace qui est établie doit également être réelle. Je souhaite commenter brièvement l’approche proposée par l’*amicus curiae* à cette étape de l’analyse, approche retenue par ma collègue la juge Karakatsanis.

[259] The *amicus curiae* urges this Court to embrace McLachlin C.J.’s approach in the *AHRA Reference*. McLachlin C.J. accepted that “the need to establish a reasonable apprehension of harm means that conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a ‘public health evil’” (para. 56). However, while McLachlin C.J. used the phrase “reasonable apprehension of harm”, she also categorically rejected any constitutional threshold level of harm. She noted that LeBel and Deschamps JJ.’s view “substitutes a judicial view of what is good and what is bad for the wisdom of Parliament” (para. 76).

[260] I understand this to be an important point of disagreement between McLachlin C.J. and LeBel and Deschamps JJ. As the *amicus curiae* argued, while McLachlin C.J. “accepted that actual proof that conduct was clearly injurious was not necessary”, LeBel and Deschamps JJ. “advocate[d] for a more stringent standard” (factum of the *amicus curiae*, at paras. 30-31; see also M.-E. Sylvestre, “Droit criminel, droit pénal et droits individuels”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (loose-leaf), by P.-C. Lafond, ed., fasc. 14, at No. 42). Essentially, what is urged upon us is that where Parliament perceives a risk of harm, that is sufficient for the criminal law power to exist. According to this view, if this Court were to conclude that a certain threshold of harm must be met before Parliament could adopt criminal prohibitions, this would amount to courts second-guessing Parliament.

[261] I respectfully disagree with this point because the approach advocated for is overly deferential to Parliament on division of powers disputes and, if left unchecked, could undermine the federal-provincial balance of powers as set by the Constitution. Whether behaviour constitutes a risk of harm, such that it should be prohibited, is a question of public policy, rather than a basis for

[259] L’*amicus curiae* exhorte la Cour à suivre l’approche de la juge en chef McLachlin dans le *Renvoi relatif à la LPA*. Celle-ci a accepté que « l’obligation d’établir la crainte raisonnable d’un préjudice fait en sorte que l’activité présentant peu de risques ou aucun est peu susceptible d’être considérée comme un “mal [...] pour la santé publique” » (par. 56). Cependant, bien qu’elle ait utilisé l’expression « crainte raisonnable d’un préjudice », la juge en chef McLachlin a aussi catégoriquement rejeté toute exigence constitutionnelle de préjudice minimal. Elle a souligné que le point de vue des juges LeBel et Deschamps « équivaut à substituer à la sagesse du législateur fédéral l’opinion des tribunaux sur ce qui est bien et ce qui est mal » (par. 76).

[260] Selon ma compréhension, il s’agit d’un point de désaccord important entre la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Deschamps. Comme l’a fait valoir l’*amicus curiae*, même si la juge en chef McLachlin a [TRADUCTION] « accepté qu’une preuve concrète que la conduite était clairement nuisible n’était pas nécessaire », les juges LeBel et Deschamps ont « préconis[é] une norme plus stricte » (mémoire de l’*amicus curiae*, par. 30-31; voir aussi M.-E. Sylvestre, « Droit criminel, droit pénal et droits individuels », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (feuilles mobiles), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 14, n° 42). Essentiellement, l’argument de l’*amicus curiae* est le suivant : le fait que le Parlement perçoive un risque de préjudice suffit pour qu’il existe une compétence en matière de droit criminel. Selon ce point de vue, si la Cour en venait à la conclusion que le Parlement devait satisfaire à quelque exigence de préjudice minimal pour pouvoir adopter des interdictions en matière criminelle, cela reviendrait à la remise en question par les tribunaux des décisions prises par le Parlement.

[261] Respectueusement dit, je ne puis souscrire à ce point de vue parce que l’approche préconisée fait preuve d’une retenue excessive à l’égard du Parlement en cas de litiges sur le partage des compétences et qu’elle pourrait, en l’absence de restrictions, compromettre l’équilibre entre pouvoirs fédéraux et provinciaux prévu par la Constitution. La question de savoir si un comportement constitue un risque de

constitutional authority. In my respectful view, LeBel and Deschamps JJ.'s reasons in the *AHRA Reference* should guide this Court, although I reiterate that, as explained above, McLachlin C.J.'s own requirement of a "public health evil" (para. 56) would, on its own, suffice to dismiss the argument of the *amicus curiae* and the appellant in this case.

[262] In respect of the "harm" argument, LeBel and Deschamps JJ. would require Parliament to describe the apprehended harm "precisely enough that a connection can be established between the apprehended harm and the evil in question" (para. 237). Ensuring Parliament can clearly identify the harm it seeks to suppress and how the impugned legislation is rationally connected to that harm is not onerous, and it does not amount to courts "second-guessing" Parliament (see A.F., at para. 28; factum of the *amicus curiae*, at paras. 4 and 41). Rather, it merely prevents Parliament from invoking vague terms such as "morality", "safety", or even "evil" to justify laws that in reality have little connection to the criminal law.

[263] Without this requirement, the federal criminal law power would risk becoming "unlimited and uncontrollable", permitting Parliament "to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions" (*AHRA Reference*, at para. 240, per LeBel and Deschamps JJ.).

[264] Applying these principles, LeBel and Deschamps JJ. would have struck down all the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, because there was no adequate evidentiary foundation of harm. Rather, the record revealed that Parliament viewed assisted reproductive technologies as beneficial to Canadians, and thus there was no real threat to be suppressed

préjudice, de sorte qu'il devrait être interdit, est une question de politique publique, plutôt qu'un fondement à la compétence constitutionnelle. À mon avis, les motifs des juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la LPA* devraient guider notre Cour, bien que je rappelle que, comme je l'ai expliqué précédemment, l'exigence d'un « mal pour la santé publique » formulée par la juge en chef McLachlin (par. 56) suffirait à elle seule à rejeter l'argument de l'*amicus curiae* et de l'appelante en l'espèce.

[262] En ce qui concerne l'argument relatif au « préjudice », les juges LeBel et Deschamps exigeraient du Parlement qu'il formule le préjudice appréhendé « de manière suffisamment précise pour permettre l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé » (par. 237). Demander au Parlement d'établir clairement le préjudice qu'il cherche à supprimer et le lien rationnel qui unit les dispositions législatives contestées à ce préjudice n'est pas une condition exigeante. Cela ne conduit pas non plus à la [TRADUCTION] « remise en question » par les tribunaux des décisions prises par le Parlement (voir m.a., par. 28; mémoire de l'*amicus curiae*, par. 4 et 41). Cette condition ne fait qu'empêcher le Parlement d'invoquer des notions floues telles que la « moralité », la « sécurité » ou encore le « mal » pour justifier l'adoption de lois qui, en réalité, ont un lien ténu avec le droit criminel.

[263] En l'absence de cette exigence, la compétence fédérale en matière de droit criminel risquerait de devenir « illimitée et incontrôlable », ce qui permettrait au Parlement de « légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales » (*Renvoi relatif à la LPA*, par. 240, les juges LeBel et Deschamps).

[264] Appliquant ces principes, les juges LeBel et Deschamps auraient invalidé toutes les dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, vu l'absence de preuve adéquate étayant le préjudice. Le dossier indiquait plutôt que le Parlement estimait que les techniques de procréation assistée présentaient des avantages pour la population canadienne. Il n'existait donc aucune

(para. 251). While Parliament undoubtedly has wide latitude to determine the nature and degree of harm to which it wishes to respond, it cannot act where no reasoned apprehension of harm has been established.

[265] Requiring a reasoned apprehension of harm, as defined by LeBel and Deschamps JJ., also accords with the bulk of jurisprudence in this country (see D. Newman, “Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity” (2011), 74 *Sask. L.R.* 21, at pp. 22-26). In the *Margarine Reference*, Rand J. inserted a substantive requirement in addition to a prohibition and a penalty into the analysis of the criminal law power to restrain the federal government. In that case, the impugned legislation included a preamble asserting that margarine was “injurious to health”, yet Parliament eventually conceded that this was not so. This concession, which was made in light of medical facts, ultimately supported the conclusion that the legislation was not in pith and substance aimed at suppressing an “evil or injurious or undesirable effect upon the public”. Similarly, in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, Estey J. explained that the failure to demonstrate that a risk was associated with the consumption of malt liquors meant that the law did not protect health and therefore could not fall within the criminal law power (pp. 934-35).

[266] Moreover, the concept of “harm” is evident throughout much of this Court’s jurisprudence (see Sylvestre, at No. 42). In *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, Dickson J., as he then was (dissenting, but not on this point), stated that the criminal law power allowed Parliament to prohibit “acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State” (p. 1026). Indeed, in many cases, the Court upheld criminal legislation because it was concerned about harmful effects. This harm can take many forms: it could relate to the dangerous effects of tobacco consumption on health

menace réelle à supprimer (par. 251). Bien qu’il dispose sans aucun doute d’une grande latitude pour décider de la nature et du degré de préjudice auquel il souhaite remédier, le Parlement ne peut intervenir lorsqu’aucune crainte raisonnée de préjudice n’est établie.

[265] L’exigence d’une crainte raisonnée de préjudice, telle que définie par les juges LeBel et Deschamps, s’accorde d’ailleurs avec la majeure partie de la jurisprudence canadienne (voir D. Newman, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity » (2011), 74 *Sask. L.R.* 21, p. 22-26). Dans son analyse de la compétence en matière de droit criminel dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand a ajouté une exigence de fond aux conditions relatives à la présence d’une interdiction et d’une sanction afin d’imposer des limites au gouvernement fédéral. Dans cette affaire, la loi contestée comprenait un préambule où il était précisé que la margarine était « nuisible à la santé ». Le Parlement a pourtant fini par concéder que ce n’était pas le cas. Cette concession, qui tenait compte de faits d’ordre médical, permettait en fin de compte de conclure que, par son caractère véritable, la loi en question ne visait pas à supprimer un « mal ou un effet nuisible ou indésirable pour le public ». De même, dans l’arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, le juge Estey a expliqué que le fait de ne pas démontrer qu’un risque était associé à la consommation de liqueurs de malt signifiait que la loi ne protégeait pas la santé et ne pouvait donc pas relever de la compétence en matière de droit criminel (p. 934-935).

[266] De plus, la notion de « préjudice » ressort d’une bonne partie de la jurisprudence de notre Cour (voir Sylvestre, n° 42). Dans l’arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, le juge Dickson (plus tard juge en chef), dissident, mais non sur ce point, a affirmé que la compétence en matière de droit criminel habilitait le Parlement à interdire « des actes ou omissions jugés préjudiciables à l’État, à des personnes ou à des biens y situés » (p. 1026). En effet, dans de nombreuses affaires, la Cour a confirmé la validité de dispositions législatives en matière criminelle parce qu’elle craignait des effets préjudiciables. Ce

(*RJR-MacDonald*, at paras. 31 and 41), the harm caused by misuse of firearms (*Firearms Reference*, at paras. 21 and 24), the harmful effects of toxic substances on the environment, human life, and health (*Hydro-Quebec*, at para. 33), or the harmful psychoactive and health effects of marihuana use (*Malmo-Levine*, at paras. 61 and 78, citing *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 504).

[267] In my view, the threat Parliament seeks to suppress must be real, in the sense that Parliament has a concrete basis and a reasoned apprehension of harm.

[268] This conclusion applies with equal force where the legislative action is based on morality. In the *AHRA Reference*, LeBel and Deschamps JJ. explained how an approach anchored in Parliament's perception of a threat, like the one urged for here by the *amicus curiae*, would render the substantive requirement of the criminal law meaningless:

The issue would simply be whether a moral concern is addressed and whether there is a consensus that the concern is of fundamental importance (para. 51). This approach in effect totally excludes the substantive component that serves to delimit the criminal law. Not only does it go far beyond morality, which as a result serves only as a formal component, but it inevitably encompasses innumerable aspects of very diverse matters or conduct, such as participation in a religious service, the cohabitation of unmarried persons or even international assistance, which, although they involve moral concerns in respect of which there is a consensus that they are important, cannot all be considered to fall within the criminal law sphere. [para. 238]

I agree. Such “limitless definitions” cannot be accepted by this Court. At the end of the day, “legislative action by Parliament on this basis presupposes the existence of a real and important moral problem” (*AHRA Reference*, at para. 239, per LeBel and Deschamps JJ.).

préjudice peut revêtir de nombreuses formes : il pourrait porter sur les effets dangereux sur la santé de la consommation du tabac (*RJR-MacDonald*, par. 31 et 41), le préjudice causé par l'usage abusif des armes à feu (*Renvoi sur les armes à feu*, par. 21 et 24), les effets nocifs des substances toxiques sur l'environnement ainsi que sur la vie et la santé humaines (*Hydro-Québec*, par. 33), ou encore les effets psychoactifs et effets sur la santé néfastes de la consommation de la marihuana (*Malmo-Levine*, par. 61 et 78, citant *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 504).

[267] À mon avis, la menace que le Parlement cherche à supprimer doit être réelle, en ce sens que le Parlement doit avoir un fondement concret et une crainte raisonnée de préjudice.

[268] Cette conclusion s'applique avec autant de force lorsque l'intervention législative est fondée sur la moralité. Dans le *Renvoi relatif à la LPA*, les juges LeBel et Deschamps ont expliqué comment une approche ancrée dans la perception d'une menace par le Parlement, comme celle préconisée en l'espèce par l'*amicus curiae*, aurait pour effet de rendre l'exigence de fond du droit criminel dépourvue de sens :

En effet, il suffirait simplement de déterminer qu'une question morale est en jeu et que son importance fondamentale fait consensus (par. 51). Cette approche revient à exclure totalement l'élément matériel servant à délimiter le droit criminel. Elle va non seulement bien au-delà de la morale, qui ne tient alors lieu que d'élément formel, mais elle englobe inéluctablement d'innombrables aspects de matières ou conduites très diverses, comme la participation à un service religieux, la vie commune de personnes non mariées ou même l'aide internationale, des sujets qui, même s'ils mettent en jeu des questions morales dont l'importance fait consensus, ne peuvent être considérés comme relevant tout du droit criminel. [par. 238]

Je suis d'accord. Pareilles « définitions sans balises » ne peuvent être retenues par notre Cour. En fin de compte, « une intervention législative du Parlement sur cette base suppose tout de même l'existence d'un problème moral réel et important » (*Renvoi relatif à la LPA*, par. 239, les juges LeBel et Deschamps).

[269] I also agree with LeBel and Deschamps JJ.'s comments at para. 240, apposite here:

In this context, absent an intention to change the law and give the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope, the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law. Without it, the federal criminal law power would in reality have no limits. The federal government would have the authority under the Constitution to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions. This is what Rand J. wanted to prevent in the *Margarine Reference*.

[270] In this case, had I concluded there is a well-defined threat, I would also conclude that there is no evidentiary foundation of harm. Rather, Parliament seeks to improve the health of Canadians by making them aware of underlying conditions they may have and does so by attempting to encourage the use of genetic tests. Just as in the *AHRA Reference*, this advance in technology and health services is beneficial to Canadians, and has always been perceived as such.

(d) *Conclusion*

[271] From the foregoing, I conclude that the contested provisions do not satisfy the substantive component of criminal law. While they do relate to a public purpose, Parliament has neither articulated a well-defined threat that it intended to target, nor did it provide any evidentiary foundation of such a threat. It matters little to the present task whether the impugned provisions constitute good policy: they are *ultra vires* Parliament's criminal law power.

[272] In my view, ss. 1 to 7 of the *Act* rather fall within provincial jurisdiction over property and civil rights conferred by s. 92(13) of the *Constitution Act*,

[269] Je souscris en outre aux commentaires formulés par les juges LeBel et Deschamps au par. 240, lesquels sont pertinents en l'espèce :

Dans un tel contexte, à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. L'absence d'une telle exigence supprimerait dans les faits toute limite du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. La constitution canadienne autoriserait alors le gouvernement fédéral à légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales. C'est ce que le juge Rand a voulu empêcher dans le *Renvoi sur la margarine*.

[270] En l'espèce, si j'avais conclu à l'existence d'une menace bien définie, j'aurais également conclu à l'absence de preuve étayant le préjudice. Le Parlement cherche à améliorer la santé des gens en leur permettant d'être informés de problèmes de santé préexistants qu'ils sont susceptibles d'avoir, et le fait en tentant de les encourager à recourir à des tests génétiques. Tout comme dans le *Renvoi relatif à la LPA*, cette avancée en matière de technologie et de services de santé présente des avantages pour la population canadienne, et a toujours été perçue comme telle.

d) *Conclusion*

[271] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les dispositions contestées ne respectent pas l'exigence de fond du droit criminel. Bien que ces dispositions se rattachent effectivement à un objectif public, le Parlement n'a pas énoncé une menace bien définie qu'il entendait viser et n'a fourni non plus aucune preuve étayant une telle menace. Il importe peu dans le cadre de notre examen de savoir si les dispositions contestées constituent une bonne politique ou non : elles outrepassent la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

[272] À mon avis, les art. 1 à 7 de la *Loi* relèvent plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils conférée par le par. 92(13) de la *Loi*

1867. As explained above, the impugned provisions substantially affect the substantive law of insurance as well as human rights and labour legislation in all provinces. There is no question that the provinces could enact the impugned provisions in their own jurisdiction, if they so desired (see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.)).

III. Costs

[273] With respect of the appellant's request for an order for special costs on a full indemnity basis whether the appeal is allowed or dismissed, as explained in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, special costs are available only if the case involves "matters of public interest that are truly exceptional" (para. 140). In my view, this case does not reach this high standard. The determination of whether a law is *ultra vires* of the level of government that adopted it is fairly routine. While it is unusual that the Attorney General of Canada decided not to defend the legality of federal legislation, this situation is not sufficient to render the circumstances of the case "exceptional". Given my conclusion on the first criteria, it is unnecessary to address the second requirement for special costs.

IV. Disposition

[274] In my respectful view, the reference question should be answered affirmatively. The *Genetic Non-Discrimination Act* enacted by ss. 1 to 7 of the *Act to prohibit and prevent genetic discrimination* is *ultra vires* to Parliament's jurisdiction over criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

[275] For these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

constitutionnelle de 1867. Comme je l'ai expliqué précédemment, les dispositions contestées influent de façon importante sur le droit substantiel des assurances ainsi que sur les lois relatives aux droits de la personne et au droit du travail dans toutes les provinces. Il ne fait aucun doute que les provinces pourraient adopter les dispositions contestées dans leur propre territoire, si elles le souhaitaient (voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.)).

III. Dépens

[273] L'appelante demande une ordonnance octroyant des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale, que le pourvoi soit accueilli ou rejeté. Il est expliqué dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, que les dépens de cette nature ne sont accordés que si l'affaire porte sur « des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles » (par. 140). À mon avis, la présente affaire ne satisfait pas à cette norme élevée. Déterminer si une loi outrepassé la compétence de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée est assez courant. Bien qu'il soit inhabituel que le procureur général du Canada décide de ne pas défendre la validité d'une loi fédérale, cette situation ne suffit pas à rendre « exceptionnelles » les circonstances de l'affaire. Compte tenu de ma conclusion relative à la première exigence en ce qui a trait aux dépens spéciaux, il n'est pas nécessaire d'aborder la deuxième exigence à cet égard.

IV. Dispositif

[274] J'estime qu'il convient de répondre par l'affirmative à la question du renvoi. La *Loi sur la non-discrimination génétique* adoptée par les art. 1 à 7 de la *Loi visant à interdire et à prévenir la discrimination génétique* outrepassé la compétence du Parlement en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[275] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi sans dépens.

Appeal allowed with costs, WAGNER C.J. and BROWN, ROWE and KASIRER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Arvay Finlay, Vancouver; Osgoode Hall Law School, York University, Toronto; Michael Sobkin, Ottawa; Kugler Kandestin, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy (Justice-Québec), Montréal.

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.

Solicitors for the intervener the Canadian Life and Health Insurance Association: Torys, Montréal.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian College of Medical Geneticists: Babin Bessner Spry, Toronto.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef WAGNER et les juges BROWN, ROWE et KASIRER sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Arvay Finlay, Vancouver; Osgoode Hall Law School, York University, Toronto; Michael Sobkin, Ottawa; Kugler Kandestin, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intimée la procureure générale du Québec : Bernard, Roy (Justice-Québec), Québec, Montréal.

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, Régina.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes : Torys, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Collège canadien de généticiens médicaux : Babin Bessner Spry, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sivaloganathan Thanabalasingham
*Respondent***INDEXED AS: R. v. THANABALASINGHAM****2020 SCC 18**

File No.: 37984.

2020: June 10; 2020: July 17.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused charged with second degree murder in death of spouse — Delay of almost five years between charge and anticipated end of trial — Whether accused’s right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.

T was charged with the second degree murder of his spouse in August 2012. The preliminary hearing lasted more than a year. In June 2015, T’s trial was scheduled for February 2018, but it was later rescheduled to proceed in April 2017. Shortly before his trial, T brought a motion for a stay of proceedings pursuant to s. 11(b) of the *Charter*. The trial judge ordered the stay. The Court of Appeal upheld the trial judge’s order.

Held: The appeal should be dismissed.

The delay between the charge and the anticipated end of trial gave rise to a breach of T’s s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time. The delay in this case far exceed the 30-month presumptive ceiling established in *Jordan*. The preliminary hearing was not a discrete exceptional event and its length was not outside the Crown’s control. Furthermore, although most of the delay accrued before *Jordan* was released, the transitional exceptional circumstance does not justify the delay. This case would

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sivaloganathan Thanabalasingham *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. THANABALASINGHAM****2020 CSC 18**

N° du greffe : 37984.

2020 : 10 juin; 2020 : 17 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d’être jugé dans un délai raisonnable — Accusé inculpé du meurtre au deuxième degré de son épouse — Écoulement d’un délai de presque cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Est-ce que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti à l’accusé par l’art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés a été violé? — Application du cadre d’analyse établi dans Jordan pour déterminer s’il y a eu violation de l’art. 11b).

T a été inculpé du meurtre au deuxième degré de son épouse en août 2012. L’enquête préliminaire a duré plus d’un an. En juin 2015, la date du procès de T a été fixée à février 2018, mais elle a par la suite été déplacée à avril 2017. Peu de temps avant son procès, T a présenté une requête en arrêt des procédures en vertu de l’al. 11b) de la *Charte*. Le juge du procès a ordonné l’arrêt des procédures. La Cour d’appel a confirmé l’ordonnance du juge du procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le délai qui s’est écoulé entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès a entraîné la violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti à T par l’al. 11b) de la *Charte*. Le délai constaté dans la présente affaire excède de beaucoup le plafond présumé de 30 mois établi dans l’arrêt *Jordan*. L’enquête préliminaire n’a pas constitué un événement distinct et exceptionnel, et sa durée n’était pas une circonstance indépendante de la volonté du ministère public. En outre, bien que la plus

certainly have qualified for a stay under the previous framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, as the institutional delay of 43 months greatly surpasses the *Morin* guidelines of 14 to 18 months. Accordingly, the trial judge's determination that a stay of proceedings was warranted should not be interfered with.

Cases Cited

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Morissette, Hilton, Gagnon and Vaclair J.J.A.), 2019 QCCA 1765, [2019] AZ-51638047, [2019] Q.J. No. 9048 (QL), 2019 CarswellQue 9212 (WL Can.), affirming a decision of Boucher J., 2017 QCCS 1271, [2017] AZ-51381182, [2017] Q.J. No. 3430 (QL), 2017 CarswellQue 2605. Appeal dismissed.

Maude Payette, Richard Audet and Catherine Perreault, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Louis Belleau, as *amicus curiae*, and *Antoine Grondin-Couture*.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The bulk of this case occurred before the release of this Court's decision in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631. The facts leading to the respondent's s. 11(b) challenge are indicative of the culture of rampant and long-standing systemic delay — and complacency towards that delay — that had grown up in our criminal justice system. The manner in which these proceedings were conducted epitomizes this culture. Such facts are

grande partie du délai soit survenue avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*, la mesure transitoire exceptionnelle ne permet pas de justifier ce délai. La présente espèce aurait certainement donné ouverture à un arrêt des procédures suivant le cadre d'analyse antérieur qui avait été établi dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, étant donné que le délai institutionnel de 43 mois dépasse largement les balises de 14 à 18 mois fixées dans cet arrêt. En conséquence, la conclusion du juge du procès selon laquelle l'arrêt des procédures était justifié ne doit pas être modifiée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Morissette, Hilton, Gagnon et Vaclair), 2019 QCCA 1765, [2019] AZ-51638047, [2019] Q.J. No. 9048 (QL), 2019 CarswellQue 9212 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Boucher, 2017 QCCS 1271, [2017] AZ-51381182, [2017] Q.J. No. 3430 (QL), 2017 CarswellQue 2605. Pourvoi rejeté.

Maude Payette, Richard Audet et Catherine Perreault, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Louis Belleau, en qualité d'*amicus curiae*, et *Antoine Grondin-Couture*.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — La présente affaire s'est en grande partie déroulée avant que notre Cour ne rende son arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631. Les faits à l'origine de la contestation de l'intimé fondée sur l'al. 11b) sont révélateurs de la culture de délais systémiques et endémiques — ainsi que de complaisance à l'égard de ces délais — qui s'était instaurée dans notre système de justice criminelle. La façon dont la présente instance s'est déroulée illustre

unlikely to be replicated in cases where the s. 11(b) framework set out in *Jordan* and applied in *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, is adhered to from the outset.

[2] The respondent, Mr. Thanabalasingham, was charged with the second degree murder of his spouse in August 2012. At the preliminary hearing, the Crown chose to pursue a charge of first degree murder. The preliminary hearing lasted more than a year, due in no small measure to systemic delay. In June 2015, Mr. Thanabalasingham's trial was scheduled for February 2018. It was later rescheduled to proceed in April 2017. By then, *Jordan* had been released and it was the governing authority on s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] Shortly before he was scheduled to stand trial, Mr. Thanabalasingham brought a motion pursuant to s. 11(b) of the *Charter*, alleging that his right to be tried within a reasonable time had been violated. The trial judge agreed and ordered a stay of proceedings (2017 QCCS 1271). By a majority of 3-2, the Quebec Court of Appeal upheld the trial judge's order (2019 QCCA 1765). The matter now comes to this Court as of right.

[4] In our view, the appeal must be dismissed. The delay in this case gave rise to a breach of Mr. Thanabalasingham's s. 11(b) right and we would uphold the trial judge's order.

[5] There is no doubt that the delay in this case far exceeded the 30-month presumptive ceiling established in *Jordan*. With respect to this calculation, the Crown urges us to adopt the dissenting reasons of Gagnon J.A. in the Court of Appeal. Applying the principles in *Jordan*, he found that the net delay was under 35 months. In so concluding, he treated the delay arising from the preliminary hearing as a discrete exceptional event. With respect, we are of the view that he erred in law in coming to this conclusion. The preliminary hearing was not a discrete event, and its length was not outside the Crown's

parfaitement cette culture. Il est peu probable que de tels faits se reproduisent si le cadre qui a été établi dans l'arrêt *Jordan* relativement à l'al. 11b) et appliqué dans l'arrêt *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, est respecté dès le départ.

[2] L'intimé, M. Thanabalasingham, a été inculpé en août 2012 du meurtre au deuxième degré de son épouse. Lors de l'enquête préliminaire, le ministère public a décidé de porter des accusations de meurtre au premier degré. L'enquête préliminaire a duré plus d'un an, et ce, dans une large mesure en raison de délais systémiques. En juin 2015, la date du procès de M. Thanabalasingham a été fixée à février 2018. Elle a par la suite été modifiée et fixée à avril 2017. À ce moment-là, l'arrêt *Jordan* avait été rendu et constituait l'arrêt faisant autorité sur l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Peu de temps avant la date de son procès, M. Thanabalasingham a présenté, en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*, une requête dans laquelle il alléguait que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable avait été violé. Le juge du procès lui a donné raison et a ordonné l'arrêt des procédures (2017 QCCS 1271). Par une majorité de trois contre deux, la Cour d'appel du Québec a confirmé l'ordonnance du juge du procès (2019 QCCA 1765). Notre Cour a été saisie de plein droit du présent pourvoi.

[4] À notre avis, le pourvoi doit être rejeté. Le délai qui s'est écoulé en l'espèce a entraîné la violation du droit garanti à M. Thanabalasingham par l'al. 11b), et nous sommes d'avis de confirmer l'ordonnance rendue par le juge du procès.

[5] Il ne fait aucun doute que le délai qui s'est écoulé en l'espèce excède de beaucoup le plafond présumé de 30 mois établi dans l'arrêt *Jordan*. Pour ce qui est de ce calcul, le ministère public nous exhorte à nous rallier aux motifs dissidents du juge Gagnon de la Cour d'appel. Appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Jordan*, le juge Gagnon a conclu que le délai net était inférieur à 35 mois. Pour arriver à cette conclusion, il a considéré que le délai découlant de l'enquête préliminaire constituait un événement distinct et exceptionnel. Avec égards, nous sommes d'avis que le juge Gagnon a commis

control in the sense contemplated by *Jordan* (see *Jordan*, at paras. 69-70). We say this without endorsing the trial judge's critical comments regarding the Crown's exercise of its prosecutorial discretion (see trial reasons, at para. 39 (CanLII)); it was open to the Crown to pursue a charge of first degree murder. That said, as this Court noted in *Jordan*, "[w]hile the court plays no supervisory role for such decisions, Crown counsel must be alive to the fact that any delay resulting from their prosecutorial discretion must conform to the accused's s. 11(b) right" (para. 79). Had Gagnon J.A. properly accounted for the delay arising from the preliminary hearing, he would have arrived at a net delay of 45 months — well beyond the 30-month presumptive ceiling.

[6] In view of this conclusion, we need not address the issue of defence delay. In particular, it is unnecessary to consider how the calculation of defence delay may have been impacted by efforts made by the court and the Crown to move the original trial date forward from February 12, 2018. Even if Gagnon J.A. was correct in attributing a year of delay to the defence for its inability to take up an earlier trial date, the resulting delay would still have been 45 months, as indicated.

[7] Since most of the delay in this case accrued before *Jordan* was released, we must consider, as the courts below did, whether the transitional exceptional circumstance justifies the delay (see *Jordan*, at para. 96). Here, it bears repeating that the vast majority of the lengthy delay in this case stemmed from systemic delay that had reached epidemic proportions across many parts of this country — a key factor that motivated this Court's decision in *Jordan*. Indeed, as the trial judge noted, this problem had

une erreur en tirant cette conclusion. L'enquête préliminaire n'était pas un événement distinct et sa durée n'était pas une circonstance indépendante de la volonté du ministère public au sens de l'arrêt *Jordan* (voir *Jordan*, par. 69-70). Cela ne signifie pas que nous souscrivons aux critiques formulées par le juge du procès sur la façon dont le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites (voir les motifs du jugement de première instance, par. 39 (CanLII)); il était loisible au ministère public de porter des accusations de meurtre au premier degré. Cela dit, comme l'a fait observer notre Cour dans l'arrêt *Jordan*, « [m]ême si le tribunal ne joue aucun rôle de surveillance à l'égard de telles décisions, l'avocat du ministère public doit être conscient du fait que tout délai qui découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant doit respecter les droits de l'accusé protégés par l'al. 11b) » (par. 79). Si le juge Gagnon avait tenu compte comme il se doit du délai attribuable à l'enquête préliminaire, il serait arrivé à un délai net de 45 mois — délai dépassant de beaucoup le plafond présumé de 30 mois.

[6] Vu cette conclusion, nous n'avons pas besoin d'examiner la question du délai imputable à la défense. En particulier, il n'est pas nécessaire de se demander comment le calcul de ce délai a pu être influencé par les efforts déployés par le tribunal et par le ministère public pour avancer la date du procès, qui avait été fixée initialement au 12 février 2018. Même si le juge Gagnon de la Cour d'appel a eu raison d'imputer à la défense la responsabilité d'une période d'un an dans le délai total, en raison de l'incapacité de celle-ci à obtenir une date de procès plus rapprochée, le délai final aurait quand même été de 45 mois, comme il a été indiqué plus tôt.

[7] Étant donné que dans la présente affaire, la plus grande partie du délai s'est écoulée avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*, nous devons, comme l'on fait les juridictions inférieures, nous demander si la mesure transitoire exceptionnelle permet de justifier ce délai (voir *Jordan*, par. 96). À ce stade-ci, il convient de répéter que la majeure partie du long délai qui s'est écoulé dans la présente affaire découlait de délais systémiques qui avaient atteint des proportions épidémiques dans de nombreuses

“plagued the criminal justice system in the district of Montreal” specifically (para. 40).

[8] With respect to the transitional exceptional circumstance, we cannot say that the trial judge erred in concluding that the Crown failed to establish that the exception applied. As this Court said in *Cody*, the Crown will “rarely, if ever, be successful in justifying the delay as a transitional exceptional circumstance under the *Jordan* framework” if the case would have warranted a stay under *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771 (para. 74). In our view, this case would certainly have qualified for a stay under the previous framework. The trial judge calculated the institutional delay in this case at roughly 43 months, which greatly surpasses the *Morin* guidelines (14 to 18 months). Mr. Thanabalasingham spent nearly five years in custody awaiting trial, and he accordingly suffered actual prejudice as well as inferred prejudice (trial reasons, at para. 33). With respect to the nature of the charge, the trial judge recognized that the offence charged was “very serious” and that “a woman lost her life in tragic circumstances” (para. 36). That said, we agree with Crown counsel and the *amicus curiae* that the trial judge erred by stating that the “seriousness of the offence charged is a factor of very limited relevance in the analysis” (para. 37). In fairness to the trial judge, he did not have the benefit of this Court’s reasons in *Cody*. There, the Court clarified that *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741, “should not be read as discounting the important role that the seriousness of the offence and prejudice play under the transitional exceptional circumstance” (para. 70) and recognized that “[u]nder the *Morin* framework, prejudice and seriousness of the offence ‘often played a decisive role in whether delay was unreasonable’” (para. 69, quoting *Jordan*, at para. 96). It would appear that the trial judge read *Williamson* in the manner cautioned against in *Cody*. However, we are of the view that, given the circumstances of this case, this error was inconsequential. Even if the trial judge had not made this error, he would have arrived at the same result. We would

régions du Canada — un facteur clé qui a motivé la décision rendue par notre Cour dans l’affaire *Jordan*. D’ailleurs, comme l’a fait observer le juge du procès, ce problème [TRADUCTION] « afflige[ait] le système de justice criminelle dans le district de Montréal » en particulier (par. 40).

[8] Pour ce qui est de la mesure transitoire exceptionnelle, nous ne pouvons affirmer que le juge du procès a commis une erreur en concluant que le ministère public n’a pas été en mesure d’établir que cette exception s’appliquait en l’espèce. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Cody*, le ministère public « ne réussira que rarement, voire jamais, à justifier le délai en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle prévue par le cadre énoncé dans *Jordan* » si l’affaire justifiait le prononcé d’un arrêt des procédures selon l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 (par. 74). À notre avis, la présente espèce aurait certainement donné ouverture à un arrêt des procédures suivant le cadre d’analyse qui s’appliquait antérieurement. Le juge du procès a établi à environ 43 mois le délai institutionnel dans la présente affaire, période qui dépasse largement les balises fixées dans l’arrêt *Morin* (14 à 18 mois). Monsieur Thanabalasingham a passé près de cinq ans en détention en attente de son procès et il a par conséquent subi un préjudice réel, de même qu’un préjudice présumé (motifs du jugement de première instance, par. 33). En ce qui concerne la nature des accusations, le juge du procès a reconnu que l’infraction reprochée était [TRADUCTION] « très grave » et qu’« une femme a[vait] perdu la vie dans des circonstances tragiques » (par. 36). Cela dit, à l’instar du procureur du ministère public et de l’*amicus curiae*, nous sommes d’avis que le juge du procès a fait erreur en affirmant que « la gravité de l’infraction reprochée est un facteur dont la pertinence est très limitée dans le cadre de cette analyse » (par. 37). À la décharge du juge du procès, signalons toutefois que ce dernier ne disposait pas des motifs exposés par notre Cour dans l’affaire *Cody*. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que la décision *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741, « ne doit pas être considérée comme ayant pour effet d’écarter le rôle important que jouent la gravité de l’infraction et le préjudice subi dans l’application de la mesure transitoire exceptionnelle » (par. 70), et

therefore not interfere with his determination that a stay of proceedings was warranted.

[9] Nothing in the foregoing should be taken as a retreat from the message that *Jordan* sought to convey, or from the principles and policy considerations underlying it. *Jordan* sought to put an end to an era where interminable delays were tolerated, and to the complacent, “anything goes” culture that had grown up in the criminal justice system. The clear and distinct message in *Jordan* was that all participants in the system are to take proactive measures at all stages of the trial process to move cases forward and bring accused persons to trial in a timely fashion. Crown counsel is tasked with “making reasonable and responsible decisions regarding who to prosecute and for what, delivering on their disclosure obligations promptly with the cooperation of police, creating plans for complex prosecutions, and using court time efficiently” (*Jordan*, at para. 138). Defence counsel must be aware that, aside from time legitimately taken to respond to the charges, they “will have directly caused the delay if the court and the Crown are ready to proceed, but [they are] not” (*Jordan*, at para. 64; see also para. 65). As we did in both *Jordan* and *Cody*, we again emphasize the special role that trial judges — who are charged with curtailing unnecessary delay and changing courtroom culture — must play in this shift (*Cody*, at para. 37, citing *Jordan*, at para. 114). For example, where the defence seeks an adjournment, a court may deny it “on the basis that it would result in unacceptably long delay, even where it would be deductible as defence delay” (*Cody*, at para. 37). In sum, practices that were formerly commonplace or merely tolerated are no longer compatible with the right guaranteed by

elle a reconnu que « [s]uivant le cadre qui avait été établi dans l’arrêt *Morin*, le préjudice subi et la gravité de l’infraction “ont souvent joué un rôle décisif dans la décision quant au caractère raisonnable du délai” » (par. 69, citant *Jordan*, par. 96). Il semble que le juge du procès ait donné à l’arrêt *Williamson* l’interprétation contre laquelle notre Cour avait mis en garde dans l’arrêt *Cody*. Nous estimons toutefois que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, cette erreur est sans conséquence. Même s’il n’avait pas commis cette erreur, le juge du procès serait parvenu au même résultat. Nous refusons donc d’intervenir pour modifier sa conclusion selon laquelle l’arrêt des procédures était justifié.

[9] Rien de ce qui précède ne devrait toutefois être considéré comme un recul par rapport au message que l’arrêt *Jordan* cherche à transmettre ou aux principes et considérations d’intérêt général qui sous-tendent cet arrêt. L’arrêt *Jordan* visait à mettre fin à une époque où des délais interminables étaient tolérés, ainsi qu’à la culture complaisante du « tout est permis » qui s’était instaurée au sein du système de justice criminelle. Le message clair, net et précis de l’arrêt *Jordan* est que toutes les personnes associées au système de justice doivent prendre des mesures proactives à toutes les étapes du procès pour faire progresser l’instance et pour que les personnes accusées soient jugées en temps utile. Le ministère public a pour tâches de « prendre des décisions raisonnables et responsables lorsqu’il s’agira de déterminer qui — et pour quelle infraction — poursuivre, de s’acquitter de ses obligations de communication de la preuve rapidement en collaboration avec la police, d’établir des plans pour les poursuites complexes et d’utiliser de façon efficace le temps du tribunal » (*Jordan*, par. 138). La défense doit être consciente du fait que, mis à part le temps qui est légitimement consacré à répondre aux accusations, elle « cause directement le délai si le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais pas elle » (*Jordan*, par. 64; voir également par. 65). Comme nous l’avons fait tant dans l’arrêt *Jordan* que dans l’arrêt *Cody*, nous tenons une fois de plus à souligner le rôle important que les juges de première instance — qui sont chargés de réduire les délais inutiles et de changer la culture en salle d’audience — sont appelés à jouer pour opérer ce changement (*Cody*, par. 37, citant *Jordan*, par. 114).

s. 11(b) of the *Charter* — a right that inures not just to the benefit of accused persons, but to the benefit of victims and society as a whole as well.

Par exemple, lorsque la défense sollicite un ajournement, le tribunal peut refuser de l'accorder « pour le motif qu'il en résulterait un délai intolérablement long, et ce, même si cette période pourrait par ailleurs être déduite en tant que délai imputable à la défense » (*Cody*, par. 37). En résumé, des pratiques qui étaient autrefois monnaie courante ou encore simplement tolérées ne sont désormais plus compatibles avec le droit garanti par l'al. 11b) de la *Charte* — droit qui profite non seulement aux accusés, mais également aux victimes et à l'ensemble de la société.

[10] For these reasons, we would dismiss the appeal.

[10] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.

Atlantic Lottery Corporation Inc. *Appellant*

v.

**Douglas Babstock and
Fred Small** *Respondents*

- and -

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc.,
International Game Technology,
Spielo International Canada ULC and
Tech Link International Entertainment
Limited** *Appellants*

v.

**Douglas Babstock and
Fred Small** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of Saskatchewan,
Bally Gaming Canada Ltd.,
Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation,
Alberta Gaming, Liquor and Cannabis
Commission,
Canadian Gaming Association,
Canadian Chamber of Commerce and
British Columbia Lottery Corporation**
Intervenors

**INDEXED AS: ATLANTIC LOTTERY CORP. INC. v.
BABSTOCK**

2020 SCC 19

File No.: 38521.

2019: December 3; 2020: July 24.

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

Société des loteries de l'Atlantique *Appelante*

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small** *Intimés*

- et -

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc.,
International Game Technology,
Spielo International Canada ULC et
Tech Link International Entertainment
Limited** *Appelantes*

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
Bally Gaming Canada Ltd.,
Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation,
Alberta Gaming, Liquor and Cannabis
Commission,
Canadian Gaming Association,
Chambre de commerce du Canada et
British Columbia Lottery Corporation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DES LOTERIES DE
L'ATLANTIQUE c. BABSTOCK**

2020 CSC 19

N° du greffe : 38521.

2019 : 3 décembre; 2020 : 24 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Civil procedure — Class actions — Certification — Pleadings — Causes of action — Plaintiffs alleging defendants profited from dangerous and deceptive video lottery terminals — Plaintiffs relying on waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment as causes of action and seeking gain-based award — Plaintiffs' action certified as class proceeding — Whether plaintiffs' claims disclose reasonable cause of action.

ALC, constituted by the governments of the four Atlantic provinces, is empowered to approve the operation of video lottery terminal games (“VLTs”) in Newfoundland and Labrador. The plaintiffs applied for certification of a class action against ALC, on behalf of any natural person resident in Newfoundland and Labrador who paid to play VLTs in that province in the six years preceding the class action. The plaintiffs claim that VLTs are inherently dangerous and deceptive. Relying on three causes of action (waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment), the plaintiffs seek a gain-based award, quantified by the profit ALC earned by licensing VLTs.

ALC applied to strike the plaintiffs' claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, and the plaintiffs applied for certification of their claim as a class action. The certification judge dismissed ALC's application, and further held that the plaintiffs had satisfied the requirements necessary for certification. The Court of Appeal substantially upheld the certification judge's conclusions, and allowed the plaintiffs' claims in waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment to proceed to trial.

Held (Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting in part): The appeals should be allowed, the certification order set aside and the plaintiffs' statement of claim struck in its entirety.

Per Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: Each claim that the plaintiffs have pleaded is bound to fail because it discloses no reasonable cause of action.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation d'exercer un recours collectif — Actes de procédure — Causes d'action — Demandeurs alléguant que les défendeurs ont tiré profit d'appareils de loterie vidéo dangereux et trompeurs — Demandeurs invoquant les causes d'action de renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause et cherchant à obtenir une réparation fondée sur les gains réalisés — Action des demandeurs autorisée en tant que recours collectif — Les demandes présentées par les demandeurs révèlent-elles une cause d'action raisonnable?

La SLA, constituée par les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, a le pouvoir d'approuver l'exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador. Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l'introduction du recours collectif. Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. S'appuyant sur trois causes d'action (renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d'utilisation des ALV.

La SLA a présenté une demande visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et les demandeurs ont demandé l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif. Le juge d'autorisation a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. La Cour d'appel a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer dissidents en partie) : Les pourvois sont accueillis, l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif est annulée et la déclaration des demandeurs est radiée en entier.

Les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe : Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable.

The plaintiffs cannot rely on the doctrine of waiver of tort as an independent cause of action for disgorgement. This novel cause of action does not exist in Canadian law and has no reasonable chance of succeeding at trial. In addition, the term “waiver of tort” is apt to generate confusion and should be abandoned. Despite its early acceptance, this term is a misnomer. Rather than forgiving or waiving the wrongfulness of the defendant’s conduct, plaintiffs relying on the doctrine are simply electing to pursue an alternative, gain-based, remedy.

Restitution for unjust enrichment and disgorgement for wrongdoing are two types of gain-based remedies. What the plaintiffs seek in this case is disgorgement, which does not require proof of deprivation to the plaintiff, and requires only that the defendant gained a benefit. Restitution is awarded in response to the causative event of unjust enrichment, where there is correspondence between the defendant’s gain and the plaintiff’s deprivation. Disgorgement should be viewed as an alternative remedy for certain forms of wrongful conduct, not as an independent cause of action. In order to make out a claim for disgorgement, a plaintiff must first establish actionable misconduct. By pleading disgorgement as an independent cause of action, however, the plaintiffs in this case seek to establish an entirely new category of wrongful conduct — one that is akin to negligence but does not require proof of damage. Although disgorgement is available for some forms of wrongdoing without proof of damage (for example, breach of fiduciary duty), it is a far leap to find that disgorgement without proof of damage is available as a general proposition in response to a defendant’s negligent conduct. Granting disgorgement for negligence without proof of damage would result in a remedy arising out of legal nothingness, and would be a radical and uncharted development. This is not the type of incremental change that falls within the remit of courts applying the common law.

The plaintiffs’ claim that VLTs are “similar to” three-card monte within the meaning of s. 206 of the *Criminal Code* and that their operation is therefore prohibited also has no reasonable chance of success. Statutory interpretation requires discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical

Les demandeurs ne peuvent invoquer la renonciation au recours délictuel en tant que cause d’action indépendante en restitution des gains illicites. Cette nouvelle cause d’action n’existe pas en droit canadien et n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie au procès. De plus, le terme « renonciation au recours délictuel » prête à confusion et devrait donc être abandonné. Bien qu’il soit accepté depuis longtemps, ce terme est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoque la doctrine choisit simplement de demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés.

La restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d’acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés. En l’espèce, les demandeurs sollicitent la restitution des gains illicites, qui ne nécessite pas de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement, mais seulement que le défendeur a obtenu un avantage. La restitution est accordée en réponse à l’élément causal d’un enrichissement sans cause, lorsque le gain réalisé par le défendeur correspond à l’appauvrissement subi par le demandeur. La restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d’action indépendante. Pour établir le bien-fondé d’une demande en restitution des gains illicites, le demandeur doit d’abord établir l’inconduite donnant ouverture à l’action. En plaidant la restitution des gains illicites en tant que cause d’action indépendante, cependant, les demandeurs en l’espèce cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s’apparente à la négligence mais qui n’exige pas de preuve de l’existence d’un préjudice. Bien que la restitution des gains illicites soit possible pour certaines formes d’actes fautifs sans qu’il soit nécessaire de prouver le préjudice (par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire), il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation issue d’un néant juridique, et serait un changement radical tout à fait nouveau. Ce n’est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law.

L’allégation des demandeurs selon laquelle les ALV sont « analogues » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l’art. 206 du *Code criminel* et que leur exploitation est donc interdite n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie. L’interprétation des lois exige de dégager l’intention du législateur en lisant le texte législatif dans son

and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and objects. In determining what games can be considered "similar to" three-card monte, it must be kept in mind that courts cannot create common law crimes through an act of judicial interpretation. Furthermore, while expert evidence may assist in deciding whether the defined elements of an offence are made out on the facts of a particular charge, expert evidence cannot purport to define the elements of an offence. The text of the provision and its surrounding context suggest that the prohibition of games similar to three-card monte was directed towards the game's concrete attributes and not towards the abstract feature of deception. Had Parliament sought to prohibit broadly deceptive games, it would have straightforwardly done so. Games "similar to" three-card monte must therefore involve, at a minimum, a player betting on the location of an object after a series of manipulations. Nothing in the pleadings describes VLTs as operating in this manner.

The plaintiffs' breach of contract claim is also doomed to fail. Whether this claim discloses a reasonable cause of action should be considered in light of the remedies the plaintiffs actually seek — that is, disgorgement and punitive damages — and the question of whether these remedies are available to the plaintiffs, assuming the truth of their pleadings. The ordinary form of monetary relief for breach of contract is an award of damages, measured according to the position which the plaintiff would have occupied had the contract been performed. Disgorgement for breach of contract may be appropriate in exceptional circumstances, but only where, at a minimum, other remedies are inadequate and only where the circumstances warrant such an award. As to those circumstances, courts should in particular consider whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity. The key to developing principles for gain-based recovery in breach of contract is to consider what legitimate interest a gain-based award serves to vindicate. A coherent approach that reconciles the relief awarded with the structure of breach of contract as a cause of action should be preferred. While the circumstances in which a gain-based award will be appropriate cannot be clearly delineated in advance, one would expect future legitimate interests protected by a gain-based award to resemble those interests that have been protected in the past. Courts have, in some exceptional circumstances, long awarded monetary amounts departing from the ordinary measure of expectation damages. An award that appears to be measured by a defendant's gain might serve a compensatory purpose that distinguishes it from disgorgement and which therefore tends to support recovery. Where, as

contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, il faut garder à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation. De plus, bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction. Le libellé de la disposition et son contexte tendent à indiquer que l'interdiction visant les jeux analogues au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l'aurait fait sans détour. Les jeux « analogues » au bonneteau supposent donc nécessairement, à tout le moins, qu'un joueur parie sur l'endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière.

La demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs est aussi vouée à l'échec. La question de savoir si cette demande révèle une cause d'action raisonnable devrait être examinée à la lumière des réparations que les demandeurs cherchent à obtenir — c'est-à-dire la restitution des gains illicites et les dommages punitifs — et la question de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés. La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté. La restitution des gains illicites pour violation de contrat peut convenir dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas et les circonstances justifient d'accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives. L'élément essentiel pour élaborer les principes d'une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d'action devrait être privilégiée. Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance, mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé. Les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines

here, the argument is that the quantum of loss is equal to the defendant's gain, but the plaintiff would simply rather pursue disgorgement, a gain-based remedy is not appropriate. Further, there is nothing exceptional about the breach of contract the plaintiffs allege: once the allegations of criminal conduct are put aside, the plaintiffs' claim is simply that they paid to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs cannot be said to have a legitimate interest in ALC's profit-making activity, and their claim has no reasonable chance of achieving disgorgement damages for breach of contract.

Punitive damage awards for breach of contract are also exceptional, but will be awarded where the alleged breach of contract is an independent actionable wrong. The actionable wrong need not be tortious: punitive damages may also be awarded where the defendant breaches a contractual obligation. Not every contract, however, imposes actionable good faith obligations on contracting parties: while good faith is an organizing principle of Canadian contract law, it manifests itself in specific circumstances and its application is generally confined to existing categories of contracts and obligations. The alleged contract between ALC and the plaintiffs does not fit within any of the established good faith categories; accordingly, their claim for punitive damages has no reasonable chance of success.

Finally, the plaintiffs' unjust enrichment claim has no reasonable chance of success. The principled unjust enrichment framework requires establishing that ALC was enriched, that the plaintiffs suffered a corresponding deprivation, and that the enrichment and corresponding deprivation occurred in the absence of any juristic reason therefor. The juristic reason element proceeds in two stages: first, the plaintiff must demonstrate that the defendant's enrichment cannot be justified by any of the established categories of juristic reason; and second, the defendant can rebut the plaintiff's case by showing that there is a residual reason to deny recovery. In the present

circstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s'écartant de l'évaluation ordinaire de l'indemnisation pour la perte du profit escompté. Un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement. Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel : une fois les allégations de conduite criminelle écartées, les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA, et les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action. Il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle. Toutefois, ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action : bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises et son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations. Le contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies; par conséquent, leur demande de dommages-intérêts punitifs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

Enfin, la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie. Le cadre d'analyse de l'enrichissement sans cause requiert qu'ils établissent que la SLA s'est enrichie, qu'ils ont subi un appauvrissement correspondant et que l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique. L'élément de motif juridique comporte deux étapes : premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur; et deuxièmement, le défendeur peut réfuter la preuve du demandeur en démontrant qu'il existe

case, there is no need to go beyond the first stage. The plaintiffs' own pleadings allege that there was a contract between ALC and the plaintiffs under which the plaintiffs paid to play VLTs, and nothing in the pleadings could serve to vitiate the alleged contract. A defendant that acquires a benefit pursuant to a valid contract is justified in retaining that benefit.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. There is agreement with the majority that a mere breach of a duty of care, in the absence of loss, cannot ground a claim for disgorgement. There is also agreement that VLTs cannot constitute "three-card monte" as defined in the *Criminal Code*, and that the plaintiffs' claim in unjust enrichment must be struck. However, there is disagreement with whether the plaintiffs' claim in breach of contract is a reasonable cause of action, as well as the conclusion that there are no available remedies for that breach. The plaintiffs' claim should be certified as a class action on the common issues of breach of contract, punitive damages and the appropriateness of a disgorgement remedy.

The elements of a cause of action for breach of contract are the existence of a contract and the breach of a term of that contract. Loss is not an essential element. The plaintiffs have pleaded the nature of the contract, the terms they say are implied, and the manner in which ALC breached the contract between them. The first implied term pleaded is a warranty that the VLTs were not inherently dangerous. In the alternative, the plaintiffs plead that ALC breached an implied term requiring ALC to warn the plaintiff class of any inherent danger in the consumption of the games and to satisfy itself of their safety. Finally, the plaintiffs allege that ALC breached an implied term of good faith. It is not plain and obvious that implying these terms would improperly touch on or fetter ALC's authority as a public regulator of VLTs.

The claim for breach of contract should not be struck on the basis that it is plain and obvious that there are no available remedies. There are several remedies that are open to the plaintiffs on their pleadings, including nominal

un autre motif de refuser le recouvrement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de la première étape. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV, et rien dans les actes de procédure ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage.

Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer (dissidents en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites. Il y a également accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, il y a désaccord avec l'analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, et avec la conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation. L'action des demandeurs devrait être autorisée en tant que recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

Les éléments d'une cause d'action pour violation de contrat sont l'existence d'un contrat et la violation d'une condition de celui-ci. La perte n'est pas un élément essentiel. Les demandeurs ont invoqué la nature du contrat, les conditions qu'ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. La première condition implicite invoquée est une garantie que les ALV n'étaient pas intrinsèquement dangereux. Subsidiairement, les demandeurs soutiennent que la SLA a violé une condition implicite par laquelle la SLA était tenue de mettre en garde le groupe de demandeurs contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s'assurer de la sécurité de ceux-ci. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d'agir de bonne foi. Il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de ces conditions implicites toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA en tant qu'organisme de réglementation public des ALV.

La demande fondée sur la violation de contrat ne devrait pas être radiée du fait qu'il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible. Plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs

damages, declaratory relief, disgorgement, and punitive damages.

A court finding breach of contract may make binding declarations of right, whether or not any consequential relief is or could be claimed. Nominal damages are always available for causes of action, like breach of contract, that do not require proof of loss. This alone precludes striking the claim.

Whether disgorgement is an appropriate remedy for breach of contract in this case is a matter for trial that cannot be resolved on the pleadings alone. While the customary remedy for a breach of contract is compensation measured in the form of expectation damages, in some cases, disgorgement of a defendant's profits can be an appropriate remedy for breach of contract. Disgorgement is an exceptional remedy, available where a plaintiff has shown that the ordinary remedies of contract law are inadequate to protect and vindicate their contractual right. Although compensatory damages will often help to achieve deterrence of wrongful conduct, they will not always be adequate or appropriate in the circumstances of the breach. The measure of a disgorgement award implicitly effects deterrence and is dictated by the minimum amount necessary to make the wrong unprofitable.

Disgorgement awards are not limited to situations in which they serve a compensatory purpose. A self-interested and deliberate breach; the impracticability of calculating loss; and the plaintiff's legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity, including where the defendant had a quasi-fiduciary duty to the plaintiff, weigh in favour of a disgorgement remedy. No single factor is necessarily crucial or dispositive. The plaintiffs' pleadings in this case correspond with several factors that, if established at trial, may point to a disgorgement remedy, including that the plaintiffs were vulnerable to ALC's abuse of its power and that ALC's breach was self-interested, deliberate, and in bad faith. A trial judge may also find that ascertaining the actual amount lost is impracticable since VLTs are designed not to create records of who uses them and how much money they have lost.

actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

Un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non. Les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d'action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

La question de savoir si la restitution des gains illicites est une réparation appropriée pour la violation de contrat en l'espèce doit être tranchée au procès et ne peut l'être au vu des actes de procédure à eux seuls. Même si la réparation habituelle pour violation de contrat est l'indemnisation évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte de profit escompté, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel. Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive, ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. La portée de la réparation de restitution des gains illicites a implicitement un effet de dissuasion et est dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable.

Les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Une violation intéressée et délibérée; l'impossibilité pratique de calculer la perte; et l'intérêt légitime du demandeur à empêcher les activités lucratives du défendeur, y compris le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur, militent en faveur d'une réparation de restitution des gains illicites. Aucun facteur à lui seul n'est forcément décisif ou déterminant. Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure en l'espèce correspondent à plusieurs facteurs qui, s'ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites, notamment le fait que les demandeurs étaient vulnérables à l'abus de pouvoir de la SLA et que la violation qu'a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi. Le juge du procès pourrait aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV ne sont pas conçus pour créer des relevés identifiant les utilisateurs et les montants d'argent qu'ils ont perdu.

The plaintiffs have also pleaded a sufficient basis to support a claim for punitive damages. The focus of punitive damages is on the defendant's misconduct, not the plaintiff's loss, and injury to the plaintiff is not a condition precedent to an award of punitive damages. The plaintiffs have pleaded a breach of the duty of honest performance, which can constitute an actionable wrong to ground a claim for punitive damages.

With regard to certification, the class representative must show that there is some "basis in fact" that there is an identifiable class of two or more persons, that there is at least one common issue, and that the class action is the preferable procedure. This standard ensures that there is an evidentiary foundation to support the certification order.

The proposed class definition uses objective criteria that will allow for identification of those who can attest to playing the games, and there is a basis to believe that at least two persons will be able to establish that they paid ALC to gamble on VLT games during the proposed class period.

An issue is common where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. The issues relating to breach of contract, disgorgement, and punitive damages are appropriate common issues, but the issue relating to aggregate monetary relief is not. On breach of contract, the pleadings assert a civil wrong that is common to each member of the class: whether the terms alleged by the plaintiffs are in fact implied, and whether the functioning of the VLTs routinely violates those terms, would be the same for every consumer. On disgorgement, determining whether the circumstances of this case are exceptional, such that other contractual remedies are inadequate, is a substantial ingredient of each member's claim and will benefit all members of the class. For punitive damages, ALC's conduct and the alleged breach of the duty of good faith would be common to all class members.

But there is no basis in fact to certify aggregate monetary relief as a common issue. Before making an award of disgorgement, the court must be satisfied that the breach of contract is causally connected to the gain to be

Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur, et il n'est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés. Les demandeurs ont plaidé un manquement à l'obligation d'exécution honnête, qui peut constituer une faute donnant ouverture à action susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs.

À l'égard de l'autorisation, le représentant du groupe doit établir l'existence d'un certain « fondement factuel » selon lequel il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes, il y a au moins une question commune, et le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions. Cette norme assure qu'il existe une preuve sur laquelle peut reposer l'ordonnance d'autorisation.

La définition du groupe proposée s'appuie sur des critères objectifs qui permettront l'identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu'au moins deux personnes seront capables d'établir qu'ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif.

Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Les questions relatives à la violation de contrat, à la restitution des gains illicites et aux dommages-intérêts punitifs sont des questions communes appropriées, mais la question relative aux mesures de redressement pécuniaire global ne l'est pas. Pour ce qui est de la violation de contrat, les actes de procédure invoquent une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe : la question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites, et celle de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions, seront les mêmes pour chaque consommateur. Quant à la restitution des gains illicites, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres réparations contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En ce qui a trait aux dommages-intérêts punitifs, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe.

Toutefois, il n'y a pas de fondement factuel permettant de certifier le redressement pécuniaire global comme question commune. Avant d'accorder une réparation de restitution des gains illicites, le tribunal doit être convaincu

disgorged. To ensure that ALC's total liability is limited to that flowing from the breach, some plausible methodology is needed to estimate ALC's liability from its breach of contract, including what its profits might have been had it not breached its contractual obligations. No methodology has been suggested.

Finally, with regard to preferability, the keystone of the plaintiffs' action is a deception common to each member of the class. Determining the content of a contract entered into by each member, and whether that contract was systematically breached, does not require individualized assessments and is more practical and efficient than individual actions. A class action has the potential to acknowledge, vindicate and protect individual players' contractual interest in a safe and fair game.

Cases Cited

By Brown J.

Applied: *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; **considered:** *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; **referred to:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Moore v. Sweet*, 2018 SCC 52, [2018] 3 S.C.R. 303; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *Serhan (Estate Trustee) v. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268; *Authentic T-Shirt Co. ULC v. King*, 2016 BCCA 59; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *The Queen v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204;

que la violation du contrat a un lien de causalité avec le gain à restituer. Pour faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation, il faut une méthode plausible pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été ses profits si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles. Or, aucune méthode n'a été proposée.

Enfin, eu égard à la question du meilleur moyen, la clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'intenter des actions à titre individuel, et cette façon de faire n'exige pas d'évaluations individuelles. Un recours collectif a la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l'intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt appliqué : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; **arrêt examiné :** *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *La Reine c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S.

The King v. Rosen and Lavoie (1920), 61 D.L.R. 500; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Rogers & Rogers Inc. v. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Sunshine Exploration Ltd. v. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] S.C.R. 2; *Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321; *Smith v. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158.

By Karakatsanis J. (dissenting in part)

R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd., 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Montreal Trust Co. of Canada v. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy v. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Owners of the Steamship "Mediana" v. Owners, Master and Crew of the Lightship "Comet"*, [1900] A.C. 113; *Place Concorde East Ltd. Partnership v. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141; *Saskatchewan Government Insurance v. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Robinson v. Harman* (1848), 1 Ex. 850; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Attorney-General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109; *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408; *One Step (Support) Ltd.*

402; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2; *Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321; *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente en partie)

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Montreal Trust Co. of Canada c. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Owners of the Steamship "Mediana" c. Owners, Master and Crew of the Lightship "Comet"*, [1900] A.C. 113; *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109; *Banque Royale du Canada c.*

v. *Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323; *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79; *Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Jiang v. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1; *Williams v. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54, aff'd (2003), 226 D.L.R. (4th) 112; *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295; *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Ramdath v. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Chace v. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264; *Pederson v. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661; *Chalmers v. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186; *Fakhri v. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 15(1).
Class Actions Act, S.N.L. 2001, c. C-18.1, ss. 5, 8(d), 29(1), 37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 206, 207(1)(a), (4)(a), 209.
Lotteries Act, S.N.L. 1991, c. 53, s. 5.
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, rr. 7.16, 14.24.

W. Got & Associates Electric Ltd., [1999] 3 R.C.S. 408; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79; *Vercoe c. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1; *Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112; *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264; *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227.

Lois et règlements cités

Class Actions Act, S.N.L. 2001, c. C-18.1, art. 5, 8(d), 29(1), 37.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206, 207(1)a), (4)a), 209.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 15(1).
Lotteries Act, S.N.L. 1991, c. 53, art. 5.
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, ann. D, r. 7.16, 14.24.

Video Lottery Regulations, C.N.L.R. 760/96, ss. 2(e), 3, 4, 5, 6, 8, 10.

Authors Cited

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2011.
- Barnett, Katy. *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Barton, Sandra, Mark Hines, and Shawn Therien. “Neither Cause of Action nor Remedy: Doing Away with Waiver of Tort”, in Todd L. Archibald and Randell Scott Echlin, eds. *Annual Review of Civil Litigation, 2015*. Toronto: Carswell, 2015.
- Beatson, J. “The Nature of Waiver of Tort” (1978-79), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1.
- Benson, Peter. “Contract as a Transfer of Ownership” (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673.
- Birks, Peter. “Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity” (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421.
- Botterell, Andrew. “Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract” (2010), 16 *Legal Theory* 135.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 2, 5th Sess., 13th Parl., April 11, 1921, pp. 1857-58.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 4, 5th Sess., 13th Parl., May 6, 1921, pp. 3005-6.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “three-card monte”.
- Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale, et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Edelman, James. *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2002.
- Edelman, James. *McGregor on Damages*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Eisenberg, Melvin A. *Foundational Principles of Contract Law*. New York: Oxford University Press, 2018.
- Friedmann, Daniel. “Restitution for Wrongs: The Basis of Liability”, in W. R. Cornish, et al., eds. *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Friedmann, Daniel. “Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the

Video Lottery Regulations, C.N.L.R. 760/96, art. 2(e), 3, 4, 5, 6, 8, 10.

Doctrine et autres documents cités

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment*, vol. 2. St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 2011.
- Barnett, Katy. *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*. Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Barton, Sandra, Mark Hines, and Shawn Therien. « Neither Cause of Action nor Remedy : Doing Away with Waiver of Tort », in Todd L. Archibald and Randell Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2015*, Toronto, Carswell, 2015.
- Beatson, J. « The Nature of Waiver of Tort » (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1.
- Benson, Peter. « Contract as a Transfer of Ownership » (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673.
- Birks, Peter. « Restitutionary damages for breach of contract : *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421.
- Botterell, Andrew. « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1898-1899.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3058-3059.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *three-card monte* ».
- Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies : The Law of Damages*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale, et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2018.
- Edelman, James. *Gain-Based Damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2002.
- Edelman, James. *McGregor on Damages*, 20th ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Eisenberg, Melvin A. *Foundational Principles of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 2018.
- Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 133.

- Commission of a Wrong” (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504.
- Gannage, Mark. “Nominal Damages for Breach of Contract in Canada” (2011), 69 *Advocate* 833.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Iacobucci, Edward M., and Michael J. Trebilcock. “An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions” (2016), 66 *U.T.L.J.* 173.
- Jones, Craig. “Panacea or Pandemic: Comparing ‘Equitable Waiver of Tort’ to ‘Aggregate Liability’ in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation” (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301.
- Jones, Craig. “The Class Action as Public Law”, in Janet Walker and Garry D. Watson, eds. *Class Actions in Canada: Cases, Notes, and Materials*. Toronto: Emond Montgomery Publications: Toronto, 2014, 28.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 24).
- Martin, J. M. “Waiver of Tort: An Historical and Practical Survey” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 473.
- McCamus, John D. “Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective” (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943.
- McCamus, John D. “Waiver of Tort: Is There a Limiting Principle?” (2014), 55 *Can. Bus. L.J.* 333.
- McInnes, Mitchell. “Gain-Based Relief for Breach of Contract: *Attorney General v. Blake*” (2001), 35 *Can. Bus. L.J.* 72.
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- O’Hagan, Cara-Marie. “Remedies”, in Lewis N. Klar, et al., eds., *Remedies in Tort*, vol. 4. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2020, release 5).
- Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 1989 (loose-leaf updated 2019, release 4).
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344.
- Rosenberg, H. Michael. “Waiving Goodbye: The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings” (2010), 6 *Can. Class Action Rev.* 37.
- Sage, Nicholas W. “Disgorgement: From Property to Contract” (2016), 66 *U.T.L.J.* 244.
- Sangiuliano, Anthony Robert. “A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies” (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149.
- Friedmann, Daniel. « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504.
- Gannage, Mark. « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *Advocate* 833.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Iacobucci, Edward M., and Michael J. Trebilcock. « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173.
- Jones, Craig. « Panacea or Pandemic : Comparing “Equitable Waiver of Tort” to “Aggregate Liability” in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301.
- Jones, Craig. « The Class Action as Public Law », in Janet Walker and Garry D. Watson, eds., *Class Actions in Canada : Cases, Notes, and Materials*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2014, 28.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 24).
- Martin, J. M. « Waiver of Tort : An Historical and Practical Survey » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 473.
- McCamus, John D. « Disgorgement for Breach of Contract : A Comparative Perspective » (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943.
- McCamus, John D. « Waiver of Tort : Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Rev. can. dr. comm.* 333.
- McInnes, Mitchell. « Gain-Based Relief for Breach of Contract : *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Rev. can. dr. comm.* 72.
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- O’Hagan, Cara-Marie. « Remedies », in Lewis N. Klar, et al., eds., *Remedies in Tort*, vol. 4, Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2020, release 5).
- Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 1989 (loose-leaf updated 2019, release 4).
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344.
- Rosenberg, H. Michael. « Waiving Goodbye : The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Rev. Can. R. C.* 37.
- Sage, Nicholas W. « Disgorgement : From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244.
- Sangiuliano, Anthony Robert. « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149.

- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. “Commercial Law Damages: Market Efficiency or Regulation of Behaviour?”, in The Law Society of Upper Canada, ed. *Special Lectures 2005: The Modern Law of Damages*. Toronto: Irwin Law, 2006, 327.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Thomson Reuters, 2012 (loose-leaf updated November 2019, release 28).
- Smith, Lionel D. “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract, and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L.J.* 121.
- Smith, Lionel D. “The Province of the Law of Restitution” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* New York: Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen M. “Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Watterson, Stephen. “Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales”, in Ewoud Hondius and André Janssen, eds. *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham, Switzerland: Springer, 2015, 29.
- Weber, Greg. “Waiver of Tort: Disgorgement *Ex Nihilo*” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389.
- Weinrib, Ernest J. “Causal Uncertainty” (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135.
- Weinrib, Ernest J. “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55.
- Weinrib, Ernest J. “Restitutionary Damages as Corrective Justice” (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1.
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*, rev. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Winterton, David. “Contract Theory and Gain-Based Recovery” (2013), 76 *M.L.R.* 1129.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. « Commercial Law Damages : Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », in The Law Society of Upper Canada, ed., *Special Lectures 2005 : The Modern Law of Damages*, Toronto, Irwin Law, 2006, 327.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Thomson Reuters, 2012 (loose-leaf updated November 2019, release 28).
- Smith, Lionel D. « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract, and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121.
- Smith, Lionel D. « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen M. « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Watterson, Stephen. « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », in Ewoud Hondius and André Janssen, eds., *Disgorgement of Profits : Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham (Suisse), Springer, 2015, 29.
- Weber, Greg. « Waiver of Tort : Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389.
- Weinrib, Ernest J. « Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135.
- Weinrib, Ernest J. « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55.
- Weinrib, Ernest J. « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1.
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*, rev. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Winterton, David. « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129.

APPEALS from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green, Welsh and Harrington JJ.A.), 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1,

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Green, Welsh et Harrington), 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1, 53

53 C.C.L.T. (4th) 12, [2018] N.J. No. 383 (QL), 2018 CarswellNfld 470 (WL Can.), affirming in part decisions of Faour J., 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307, [2016] N.J. No. 443 (QL), 2016 CarswellNfld 532 (WL Can.), and 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, 1108 A.P.R. 293, [2014] N.J. No. 288 (QL), 2014 CarswellNfld 281 (WL Can.). Appeals allowed, Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting in part.

Julie Rosenthal, Mike Eizenga, Sarah Stothart and Jonathan G. Bell, for the appellant the Atlantic Lottery Corporation Inc.

Ian F. Kelly, Q.C., and *Daniel M. Glover*, for the appellants VLC, Inc., IGT-Canada Inc. and International Game Technology.

Colm St. R. Seviour, Q.C., and *Koren A. Thomson*, for the appellant Spielo International Canada ULC.

Jorge P. Segovia, for the appellant Tech Link International Entertainment Limited.

Kirk M. Baert and Celeste Poltak, for the respondents.

Brent Kettles and Tom McKinlay, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Denis Gu nette and Tom Dobson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Jared G. Biden, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Paul D. Dicks, Q.C., Michael D. Lipton, Q.C., and *Kevin J. Weber*, for the interveners Bally Gaming Canada Ltd. and Bally Gaming Inc.

Keith Kilback, Q.C., and *Alexander Shalashniy*, for the intervener the Western Canada Lottery Corporation.

C.C.L.T. (4th) 12, [2018] N.J. No. 383 (QL), 2018 CarswellNfld 470 (WL Can.), qui a confirmé en partie des décisions du juge Faour, 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307, [2016] N.J. No. 443 (QL), 2016 CarswellNfld 532 (WL Can.), et 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, 1108 A.P.R. 293, [2014] N.J. No. 288 (QL), 2014 CarswellNfld 281 (WL Can.). Pourvois accueillis, le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents en partie.

Julie Rosenthal, Mike Eizenga, Sarah Stothart et Jonathan G. Bell, pour l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique.

Ian F. Kelly, c.r., et *Daniel M. Glover*, pour les appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology.

Colm St. R. Seviour, c.r., et *Koren A. Thomson*, pour l'appelante Spielo International Canada ULC.

Jorge P. Segovia, pour l'appelante Tech Link International Entertainment Limited.

Kirk M. Baert et Celeste Poltak, pour les intimés.

Brent Kettles et Tom McKinlay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Denis Guénette et Tom Dobson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jared G. Biden, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul D. Dicks, c.r., Michael D. Lipton, c.r., et *Kevin J. Weber*, pour les intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc.

Keith Kilback, c.r., et *Alexander Shalashniy*, pour l'intervenante Western Canada Lottery Corporation.

Mandy L. England and Michael Sobkin, for the intervener the Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission.

Brandon Kain, Gillian P. Kerr and Adam Goldenberg, for the intervener the Canadian Gaming Association.

Matthew Milne-Smith, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

K. Michael Stephens, Shannon Ramsay and Aubin Calvert, for the intervener the British Columbia Lottery Corporation.

The judgment of Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] The appellant Atlantic Lottery Corporation Inc. (“ALC”), constituted by the governments of the four Atlantic provinces, is empowered to approve the operation of video lottery terminal games (“VLTs”) in Newfoundland and Labrador by the *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96. The respondents Douglas Babstock and Fred Small (“the plaintiffs”) applied for certification of a class action against ALC, on behalf of any natural person resident in Newfoundland and Labrador who paid to play VLTs in that province in the six years preceding the class action, or on behalf of the estate of any such person. The other appellants are suppliers of VLTs that ALC has added to the action as third-party defendants.

[2] The plaintiffs’ essential claim is that VLTs are inherently dangerous and deceptive. Indeed, they say that VLTs are so deceptive that they contravene the *Criminal Code*’s prohibition of games similar to “three-card monte” (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 206). Relying on three causes of action (“waiver of tort”, breach of contract and unjust

Mandy L. England et Michael Sobkin, pour l’intervenante Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission.

Brandon Kain, Gillian P. Kerr et Adam Goldenberg, pour l’intervenante Canadian Gaming Association.

Matthew Milne-Smith, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

K. Michael Stephens, Shannon Ramsay et Aubin Calvert, pour l’intervenante British Columbia Lottery Corporation.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] L’appelante la Société des loteries de l’Atlantique Inc. (« SLA »), constituée par les gouvernements des quatre provinces de l’Atlantique, a le pouvoir d’approuver l’exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador en vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96. Les intimés, Douglas Babstock et Fred Small (« les demandeurs »), ont présenté une demande d’autorisation d’un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l’introduction du recours collectif, ou pour le compte de la succession de telles personnes. Les autres appelantes sont des sociétés qui fournissent des ALV, que la SLA a désignées comme tierces parties défenderesses.

[2] Les demandeurs font valoir essentiellement que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. De fait, ils affirment que les ALV sont à ce point trompeurs qu’ils contreviennent aux dispositions du *Code criminel* interdisant les jeux analogues au jeu de « bonneteau » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206). S’appuyant sur trois causes

enrichment), the plaintiffs seek a gain-based award, quantified by the profit ALC earned by licensing VLTs.¹

[3] More particularly, and as to waiver of tort, the plaintiffs allege that ALC breached a duty to warn of the inherent dangers associated with VLTs, including the risk of addiction and suicidal ideation. This, they say, supports their claim in waiver of tort, which they also say is an independent cause of action that allows for a gain-based remedy to “be determined at trial of common issues without the involvement of any individual class member” (A.R., vol. II, at p. 104).

[4] As to the claim for breach of contract, the plaintiffs allege a contract arising from ALC’s offer of VLTs to the public, and the plaintiffs’ corresponding acceptance by paying to play. As an implied term of this contract, they say that ALC was required to provide safe games that were fit for use and of merchantable quality, to use reasonable skill and care in its provision of VLT gaming, and to act in good faith. ALC breached these terms, they say, by supplying deceptive VLTs.

[5] Finally, the plaintiffs say that ALC has been unjustly enriched at their expense.

[6] The plaintiffs succeeded in obtaining certification at the Supreme Court of Newfoundland and Labrador, and that result was substantially affirmed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. In my respectful view, however, none of these claims

d’action (« renonciation au recours délictuel », violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d’utilisation des ALV¹.

[3] Plus particulièrement, et pour ce qui est de la renonciation au recours délictuel, les demandeurs soutiennent que la SLA a manqué à son obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et d’idées suicidaires. C’est sur ce manquement, affirment-ils, que repose leur demande fondée sur la renonciation au recours délictuel qui, ajoutent-ils, est une cause d’action indépendante ouvrant droit à une réparation fondée sur les gains réalisés [TRADUCTION] « qui sera établie lors de l’instruction des questions communes sans la participation des membres du groupe » (d.a., vol. II, p. 104).

[4] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment que le contrat en question existe du fait que la SLA offre des ALV au public et que les demandeurs acceptent en payant pour jouer. Selon eux, il découle implicitement de ce contrat que la SLA doit offrir des jeux sécuritaires qui sont propres à être utilisés et de qualité marchande, faire preuve d’une compétence et d’une diligence raisonnables lorsqu’elle fournit des jeux sur ALV, et agir de bonne foi. Ils soutiennent que la SLA a manqué à ces obligations en fournissant des ALV trompeurs.

[5] Enfin, les demandeurs affirment que la SLA s’est enrichie sans cause à leurs dépens.

[6] Les demandeurs ont réussi à obtenir l’autorisation devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, et cette décision a été confirmée pour l’essentiel par la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador. À mon humble avis, cependant, aucune

¹ While the pleadings advance other causes of action, those claims were struck by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal, and the plaintiffs have not cross-appealed that decision.

¹ Bien que les actes de procédure fassent état d’autres causes d’action, celles-ci ont été radiées par la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, et les demandeurs n’ont pas formé d’appel incident de cette décision.

have any reasonable chance of success. I would therefore allow the appeals, set aside the certification order, and strike the plaintiffs' claims against ALC.

II. Overview of Proceedings

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293; 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307*

[7] The matter came before the certification judge in the form of two applications: (1) ALC's application, made under r. 14.24(1)(a) of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293), to strike the plaintiffs' claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, and (2) the plaintiffs' application for certification of their claim as a class action under the *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1. The parties agreed that the certification judge's decision on ALC's application would also determine whether the plaintiffs had satisfied the first criterion for certification in s. 5 of the *Class Actions Act* — that "the pleadings disclose a cause of action".

[8] The certification judge dismissed ALC's application, and further held that the plaintiffs had satisfied the requirements necessary for certification. In particular and because the plaintiffs intended to pursue a collective remedy (calculated on the basis of ALC's profits) without proving individual damage, he concluded that there were common issues among the class that would be better addressed through a class action.

B. *Newfoundland and Labrador Court of Appeal — 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1*

[9] ALC appealed the certification judge's decisions on both applications. Writing for the majority,

de ces demandes n'a de chance raisonnable d'être accueillie. Je serais donc d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et de radier les demandes introduites à l'encontre de la SLA.

II. Aperçu des décisions des instances inférieures

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293; 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307*

[7] L'affaire a été soumise au juge d'autorisation sous la forme de deux demandes : (1) la demande de la SLA, fondée sur l'al. 14.24(1)(a) des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, ann. D (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293), visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et (2) la demande présentée par les demandeurs visant l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif en vertu de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1. Les parties ont convenu que la décision rendue par le juge d'autorisation saisi de la demande de la SLA permettrait aussi d'établir si les demandeurs avaient satisfait au premier critère d'autorisation prévu à l'art. 5 de la *Class Actions Act* — soit que [TRADUCTION] « les actes de procédure révèlent une cause d'action ».

[8] Le juge a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. Plus particulièrement, et parce que les demandeurs entendaient solliciter une réparation collective (calculée en fonction des profits réalisés par la SLA) sans prouver l'existence d'un préjudice individuel, il a conclu qu'il était préférable que certaines des questions communes aux membres du groupe soient tranchées dans le cadre d'un recours collectif.

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador — 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1*

[9] La SLA a interjeté appel des décisions rendues sur les deux demandes par le juge saisi de la demande

Green J.A. substantially upheld the certification judge's conclusions, and allowed the plaintiffs' claims in waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment to proceed to trial.

[10] Regarding waiver of tort, the majority concluded that the doctrine could operate as an independent cause of action for disgorgement, where it would serve the purpose of deterring wrongful conduct. Further, according to the majority, plaintiffs alleging negligence need not prove damage to establish an entitlement to disgorgement. All this led the majority to conclude that the plaintiffs' claim for waiver of tort — that is, for disgorgement as a remedy for negligence in the absence of demonstrated damage — disclosed a reasonable cause of action (paras. 185 and 189).

[11] Addressing the plaintiffs' allegations of criminal conduct, the majority concluded that expert evidence would be required to conclude whether VLTs are similar to three-card monte and therefore prohibited by s. 206 of the *Criminal Code*. Such claims, said the majority, would have to be determined at trial.

[12] Finally, the majority held that the pleaded facts, particularly considering the allegations of criminal conduct, could reasonably support a claim for disgorgement as a remedy for breach of contract. In view of its conclusion on waiver of tort as an independent cause of action, the majority found it unnecessary to address “issues raised in argument under the heading of unjust enrichment *simpliciter*, i.e. whether the pleading discloses a cause of action in unjust enrichment, calling for the application of the traditional three-part test set out in such cases

d'autorisation. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Green a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et il a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

[10] En ce qui concerne la renonciation au recours délictuel, les juges majoritaires ont conclu que la doctrine pouvait constituer une cause d'action indépendante en restitution des gains illicites, dans la mesure où elle contribuerait à l'atteinte de l'objectif de dissuasion des comportements fautifs. En outre, selon les juges majoritaires, il n'est pas nécessaire que les demandeurs alléguant la négligence prouvent l'existence d'un préjudice pour avoir droit à la restitution des gains illicites. Tout cela a amené les juges majoritaires à conclure que l'action pour renonciation au recours délictuel — c'est-à-dire, pour restitution des gains illicites à titre de réparation pour négligence en l'absence de preuve démontrant un préjudice — révélait une cause d'action raisonnable (par. 185 et 189).

[11] Répondant aux allégations de conduite criminelle formulées par les demandeurs, les juges majoritaires ont conclu qu'une preuve d'expert serait nécessaire pour établir si les ALV sont analogues au jeu de bonneteau et s'ils sont donc interdits par l'art. 206 du *Code criminel*. Ces allégations, selon les juges majoritaires, devraient être tranchées lors du procès.

[12] Enfin, les juges majoritaires ont conclu que les faits allégués, particulièrement compte tenu des allégations de conduite criminelle, pouvaient raisonnablement étayer une demande de restitution des gains illicites à titre de réparation pour violation de contrat. Étant donné leur conclusion selon laquelle la renonciation à un recours délictuel constituait une cause d'action indépendante, les juges majoritaires ont jugé inutile de se prononcer sur [TRADUCTION] « les questions soulevées lors de l'argumentation portant sur l'enrichissement sans cause *simpliciter*,

as [*Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629]" (para. 230).

[13] In dissent, Welsh J.A. would have allowed ALC's appeal and struck all the claims. In her view, the claims in contract and tort did not have a reasonable chance of success given that the plaintiffs did not plead damage to individual plaintiffs; it was plain and obvious that VLTs were not similar to three-card monte; and, there was a juristic reason for ALC's enrichment at the expense of the plaintiffs.

III. Analysis

[14] ALC's application to strike relies on r. 14.24(1) of the *Rules of the Supreme Court*, which allows the court to strike any portion of a statement of claim that discloses no reasonable cause of action. The parties agree that determining whether any reasonable cause of action is disclosed in the plaintiffs' statement of claim will also satisfy the first requirement of the plaintiffs' application for certification. The test to be applied under both applications, therefore, is whether it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that each of the plaintiffs' pleaded claims disclose no reasonable cause of action. Simply stated, if a claim has no reasonable prospect of success it should not be allowed to proceed to trial (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17).

[15] A central issue in this case arises from the plaintiffs' reliance on the doctrine of waiver of tort. The plaintiffs say that a claim relying on waiver of tort as an independent cause of action for disgorgement has at least a reasonable chance of succeeding at trial. Before the Court of Appeal's decision in this case, however, no Canadian authority had recognized such a cause of action, although the plaintiffs rely on a line of class action certification decisions in

c.-à-d. à savoir si l'acte de procédure révèle une cause d'action fondée sur l'enrichissement sans cause, commandant l'application du critère traditionnel à trois volets énoncé dans des décisions comme [*Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629] » (par. 230).

[13] Dissidente, la juge Welsh aurait accueilli l'appel de la SLA et radié toutes les demandes. À son avis, les demandes en responsabilité contractuelle et délictuelle n'avaient aucune chance raisonnable d'être accueillies étant donné que les demandeurs n'avaient pas fait valoir que, individuellement, ils avaient subi un préjudice; qu'il était évident et manifeste que les ALV n'étaient pas analogues au jeu de bonneteau; et qu'il y avait une cause juridique à l'enrichissement de la SLA aux dépens des demandeurs.

III. Analyse

[14] La requête en radiation présentée par la SLA est fondée sur le par. 14.24(1) des *Rules of the Supreme Court*, qui permet à la cour de radier toute partie d'une déclaration qui ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Les parties conviennent que le fait d'établir si la déclaration des demandeurs révèle une cause d'action raisonnable satisfera aussi à la première condition de la demande d'autorisation des demandeurs. Le critère devant être appliqué dans le cas des deux demandes est donc celui de savoir s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que chacune des demandes formulées par les demandeurs ne révèle aucune cause d'action raisonnable. En termes simples, si une demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie, elle ne devrait pas pouvoir suivre son cours (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17).

[15] L'une des principales questions dans la présente affaire découle du recours par les demandeurs à la doctrine de la renonciation au recours délictuel. Ceux-ci affirment qu'une demande fondée sur la renonciation au recours délictuel en tant que cause d'action indépendante en restitution des gains illicites a au moins une chance raisonnable d'être accueillie au procès. Avant que la Cour d'appel ne rende sa décision en l'espèce, cependant, aucune

which courts have *refrained* from finding that it is plain and obvious that such an action *does not* exist. The plaintiffs place significant emphasis on *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (“*Microsoft*”), where this Court, citing conflicting authorities on this point, declined to resolve it (para. 97).

[16] In my view, developments since *Microsoft*, and distinguishing features of this case, allow us to definitively resolve whether the novel cause of action proposed by the plaintiffs exists in Canadian law. I say so for four reasons.

[17] First, the argument in favour of recognizing the plaintiffs’ novel cause of action relies on the relationship between the concept of waiver of tort and the broader law of restitution (or, as it is now more commonly referred to in Canada, the law of unjust enrichment). This area of our law has developed rapidly in recent years in ways that have deepened our understanding of unjust enrichment (see e.g. *Moore v. Sweet*, 2018 SCC 52, [2018] 3 S.C.R. 303; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at pp. vii-ix; J. D. McCamus, “Waiver of Tort: Is There a Limiting Principle?” (2014), 55 *Can. Bus. L.J.* 333, at p. 334; A. Burrows, *The Law of Restitution* (3rd ed. 2011), at pp. 3-9). More particularly, several commentators have, since *Microsoft*, made helpful contributions by specifically commenting on waiver of tort as an independent cause of action (see e.g. G. Weber, “Waiver of Tort: Disgorgement *Ex Nihilo*” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389; S. Barton, M. Hines and S. Therien, “Neither Cause of Action nor Remedy: Doing Away with Waiver of Tort”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2015* (2015); E. M. Iacobucci and M. J. Trebilcock, “An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions” (2016), 66 *U.T.L.J.* 173). What was once seen as a state of legal

autorité canadienne n’avait reconnu une telle cause d’action, bien que les demandeurs aient invoqué une série de décisions en matière d’autorisation de recours collectifs dans lesquelles les tribunaux se sont *abstenus* de conclure qu’il est évident et manifeste qu’une telle cause d’action n’existe *pas*. Les demandeurs accordent une importance considérable à l’arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (« *Microsoft* »), dans lequel la Cour, citant des décisions contradictoires sur le sujet, a refusé de trancher la question (par. 97).

[16] À mon avis, les changements survenus depuis l’arrêt *Microsoft* et les particularités de la présente affaire nous permettent de trancher définitivement la question de savoir si la nouvelle cause d’action proposée par les demandeurs existe en droit canadien. Quatre raisons justifient cette affirmation.

[17] Premièrement, l’argument en faveur de la reconnaissance de la nouvelle cause d’action invoquée par les demandeurs repose sur le lien entre le concept de renonciation au recours délictuel et le droit plus général en matière de restitution (ou, comme on l’appelle maintenant communément au Canada, le droit relatif à l’enrichissement sans cause). Ce domaine de notre droit a rapidement évolué au cours des dernières années de manière à ce que nous ayons maintenant une compréhension plus approfondie de l’enrichissement sans cause (voir, p. ex., *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. vii-ix; J. D. McCamus, « Waiver of Tort : Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Rev. can. dr. comm.* 333, p. 334; A. Burrows, *The Law of Restitution* (3^e éd. 2011), p. 3-9). Plus particulièrement, plusieurs auteurs ont, depuis l’arrêt *Microsoft*, apporté des contributions utiles en s’exprimant expressément sur le sujet de la renonciation au recours délictuel en tant que cause d’action indépendante (voir, p. ex., G. Weber, « Waiver of Tort : Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389; S. Barton, M. Hines et S. Therien, « Neither Cause of Action nor Remedy : Doing Away with Waiver of Tort », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review*

uncertainty at the time *Microsoft* was decided has been made clearer.

[18] Secondly, and since *Microsoft* was decided, this Court has recognized in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, the need for a culture shift to promote “timely and affordable access to the civil justice system” (para. 2). Where possible, therefore, courts should resolve legal disputes promptly, rather than referring them to a full trial (paras. 24-25 and 32). This includes resolving questions of law by striking claims that have no reasonable chance of success (S. G. A. Pitel and M. B. Lerner, “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344, at pp. 351-52). Indeed, the power to strike hopeless claims is “a valuable housekeeping measure essential to effective and fair litigation” (*Imperial Tobacco*, at para. 19).

[19] Of course, it is not determinative on a motion to strike that the law has not yet recognized the particular claim. The law is not static, and novel claims that might represent an incremental development in the law should be allowed to proceed to trial (*Imperial Tobacco*, at para. 21; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, at para. 73; see also *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670). That said, a claim will not survive an application to strike simply because it is novel. It is beneficial, and indeed critical to the viability of civil justice and public access thereto that claims, including novel claims, which are doomed to fail be disposed of at an early stage in the proceedings. This is because such claims present “no legal justification for a protracted and expensive trial” (*Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83, at para. 19). If a court would not recognize a novel claim when the facts as pleaded are taken to be true, the claim is plainly doomed to fail and should be struck. In making this determination, it is not uncommon for courts to resolve complex questions of

of Civil Litigation, 2015 (2015); E. M. Iacobucci et M. J. Trebilcock, « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173). Ce qui était considéré comme un état d’incertitude juridique à l’époque où l’arrêt *Microsoft* a été rendu est maintenant beaucoup plus clair.

[18] Deuxièmement, et depuis qu’elle a rendu l’arrêt *Microsoft*, la Cour a reconnu, dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, qu’un virage culturel s’imposait afin de favoriser « l’accès expéditif et abordable au système de justice civile » (par. 2). Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent donc veiller au règlement rapide des litiges plutôt que les renvoyer pour instruction d’un procès complet (par. 24-25 et 32); cela comprend le fait de résoudre des questions de droit en radiant les demandes qui ne présentent aucune chance raisonnable d’être accueillies (S. G. A. Pitel et M. B. Lerner, « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344, p. 351-352). De fait, le pouvoir de radier les demandes vaines constitue « une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l’efficacité et à l’équité des procès » (*Imperial Tobacco*, par. 19).

[19] Bien sûr, le fait qu’une action en particulier n’a pas encore été reconnue en droit n’est pas déterminant pour une requête en radiation. Le droit n’est pas immuable, et les demandes inédites qui pourraient représenter une évolution graduelle du droit devraient pouvoir être instruites (*Imperial Tobacco*, par. 21; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, par. 73; voir aussi *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670). Cela dit, une demande ne pourra survivre à une requête en radiation simplement parce qu’elle est inédite. Il est bénéfique, et même essentiel à la viabilité de la justice civile et à l’accès du public à celle-ci que les demandes, y compris les demandes inédites, qui sont vouées à l’échec soient tranchées tôt dans l’instance. Il en est ainsi parce que de telles demandes ne présentent pas « matière à un procès long et coûteux » (*Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 19). Si un tribunal ne reconnaît pas une demande inédite dans le cas où les faits allégués sont tenus pour avérés, la demande est manifestement vouée à l’échec et doit être radiée.

law and policy (see e.g. *Imperial Tobacco; Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Syl Apps; Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261).

[20] Lax J.'s observations in *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660, are particularly apposite, as she heard arguments on the scope of waiver of tort after a 138-day trial. The circumstances did not require her to resolve the issue, but Lax J. observed that the parties “did not rely on any evidence . . . to support or oppose extending the waiver of tort doctrine to a negligence case”, nor did the plaintiffs “lead any policy evidence to explain why waiver of tort should be available” (para. 585 (CanLII)). She concluded that “deciding the waiver of tort issue does not necessarily require a trial and that it may be possible to resolve the debate in some other way” (para. 587).

[21] Thirdly, failing to address whether an independent cause of action for waiver of tort exists will perpetuate an undesirable state of uncertainty. As Greg Weber writes, “[w]aiver of tort has become a hollow and internally inconsistent doctrine, leaving judges and litigants confused about how and when a cause of action might support disgorgement” (p. 392). Uncertainty about whether an action lies for disgorgement without proof of damage has significant ramifications, which are most apparent in the context of class actions. For 16 years since *Serhan (Estate Trustee) v. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296 (S.C.), such claims have been commonly advanced but never fully tried. In the meantime, certification judges have had “little alternative but to affirm that the question of the doctrine’s availability is indeed a live issue for trial, which can and does result in certification to the detriment of the defendant, who is then practically compelled to pay a settlement to the plaintiff” (J. M. Martin, “Waiver of Tort: An Historical and Practical Survey” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 473, at p. 476 (footnote omitted);

Il n’est pas rare qu’en rendant de telles décisions, les tribunaux règlent des questions complexes de droit et de principe (voir, p. ex., *Imperial Tobacco; Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Syl Apps; Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261).

[20] Les observations de la juge Lax dans la décision *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660, sont particulièrement pertinentes, puisqu’elle a entendu les arguments sur la portée de la renonciation au recours délictuel après un procès de 138 jours. Dans les circonstances, elle n’avait pas à trancher la question, mais la juge Lax a noté que les parties [TRADUCTION] « n’avaient invoqué aucun élément de preuve [. . .] pour étayer ou contester l’élargissement de la doctrine de la renonciation au recours délictuel à un cas de négligence », et les demandeurs n’avaient pas non plus « présenté de preuve de principe pour expliquer pourquoi la renonciation au recours délictuel devrait être possible » (par. 585 (CanLII)). Elle a conclu que « trancher la question de la renonciation au recours délictuel n’exige pas nécessairement un procès et qu’il pourrait être possible de régler le débat d’une autre façon » (par. 587).

[21] Troisièmement, le fait de ne pas se prononcer sur l’existence d’une cause d’action indépendante pour renonciation au recours délictuel perpétuera un état d’incertitude non souhaitable. Comme l’écrit Greg Weber : [TRADUCTION] « [l]a renonciation au recours délictuel est devenue une doctrine vide de sens et intrinsèquement contradictoire, à tel point que les juges et les parties ne savent ni comment ni quand une cause d’action peut ouvrir droit à la restitution des gains illicites » (p. 392). L’incertitude quant à savoir si une action en restitution des gains illicites peut être intentée en l’absence de preuve de préjudice a des conséquences importantes, qui ressortent davantage dans le contexte des recours collectifs. Au cours des 16 années qui ont suivi la décision *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296 (C.S.), de telles demandes ont souvent été introduites, mais n’ont jamais été instruites au fond. Pendant ce temps, les juges saisis d’une demande d’autorisation n’avaient [TRADUCTION] « d’autres choix que de dire que la question du recours à la doctrine est effectivement une question devant être

see also H. M. Rosenberg, “Waiving Goodbye: The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings” (2010), 6 *Can. Class Action Rev.* 37, at p. 38). Indeed, this Court’s decision to refrain from striking the waiver of tort claim in *Microsoft* has been taken as an affirmative statement that such claims are viable (see e.g. C.A. Reasons, at para. 182; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268, at para. 73; *Authentic T-Shirt Co. ULC v. King*, 2016 BCCA 59, at paras. 41-42 (CanLII)). Nothing is gained, and much court time and considerable litigant resources are lost, by leaving this issue unresolved.

[22] Finally, while waiver of tort as a novel cause of action was not a central issue in *Microsoft*, it is in the present appeals. The Court of Appeal accordingly canvassed the law comprehensively, and concluded not only that the plaintiffs’ claim should proceed to trial, but that waiver of tort should be definitively recognized as an independent cause of action. On appeal to this Court, the parties and interveners have similarly devoted substantial attention to the issue. The question is therefore ripe for decision, and these appeals presents an appropriate vehicle for deciding it.

A. *Disgorgement for Tortious Wrongdoing*

(1) Disgorgement As a Novel Cause of Action

[23] As I discuss below, the term “waiver of tort” is confusing, and should be abandoned. The concern is not for consistent terminology for its own sake, but rather for clarity of meaning: cases dealing with

tranchée à l’issue d’un procès, qui peut donner lieu, et qui donne effectivement lieu, à une autorisation au détriment du défendeur, qui est alors à toutes fins pratiques contraint de verser une somme à titre de règlement au demandeur » (J. M. Martin, « Waiver of Tort : An Historical and Practical Survey » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 473, p. 476 (note en bas de page omise); voir aussi H. M. Rosenberg, « Waiving Goodbye : The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Rev. Can. R. C.* 37, p. 38). De fait, la décision de la Cour de s’abstenir de radier la demande relative à la renonciation au recours délictuel dans l’arrêt *Microsoft* a été considérée comme une confirmation de la viabilité de telles demandes (voir, p. ex., les motifs de la C.A., par. 182; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268, par. 73; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59, par. 41-42 (CanLII)). Laisser cette question en suspens fait perdre beaucoup de temps aux tribunaux ainsi que des ressources importantes aux parties en litige, et il n’y a là rien à gagner.

[22] Enfin, même si la renonciation au recours délictuel à titre de nouvelle cause d’action n’était pas une question centrale dans l’arrêt *Microsoft*, elle l’est dans les présents pourvois. En conséquence, la Cour d’appel a examiné de manière exhaustive le droit applicable et a conclu non seulement que l’action des demandeurs devait faire l’objet d’une instruction, mais aussi que la renonciation au recours délictuel devrait être définitivement reconnue à titre de cause d’action indépendante. En appel devant la Cour, les parties et les intervenants ont de la même façon accordé beaucoup d’attention à la question. Celle-ci est donc mûre pour une décision, et les présents pourvois offrent l’occasion de la trancher.

A. *Restitution des gains illicites pour faute délictueuse*

(1) Restitution des gains illicites en tant que nouvelle cause d’action

[23] Comme je l’expliquerai ci-après, le terme « renonciation au recours délictuel » porte à confusion et devrait être abandonné. La préoccupation ne se rapporte pas à l’uniformité de la terminologie en

gain-based remedies tend to employ inconsistent nomenclature that leads to confused and confusing results. Even the term “restitution” has been applied inconsistently, sometimes referring to the causative event of unjust enrichment and sometimes referring to a measure of relief (McInnes (2014), at pp. 10-11). In my view, *restitution* properly describes the latter — meaning, restitution is the law’s remedial answer to circumstances in which a benefit moves from the plaintiff to the defendant, and the defendant is compelled to restore that benefit. Further, restitution stands in contrast to another measure of relief, *disgorgement*, which refers to awards that are calculated exclusively by reference to the defendant’s wrongful gain, irrespective of whether it corresponds to damage suffered by the plaintiff and, indeed, irrespective of whether the plaintiff suffered damage at all (McInnes (2014), at p. 11-12; see also L. D. Smith, “The Province of the Law of Restitution” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672; J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), at pp. 65-93). While this Court’s decisions have occasionally referred to disgorgement variously as “restitution damages” or “restitution for wrongdoing”, the ambiguity inherent in such terminology calls for greater precision (see e.g. *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 25; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at para. 33).

[24] In sum, then, restitution for unjust enrichment and disgorgement for wrongdoing are two types of gain-based remedies (McInnes (2014), at pp. 144-49; L. D. Smith, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract, and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L. J.* 121, at pp. 121-23; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd ed. 2015), at pp. 415-17; Burrows, at pp. 9-12). Each is distinct from the other: *disgorgement* requires only that the defendant gained a benefit (with no proof of deprivation to the plaintiff

tant que fin en soi, mais plutôt à la clarté du sens : les affaires portant sur des réparations fondées sur les gains réalisés tendent à employer une terminologie incohérente, ce qui crée de la confusion. Même le terme « restitution » n’est pas employé de manière uniforme, référant parfois à l’élément causal de l’enrichissement sans cause et parfois à une mesure de réparation (McInnes (2014), p. 10-11). À mon avis, la *restitution* correspond à cette dernière définition — c’est-à-dire que la restitution est la mesure réparatrice applicable en droit lorsque l’avantage qu’avait le demandeur passe au défendeur, et que ce dernier est tenu de remettre cet avantage. Par ailleurs, la restitution se distingue d’une autre mesure de réparation, la *restitution des gains illicites*, qui s’entend d’une somme octroyée calculée exclusivement en fonction du gain illicite du défendeur, qu’elle corresponde ou non au préjudice subi par le demandeur et, de fait, que le demandeur ait même subi un préjudice ou non (McInnes (2014), p. 11-12; voir aussi L. D. Smith, « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672; J. Edelman, *Gain-Based Damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 65-93). Bien que dans les décisions de la Cour, la restitution des gains illicites soit parfois appelée « restitution de l’avantage obtenu » ou « restitution consécutive à un acte fautif », l’ambiguïté inhérente à cette terminologie commande une plus grande précision (voir, p. ex., *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 33).

[24] En résumé, donc, la restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d’acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés (McInnes (2014), p. 144-149; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract, and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121, p. 121-123; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3^e éd. 2015), p. 415-417; Burrows, p. 9-12). Chaque notion est distincte de l’autre : la *restitution des gains illicites* exige

required), while *restitution* is awarded in response to the causative event of unjust enrichment (most recently discussed by this Court in *Moore*), where there is correspondence between the defendant's gain and the plaintiff's deprivation (Edelman, at pp. 80-86).

[25] Here, the plaintiffs seek *disgorgement*, not restitution: they say that they are entitled to a remedy quantified solely on the basis of ALC's gain, without reference to damage that any of them may have suffered. There are two schools of thought on where disgorgement fits in the overall legal structure of private obligations. The prevailing view is consistent with that which I have just stated. Disgorgement, as a gain-based remedy, is precisely that: a *remedy*, awarded in certain circumstances upon the plaintiff satisfying all the constituent elements of one or more of various causes of action (specifically, breach of a duty in tort, contract, or equity).

[26] Some scholars, however, see disgorgement as an independent cause of action, which addresses unjust enrichment but does not operate on the same basis as the principled unjust enrichment framework adopted by this Court (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 3-4 to 3-7; see also J. Beatson, "The Nature of Waiver of Tort" (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1; D. Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Basis of Liability", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133). And a handful of them have suggested that it should be possible to pursue a remedy of disgorgement in cases that are akin to negligence, but where the plaintiff cannot prove — or chooses not to prove — resulting damage (McCamus; C. Jones, "Panacea or Pandemic: Comparing 'Equitable Waiver of Tort' to 'Aggregate Liability' in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation" (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp.*

seulement que le défendeur ait obtenu un avantage (sans qu'il soit nécessaire de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement), alors que la *restitution* est accordée en réponse à l'élément causal d'un enrichissement sans cause (analysé récemment par la Cour dans l'arrêt *Moore*), lorsque le gain réalisé par le défendeur correspond à l'appauvrissement subi par le demandeur (Edelman, p. 80-86).

[25] En l'espèce, les demandeurs sollicitent la *restitution des gains illicites*, non la restitution : ils affirment avoir droit à une réparation calculée exclusivement en fonction des gains réalisés par la SLA, sans égard au préjudice que l'un ou l'autre d'entre eux a pu subir. Il existe deux écoles de pensée quant à la place qu'occupe la restitution des gains illicites dans la structure juridique globale des obligations privées. L'opinion dominante correspond à ce que je viens tout juste d'énoncer. La restitution des gains illicites, à titre de réparation fondée sur les gains réalisés, est exactement cela : une *réparation*, accordée dans certaines circonstances lorsque le demandeur satisfait à tous les éléments constitutifs d'une ou de plusieurs causes d'action différentes (plus précisément, la violation d'une obligation en responsabilité délictuelle ou contractuelle ou en equity).

[26] Certains auteurs voient cependant la restitution des gains illicites comme une cause d'action indépendante qui permet de remédier à l'enrichissement sans cause mais qui n'a pas le même fondement que le cadre d'analyse adopté en ce domaine par la Cour (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 3-4 à 3-7; voir aussi J. Beatson, « The Nature of Waiver of Tort » (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1; D. Friedmann, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133). De plus, quelques-uns d'entre eux ont suggéré qu'il devrait être possible de demander la restitution des gains illicites dans les affaires qui s'apparentent à de la négligence, mais où le demandeur ne peut prouver — ou choisit de ne pas prouver — qu'il a subi un préjudice (McCamus; C. Jones, « Panacea or Pandemic : Comparing "Equitable Waiver of Tort"

L. 301). The plaintiffs' waiver of tort claim relies on this latter proposition.

[27] As I will explain, disgorgement should be viewed as an alternative remedy for certain forms of wrongful conduct, not as an independent cause of action. This view follows naturally from the historical origins of unjust enrichment and gain-based remedies more generally.

[28] The modern law of unjust enrichment originated in the writ of *assumpsit* (*Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at pp. 786-88). Use of *assumpsit* allowed plaintiffs to avoid the limits imposed by other forms of action, which might have prevented their claim from advancing (McInnes (2014), at p. 34; Martin, at pp. 482-84). While the writ was premised upon the defendant having undertaken to pay a sum of money to the plaintiff and having broken that promise, the specialized form of *indebitatus assumpsit* allowed plaintiffs to acquire the benefits of *assumpsit* where no such undertaking actually existed. It created the legal fiction of an implied contract, allowing plaintiffs to sue in *assumpsit*, "even where the imputation of a promise to pay was nonsensical, as when the defendant acquired a benefit through the commission of a tort." (McInnes (2014), at pp. 34-35; see also Martin, at pp. 489-96).

[29] Where a tort was made out but the plaintiff chose to pursue a claim in *assumpsit* to recover the defendant's ill-gotten gains, the plaintiff was said to "waive the tort" (Edelman, at pp. 121-22). Despite its early acceptance, however, the term waiver of tort was a misnomer. Rather than forgiving or waiving the wrongfulness of the defendant's conduct, plaintiffs relying on the doctrine were simply electing to pursue an alternative, gain-based, remedy (Edelman, at p. 122; see also *United Australia, Ltd. v. Barclays*

to "Aggregate Liability" in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301). La demande fondée sur la renonciation au recours délictuel présentée par les demandeurs s'appuie sur cette dernière proposition.

[27] Comme je vais l'expliquer, la restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d'action indépendante. Ce point de vue découle naturellement des origines historiques de l'enrichissement sans cause et plus généralement des réparations fondées sur les gains réalisés.

[28] Le droit moderne en matière d'enrichissement sans cause tire son origine du bref d'*assumpsit* (*Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 786-788). Le recours au bref d'*assumpsit* permettait aux demandeurs d'échapper aux restrictions imposées par les autres formes d'action, qui auraient pu empêcher leur action de suivre son cours (McInnes (2014), p. 34; Martin, p. 482-484). Même si le bref reposait sur la prémisse que le défendeur s'était engagé à verser une somme d'argent au demandeur et qu'il n'avait pas respecté sa promesse, le recours spécial *indebitatus assumpsit* permettait aux demandeurs de profiter des avantages de l'*assumpsit* alors qu'un tel engagement n'existait pas vraiment. Il créait la fiction juridique d'un contrat implicite, qui permettait aux demandeurs d'intenter une action en *assumpsit*, [TRADUCTION] « même lorsque l'imputation d'une promesse de payer était absurde, comme lorsque le défendeur a tiré un avantage de la perpétration d'un délit » (McInnes (2014), p. 34-35; voir aussi Martin, p. 489-496).

[29] Lorsque le délit avait été établi mais que le demandeur avait choisi de recourir au bref d'*assumpsit* pour recouvrer les gains illicites réalisés par le défendeur, il était réputé avoir [TRADUCTION] « renoncé au recours délictuel » (Edelman, p. 121-122). Bien qu'il soit accepté depuis longtemps, le terme renonciation au recours délictuel est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoquait la doctrine choisissait simplement de

Bank Ltd., [1941] A.C. 1 (H.L.), at pp. 13 and 18). The doctrine always operated as “nothing more than a choice between possible remedies”, and *not* as an independent cause of action (*United Australia*, at p. 13; Martin, at pp. 504-5). That this is so is apparent from decisions of this Court, including *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845, where Laskin J. (as he then was), for the majority on this point, held that the plaintiff’s claim for a gain-based remedy was dependent on the tort of conversion having been completed (p. 877).

[30] Two points follow from this. First, and as this case demonstrates, the term waiver of tort is apt to generate confusion and should therefore be abandoned (Edelman, at p. 122). Secondly, and relatedly, in order to make out a claim for disgorgement, a plaintiff *must* first establish actionable misconduct.

[31] Recognizing that disgorgement is simply a remedy for certain forms of wrongful conduct places the central issue in this case in context. By pleading disgorgement as an independent cause of action, the plaintiffs seek to establish an entirely new category of wrongful conduct — one that is akin to negligence but does not require proof of damage. Supporters of this type of claim assert that “there is simply no reason in principle why the rules for compensatory damages need to be identical to the rules for disgorgement” (McCamus, at p. 359) and that, given that the purpose of granting disgorgement is to deter wrongful conduct rather than to provide compensation, there is no reason to require proof of damage (p. 354).

[32] I acknowledge that disgorgement is available for some forms of wrongdoing without proof of damage (for example, breach of fiduciary duty).

demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés (Edelman, p. 122; voir aussi *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 13 et 18). La doctrine s’est toujours appliquée comme [TRADUCTION] « un simple choix entre des réparations possibles », et *non* comme une cause d’action indépendante (*United Australia*, p. 13; Martin, p. 504-505). C’est ce qui ressort des décisions de la Cour, dont l’arrêt *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845, où le juge Laskin (plus tard juge en chef), s’exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a conclu que l’action du demandeur visant une réparation fondée sur les gains réalisés reposait sur la perpétration du délit de détournement (p. 877).

[30] Deux éléments se dégagent de ce qui précède. D’abord, comme le démontre la présente affaire, le terme renonciation au recours délictuel prête à confusion et devrait donc être abandonné (Edelman, p. 122). Ensuite, et dans le même ordre d’idées, pour établir le bien-fondé d’une demande en restitution des gains illicites, le demandeur *doit* d’abord établir l’inconduite donnant ouverture à l’action.

[31] Reconnaître que la restitution des gains illicites est simplement une réparation pour certaines formes de comportement fautif met en contexte la question se trouvant au cœur de la présente affaire. En plaçant la restitution des gains illicites en tant que cause d’action indépendante, les demandeurs cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s’apparente à la négligence mais qui n’exige pas de preuve de l’existence d’un préjudice. Les tenants de ce type d’action affirment [TRADUCTION] « [qu’]il n’y a tout simplement aucune raison de principe pour laquelle les règles applicables à l’octroi de dommages-intérêts compensatoires devraient être identiques à celles de la restitution des gains illicites » (McCamus, p. 359) et que, étant donné que la restitution des gains illicites vise à décourager les comportements fautifs plutôt qu’à fournir une indemnisation, il n’y a aucune raison d’exiger une preuve de préjudice (p. 354).

[32] Je reconnais que la restitution des gains illicites est possible pour certaines formes d’actes fautifs sans qu’il soit nécessaire de prouver le préjudice

But it is a far leap to find that disgorgement without proof of damage is available as a general proposition in response to a defendant's negligent conduct. Determining the appropriate remedy for negligence, where liability for negligence has not already been established, is futile and even nonsensical since doing so allows "the remedy tail [to] wag the liability dog" (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 55). This observation applies with no less force to the plaintiff who seeks disgorgement, since the availability of gain-based relief lies in "aligning the remedy with the injustice it corrects" (E. J. Weinrib, "Restitutionary Damages as Corrective Justice" (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1, at p. 23 (emphasis added)).

[33] It is therefore important to consider what it is that makes a defendant's negligent conduct wrongful. As this Court has maintained, "[a] defendant in an action in negligence is not a wrongdoer at large: he is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff" (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 16). There is no right to be free from the prospect of damage; there is only a right not to suffer damage that results from exposure to unreasonable risk (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (rev. ed. 2012), at pp. 153 and 157-58; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at pp. 44-45 and 99). In other words, negligence "in the air" — the mere creation of risk — is not wrongful conduct. Granting disgorgement for negligence without proof of damage would result in a remedy "arising out of legal nothingness" (Weber, at p. 424). It would be a radical and uncharted development, "[giving] birth to a new tort over night" (Barton, Hines and Therien, at p. 147).

[34] The difficulty is not just normative, although it is at least that. The practical difficulty associated with recognizing an action in negligence without

(par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire). Il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Déterminer la réparation qui convient en cas de négligence, lorsque la responsabilité pour négligence n'a pas déjà été établie, est futile et même insensé car cela permet de « mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité) » (*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 55). Cette observation s'applique tout autant au demandeur qui cherche à obtenir la restitution des gains illicites, car la disponibilité de la réparation fondée sur les gains réalisés tient au fait que [TRADUCTION] « la réparation doit être en adéquation avec l'injustice qu'elle corrige » (E. J. Weinrib, « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1, p. 23 (je souligne)).

[33] Par conséquent, il est important de se demander ce qui fait que la conduite négligente d'un défendeur est fautive. Comme l'a dit la Cour : « [l]e défendeur à une action en négligence n'est pas l'auteur d'un tort en général; il est uniquement l'auteur du préjudice qu'il cause réellement au demandeur » (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 16). Le droit d'être à l'abri de l'éventualité d'un préjudice n'existe pas; il existe seulement un droit de ne pas subir de préjudice découlant de l'exposition à un risque déraisonnable (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (éd. rév. 2012), p. 153 et 157-158; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 44-45 et 99). En d'autres mots, de « simples rumeurs » de négligence — la simple création d'un risque — ne constituent pas un comportement fautif. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation [TRADUCTION] « issue d'un néant juridique » (Weber, p. 424). Ce serait là un changement radical tout à fait nouveau, [TRADUCTION] « [donnant] naissance du jour au lendemain à un nouveau délit » (Barton, Hines et Therien, p. 147).

[34] La difficulté est à tout le moins normative, mais elle n'est pas que ça. La difficulté pratique que pose la reconnaissance d'une action en négligence

proof of damage becomes apparent in considering how such a claim would operate. As the Court of Appeal recognized, a claim for disgorgement available to any plaintiff placed within the ambit of risk generated by the defendant would entitle *any one* plaintiff to *the full gain* realized by the defendant. No answer is given as to why any particular plaintiff is entitled to recover the whole of the defendant's gain. Yet, corrective justice, the basis for recovery in tort, demands *just that*: an explanation as to why *the plaintiff is the party* entitled to a remedy (*Clements*, at para. 7; Weinrib (2000), at pp. 1-7). Tort law does not treat plaintiffs “merely as a convenient conduit of social consequences” but rather as “someone to whom damages are owed to correct the wrong suffered” (Weinrib (2000), at p. 6). A cause of action that promotes a race to recover by awarding a windfall to the first plaintiff who arrives at the courthouse steps undermines this foundational principle of tort law.

[35] This is not the type of incremental change that falls within the remit of courts applying the common law (*Salituro*, at p. 670). It follows that the novel cause of action proposed by the plaintiffs has no reasonable chance of succeeding at trial.

(2) Disgorgement for the Completed Tort of Negligence

[36] The Court of Appeal majority concluded that, even if disgorgement for wrongdoing is not an independent cause of action, the plaintiffs have adequately pleaded the elements of the tort of negligence, and may therefore seek disgorgement for tortious wrongdoing on that basis. While disgorgement for tortious wrongdoing was initially applied only in the context of proprietary torts, including conversion, deceit, and trespass, it found broader application in the late 20th century (Martin, at pp. 505-6). It has even been suggested that disgorgement may be available for negligence in certain circumstances, and the

sans preuve de préjudice devient apparente lorsqu'on s'attarde au fonctionnement d'une telle action. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, la possibilité pour tout demandeur exposé au risque généré par le défendeur de demander la restitution des gains illicites permettrait à *tout* demandeur d'avoir droit à *tous les gains* réalisés par le défendeur. Aucune réponse n'est donnée à la question de savoir pourquoi un demandeur précis est autorisé à recouvrer l'ensemble des gains réalisés par le défendeur. Pourtant, la justice réparatrice, le fondement de l'indemnisation en matière délictuelle, exige *précisément cela* : une explication quant aux raisons pour lesquelles *le demandeur est la partie* qui a droit à la réparation (*Clements*, par. 7; Weinrib (2000), p. 1-7). En droit de la responsabilité délictuelle, les demandeurs ne sont pas considérés comme de [TRADUCTION] « simples intermédiaires pratiques de conséquences sociales », mais plutôt comme « des personnes à qui des dommages-intérêts sont dus pour réparer le tort causé » (Weinrib (2000), p. 6). Une cause d'action qui favorise une course au recouvrement, en accordant un gain fortuit au premier demandeur qui se présente en cour, mine ce principe fondamental du droit de la responsabilité délictuelle.

[35] Ce n'est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law (*Salituro*, p. 670). Il s'ensuit que la nouvelle cause d'action proposée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie au procès.

(2) Restitution des gains illicites pour délit complet de négligence

[36] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que, même si la restitution des gains illicites pour acte fautif n'est pas une cause d'action indépendante, les demandeurs ont valablement plaidé les éléments du délit de négligence, et peuvent donc solliciter la restitution des gains illicites pour faute délictueuse pour cette raison. Bien que la restitution des gains illicites pour faute délictueuse ait d'abord été appliquée seulement dans le contexte des délits de nature propriétaire, dont le détournement, le dol et l'intrusion, son application s'est élargie à la fin du 20^e siècle (Martin, p. 505-506). Certains ont même

issue remains unsettled (Edelman, at pp. 129-30; C.-M. O’Hagan, “Remedies”, in L. N. Klar et al., eds., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 4, at §200). While that may have to be decided in an appropriate case, as I will explain the plaintiffs have not adequately pleaded a claim in negligence, and it is unnecessary to resolve the question here.

[37] Causation of damage is a required element of the tort of negligence. As I have explained, the conduct of a defendant in negligence is wrongful only to the extent that it *causes* damage (*Clements*, at para. 16). While the plaintiffs allege that ALC had a duty to warn of the inherent dangers associated with VLTs, including the risk of addiction and suicide, those dangers are not alleged to have materialized. The plaintiffs do not allege that proper warnings would have caused them to spend less money playing VLTs or to avoid them altogether.

[38] It follows that I respectfully disagree with Court of Appeal’s conclusion that the plaintiffs would not be “precluded from leading evidence that the breach of duty (assuming it can be proven) led to some form of injury” (para. 186). Again, causation of damage is a required element of the cause of action of negligence, and it must be pleaded. Here, not only have the plaintiffs *not* pleaded causation, their pleadings expressly disclaim any intention of doing so. The absence of a pleading of causation, they acknowledge, arises from an intentional litigation strategy to increase the likelihood of obtaining certification of their action as a class action by avoiding having to prove individual damage. This particular claim also has no reasonable chance of success.

laissé entendre que la restitution des gains illicites pourrait être disponible en cas de négligence dans certaines circonstances, et la question n’a pas encore été réglée (Edelman, p. 129-130; C.-M. O’Hagan, « Remedies », dans L. N. Klar et autres, dir., *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 4, §200). Bien que cette question puisse devoir être tranchée dans le cadre d’une affaire qui s’y prête, comme je vais l’expliquer, les demandeurs n’ont pas valablement plaidé la négligence, et il est inutile de trancher la question en l’espèce.

[37] Le fait de causer un préjudice est un élément requis du délit de négligence. Comme je l’ai expliqué, la conduite du défendeur à une action en négligence n’est fautive que dans la mesure où elle *cause* un préjudice (*Clements*, par. 16). Bien que les demandeurs soutiennent que la SLA avait une obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et de suicide, il n’est pas allégué que ces dangers se sont concrétisés. Les demandeurs ne font pas valoir que, grâce à une mise en garde adéquate, ils auraient dépensé moins d’argent en jouant sur des ALV ou encore qu’ils les auraient complètement évités.

[38] Par conséquent, je ne peux souscrire à la conclusion de la Cour d’appel portant que [TRANSDUCTION] « rien n’empêcherait [les demandeurs] de présenter des éléments de preuve montrant que le manquement à l’obligation (à supposer qu’il puisse être prouvé) a causé un certain préjudice » (par. 186). Je répète que le fait de causer un préjudice est un élément requis de la cause d’action en négligence, et qu’il doit être invoqué. En l’espèce, non seulement les demandeurs n’ont *pas* allégué avoir subi un préjudice, mais leurs actes de procédure mentionnent expressément qu’ils n’ont pas l’intention de le faire. Ils reconnaissent que l’absence d’allégation de préjudice découle d’une stratégie intentionnelle visant à accroître la probabilité d’obtenir l’autorisation d’exercer leur action en tant que recours collectif en évitant d’avoir à prouver le préjudice individuel. Cette demande n’a pas non plus de chance raisonnable d’être accueillie.

B. *Alleged Criminal Conduct*

[39] The plaintiffs further allege that the *Criminal Code* prohibits the operation of VLTs. While breach of statute is not a recognized cause of action (*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at p. 225), the allegations of criminal conduct are intended to serve two purposes. First, the plaintiffs say that the presence of criminal conduct warrants exceptional relief for breach of contract, specifically disgorgement or punitive damages. Secondly, the plaintiffs argue that, if ALC's conduct is criminal, there is no juristic reason for ALC's enrichment at the plaintiffs' expense, which grounds their claim in unjust enrichment.

[40] The plaintiffs' argument is that VLTs are so inherently deceptive that they should be considered a game "similar to" three-card monte within the meaning of s. 206 of the *Criminal Code*, which states in part:

206 (1) Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than two years . . . who

...

(g) induces any person to stake or hazard any money or other valuable property or thing on the result of any dice game, three-card monte, punch board, coin table or on the operation of a wheel of fortune;

...

(2) In this section, *three-card monte* means the game commonly known as three-card monte and includes any other game that is similar to it, whether or not the game is played with cards and notwithstanding the number of cards or other things that are used for the purpose of playing.

While s. 207(1)(a) of the *Criminal Code* exempts provincial lottery schemes from most gaming and betting prohibitions, that exemption does not extend

B. *Allégation de conduite criminelle*

[39] Les demandeurs affirment par ailleurs que le *Code criminel* interdit l'exploitation des ALV. Bien que la violation d'une loi ne soit pas une cause d'action reconnue (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 225), les allégations de conduite criminelle visent un double objectif. Premièrement, les demandeurs affirment que l'existence d'une conduite criminelle justifie l'octroi de réparations exceptionnelles en cas de violation de contrat, plus précisément la restitution des gains illicites ou les dommages-intérêts punitifs. Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que si le comportement de la SLA est criminel, il n'y a aucun motif juridique pour l'enrichissement de la SLA au détriment des demandeurs, ce qui est le fondement de leur action pour enrichissement sans cause.

[40] Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement trompeurs au point où ils devraient être considérés comme un jeu « analogue » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l'art. 206 du *Code criminel*, qui prévoit en partie ce qui suit :

206 (1) Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans [. . .] quiconque, selon le cas :

...

(g) décide une personne à risquer ou hasarder de l'argent ou quelque autre bien ou chose de valeur sur le résultat d'un jeu de dés, d'un jeu de bonneteau, d'une planchette à poinçonner, d'une table à monnaie, ou sur le fonctionnement d'une roue de fortune;

...

(2) Au présent article, *bonneteau* s'entend du jeu communément appelé « *three-card monte* »; y est assimilé tout autre jeu analogue, qu'il soit joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer.

Bien que l'al. 207(1)a) du *Code criminel* fasse bénéficier d'une exception les systèmes de loterie provinciaux relativement à la plupart des interdictions

to three-card monte (s. 207(4)(a)). Thus, the argument goes, if VLTs are games similar to three-card monte, their operation would be unlawful, even through a provincial lottery scheme.

[41] It is well-settled that statutory interpretation requires discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and objects. In determining what games can be considered "similar to" three-card monte, I also bear in mind that courts cannot create common law crimes through an act of judicial interpretation (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 3).

[42] The Court of Appeal concluded that expert evidence is required to determine the essence of three-card monte, which would then be used to evaluate whether VLTs share three-card monte's essential features (para. 208). I find myself in respectful disagreement with that conclusion. While expert evidence may assist in deciding whether the defined elements of an offence are made out on the facts of a particular charge, expert evidence cannot purport to define the elements of an offence (*R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204, at para. 73). While permissible expert evidence might therefore describe the *features* of VLTs for the purpose of establishing similarity, it is a court's role, and only a court's role, to discern Parliament's intention in prohibiting games "similar to" three-card monte.

[43] Beginning with the text of the prohibition, I observe that s. 206(2) refers to "the game commonly known as three-card monte". The *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines "three-card monte" as a game played with three cards where "players bet on which of three cards lying face down is the queen." Similarly, and shortly before Parliament enacted this *Criminal Code* prohibition, the Quebec Court of Appeal described three-card monte as "a game played with three cards . . . shuffled or manipulated by the dealer and placed face down and the opponent backs his ability to spot the

en matière de jeux et de paris, cette exception ne s'applique pas au jeu de bonneteau (al. 207(4)a)). Ainsi, selon cet argument, si les ALV sont des jeux analogues au jeu de bonneteau, leur exploitation serait illégale, même si elle relève d'un système de loterie provincial.

[41] Il est bien établi que l'interprétation des lois exige de dégager l'intention du législateur en lisant le texte législatif dans son contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, je garde aussi à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 3).

[42] La Cour d'appel a conclu qu'une preuve d'expert est nécessaire pour savoir ce qui constitue l'essence du jeu de bonneteau, pour pouvoir ensuite évaluer si les ALV partagent les mêmes caractéristiques essentielles que celui-ci (par. 208). En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction (*R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, par. 73). Même si la preuve d'expert admissible peut en conséquence décrire les *caractéristiques* des ALV en vue d'établir les similarités avec le jeu de bonneteau, il appartient à la cour, et seulement à celle-ci, de dégager l'intention qu'avait le législateur en interdisant les jeux « analogues » au bonneteau.

[43] Si je commence par le libellé de l'interdiction, je constate que le par. 206(2) renvoie au « jeu communément appelé "*three-card monte*" ». Le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004) définit le « *three-card monte* » comme un jeu qui se joue avec trois cartes [TRADUCTION] « où les joueurs parient sur une des trois cartes placées face cachée qu'ils croient être la reine ». De même, et peu avant que le Parlement ait adopté cette interdiction du *Code criminel*, la Cour d'appel du Québec a décrit le bonneteau comme [TRADUCTION] « un jeu qui se joue avec trois cartes [. . .] brassées ou manipulées par le

position of a particular card” (*The King v. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500 (Que. C.A.), at pp. 502-3).

[44] Section 206(2)’s text has a wider reach, however, capturing “similar” games, “whether or not the game is played with cards and notwithstanding the number of cards or other things that are used for the purpose of playing”. The plaintiffs contend that this expanded definition is meant to capture all games of a broadly deceptive nature. In my view, however, it is apparent from the historical background, from statements indicating why the provision was introduced, and from the text of the provision itself, viewed in its surrounding context that this prohibition does not reach so far.

[45] The state of the law prior to this provision’s enactment lends important insight into its purpose. In *Rosen and Lavoie*, the Quebec Court of Appeal held that three-card monte did not constitute a contravention of the *Criminal Code*’s cheating at play offence (s. 209). Shortly thereafter, the Member of Parliament for Jacques Cartier introduced a private member’s bill to outlaw three-card monte specifically. He stated during second reading that the proposed changes were a direct response to *Rosen and Lavoie* targeting the specific game of three-card monte (*House of Commons Debates*, vol. 2, 5th Sess., 13th Parl., April 11, 1921, at p. 1858). As to why it was necessary to further prohibit games *similar* to three-card monte, he explained:

If we made it a crime for people to play with three cards, they might play with four cards or they might play with other instruments than cards, and that is why we thought it proper to enlarge the clause so as to endeavour to cover other cases.

The Minister of Justice adopted the member’s statements and opted to include the new provisions in broader Bill of proposed amendments to the *Criminal Code* (*House of Commons Debates*, vol. 2,

donneur et placées face cachée, et où le joueur mise sur son aptitude à repérer une carte en particulier » (*The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500 (C.A. Qc), p. 502-503).

[44] Cependant, le libellé du par. 206(2) a une portée plus large, car il englobe tout jeu « analogue, qu’il soit joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer ». Les demandeurs soutiennent que cette définition élargie vise à englober tous les jeux de nature trompeuse en général. À mon avis, il ressort toutefois du contexte historique, des énoncés expliquant pourquoi la disposition a été adoptée et du libellé de la disposition même, considéré dans son contexte, que cette interdiction n’a pas une portée aussi large.

[45] L’état du droit avant l’adoption de cette disposition nous éclaire de manière importante sur son objet. Dans l’arrêt *Rosen and Lavoie*, la Cour d’appel du Québec a conclu que le bonneteau ne contrevenait pas à l’infraction prévue dans le *Code criminel* qui consiste à tricher au jeu (art. 209). Peu après, le député de Jacques-Cartier a présenté un projet de loi d’initiative parlementaire visant à interdire particulièrement le bonneteau. Lors de la deuxième lecture, il a déclaré que les modifications proposées répondaient directement à l’arrêt *Rosen and Lavoie* et ciblaient précisément le jeu de bonneteau (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1899). Quant à savoir pourquoi il était nécessaire d’aller plus loin en interdisant les jeux *analogues* au bonneteau, il a expliqué ce qui suit :

Si nous défendions de jouer avec trois cartes on jouerait peut-être avec quatre ou avec d’autres instruments que des cartes. Voilà pourquoi nous avons cru devoir étendre la portée de l’article de manière à comprendre les autres cas.

Le ministre de la Justice a fait siennes les déclarations du député et a décidé d’inclure les nouvelles dispositions dans un projet de loi général proposant des modifications au *Code criminel* (*Débat de la*

at p. 1857; see also *House of Commons Debates*, vol. 4, 5th Sess., 13th Parl., May 6, 1921, at p. 3006).

[46] While this Court has recognized that the statements of particular Members of Parliament cannot necessarily be taken as expressing the intention of Parliament as a whole (*R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 788-89), the statements recounted here were made by those directly responsible for introducing the three-card monte prohibition, and as such provide relevant evidence of legislative purpose. They indicate that the phrase “similar to” was included in s. 206(2) to capture games that involve betting on the location of a particular object after a series of movements, regardless of whether the game is played with three playing cards.

[47] The text of the provision and its surrounding context further suggest that the prohibition of games *similar to* three-card monte was directed towards the game’s concrete attributes and not towards the abstract feature of deception. One would expect that, had Parliament sought to prohibit broadly deceptive gambling games, it would have straightforwardly done so (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 207-8). It defies logic that Parliament would choose to create such an offence by prohibiting three-card monte. Moreover, three-card monte is listed alongside other types of gambling games that are defined by their physical characteristics (punch boards, coin tables, and wheels of fortune). It would be anomalous to interpret the inclusion of three-card monte in this list as an intention to prohibit all deceptive games (*Sullivan*, at pp. 230-34).

[48] All this leads me to conclude that games “similar to” three-card monte involve, at a minimum, a player betting on the location of an object after a series of manipulations. Nothing in the pleadings describes VLTs as operating in this manner. Thus, the claim that VLTs are similar to three-card monte has no reasonable chance of success.

Chambre des communes, vol. 2, p. 1898; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3058-3059).

[46] Bien que la Cour ait reconnu que les déclarations de certains députés ne reflètent pas nécessairement l’intention générale du législateur (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788-789), les propos rapportés ici ont été tenus par ceux qui étaient directement responsables de l’adoption de la disposition prohibant le bonneteau, et constituent à ce titre une preuve pertinente de l’intention du législateur. On y voit que le terme « analogue » a été inclus au par. 206(2) afin d’englober les jeux consistant à parier sur l’endroit où se trouve un objet en particulier après une série de mouvements, que le jeu soit joué avec trois cartes ou autrement.

[47] Le libellé de la disposition et son contexte tendent aussi à indiquer que l’interdiction visant les jeux *analogues* au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Il est permis de présumer que, si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l’aurait fait sans détour (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 207-208). Il n’est pas logique que le législateur ait choisi de créer une telle infraction en interdisant le jeu de bonneteau. Qui plus est, le bonneteau fait partie d’une liste de plusieurs autres types de jeux de hasard définis selon leurs caractéristiques physiques (planchette à poinçonner, table à monnaie et roue de fortune). Il serait anormal d’interpréter l’inclusion du jeu de bonneteau dans cette liste comme témoignant d’une intention d’interdire tous les jeux trompeurs (*Sullivan*, p. 230-234).

[48] Tout cela m’amène à conclure que les jeux « analogues » au bonneteau supposent, à tout le moins, qu’un joueur parie sur l’endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière. Ainsi, l’allégation selon laquelle les ALV sont analogues au jeu de bonneteau n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie.

C. Breach of Contract

[49] At first glance, the plaintiffs' breach of contract claim might merit different treatment than their claim in tort, since breach of contract — unlike the tort of negligence — does not require proof of loss as an element of the cause of action (*Rogers & Rogers Inc. v. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142 (Ont. S.C.), at para. 91). But that is of no moment here, since the plaintiffs have made it clear — both in their pleadings and at every level of court — that they seek only *non-compensatory* remedies for breach of contract, namely disgorgement and punitive damages. Whether the plaintiffs' breach of contract claim discloses a *reasonable* cause of action should be considered in light of the remedies the plaintiffs actually seek. The question to be decided here, then, is whether these remedies are available to the plaintiffs, assuming the truth of their pleadings.

(1) Disgorgement for Breach of Contract

[50] The ordinary form of monetary relief for breach of contract is an award of damages, measured according to the position which the plaintiff would have occupied had the contract been performed (*Bank of America*, at para. 25). Correspondingly, the orthodox position maintained that disgorgement of the defendant's profits was not an available remedy for breach of contract (H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-36 to 1-39; S. Watterson, "Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales", in E. Hondius and A. Janssen, eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World* (2015), 29, at p. 55; see also *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 673).

C. Violation de contrat

[49] À première vue, la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs pourrait recevoir un traitement différent que leur demande fondée sur la responsabilité délictuelle, puisque la violation de contrat — à la différence du délit de négligence — n'exige pas la preuve d'une perte comme élément de la cause d'action (*Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142 (C.S. Ont.), par. 91). Or, cela n'est pas pertinent en l'espèce, puisque les demandeurs ont indiqué clairement — dans leurs actes de procédure et devant chaque juridiction — qu'ils sollicitaient seulement des réparations de nature *non compensatoire* pour la violation de contrat, soit la restitution des gains illicites et des dommages-intérêts punitifs. La question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs révèle une cause d'action *raisonnable* devrait être examinée à la lumière des réparations qu'ils cherchent à obtenir. La question que nous sommes ici appelés à trancher, en conséquence, est celle de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés.

(1) Restitution des gains illicites pour violation de contrat

[50] La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté (*Banque d'Amérique*, par. 25). En conséquence, les tenants de l'opinion traditionnelle soutiennent que la restitution des gains illicites réalisés par le défendeur n'est pas une réparation à laquelle donne droit la violation de contrat (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-36 à 1-39; S. Watterson, « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », dans E. Hondius et A. Janssen, dir., *Disgorgement of Profits : Gain-Based Remedies throughout the World* (2015), 29, p. 55; voir aussi *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 673).

[51] More recently, courts have accepted that disgorgement may be available for breach of contract in certain exceptional circumstances (*Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.); *Bank of America*, at paras. 25 and 30-31). In *Blake*, the defendant was a former member of the British secret intelligence service who had defected to become an agent for the Soviet Union. He was discovered and sentenced to 42 years' imprisonment, but escaped prison and fled the country. Blake later entered into a contract to publish his memoirs, in contravention of the confidentiality undertaking in his employment agreement with the intelligence service. The information in his memoirs was, however, "no longer confidential, nor was its disclosure damaging to the public interest" (p. 275). Further, Blake's fiduciary obligations ceased to exist when he was dismissed from his post. The sole question was, therefore, whether the Crown could pursue disgorgement for his breach of contract.

[52] Lord Nicholls, for a majority of the House, held that disgorgement for breach of contract may be appropriate in exceptional circumstances, but only where, at a minimum, the remedies of damages, specific performance, and injunction are inadequate (*Blake*, at p. 285; *One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, at para. 64; see also Watterson, at p. 55). As to the types of circumstances that should be considered exceptional, Lord Nicholls concluded:

No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit. [Emphasis added; p. 285.]

[51] Plus récemment, les tribunaux ont reconnu que la restitution des gains illicites peut être possible en cas de violation de contrat dans certaines circonstances exceptionnelles (*Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.); *Banque d'Amérique*, par. 25 et 30-31). Dans l'arrêt *Blake*, le défendeur, un ancien membre du service du renseignement britannique, était devenu agent pour l'Union soviétique. Après avoir été découvert, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 42 ans, mais il s'est échappé de prison avant de fuir le pays. M. Blake a par la suite conclu un contrat pour la publication de ses mémoires, contrevenant ainsi à la clause de confidentialité du contrat de travail qu'il avait signé avec le service du renseignement. La cour a cependant jugé que l'information contenue dans ses mémoires n'était [TRADUCTION] « plus confidentielle et que sa divulgation ne portait pas non plus atteinte à l'intérêt public » (p. 275). Par ailleurs, les obligations fiduciaires de M. Blake ont pris fin lorsqu'il a été congédié de son poste. La seule question était donc celle de savoir si la Couronne pouvait le poursuivre en restitution des gains illicites pour ne pas avoir respecté son contrat.

[52] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Chambre, lord Nicholls a conclu que la restitution des gains illicites pour violation de contrat pouvait convenir dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction ne convenaient pas (*Blake*, p. 285; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, par. 64; voir aussi Watterson, p. 55). Pour ce qui est des circonstances qui devraient être considérées exceptionnelles, lord Nicholls a conclu :

[TRADUCTION] Aucune règle fixe ne peut être prescrite. La cour tiendra compte de l'ensemble des circonstances, notamment de l'objet du contrat et de la clause qui n'a pas été respectée, des circonstances dans lesquelles la violation s'est produite, des conséquences de cette violation et du contexte dans lequel s'inscrit le recours. Un indice utile et général, quoique non exhaustif, réside dans la réponse à la question de savoir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives et de le priver ainsi de ses profits. [Je souligne; p. 285.]

[53] Nothing in the law of Canada contradicts the “exceptional” standard articulated by Lord Nicholls in *Blake*. Indeed, this Court’s statement in *Bank of America*, at para. 31 — that “[c]ourts generally avoid [the restitution] measure of damages” — affirms this Court’s view, like that expressed by the House of Lords in *Blake*, that disgorgement awards are not generally available. In particular, and again as was held in *Blake*, disgorgement for breach of contract is available only where other remedies are inadequate and only where the circumstances warrant such an award. As to those circumstances, courts should in particular consider whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant’s profit-making activity.

[54] Ultimately, Lord Nicholls concluded in *Blake* that the circumstances before him were indeed “exceptional”. The ordinary measure of expectation damages could not have vindicated the Crown’s interest, as no economic loss resulted from the publication of Blake’s memoirs. Further, in Lord Nicholls view, the Crown had a legitimate interest in Blake’s profits because his confidentiality undertaking was “closely akin to a fiduciary obligation” (p. 287). I pause here because, I respectfully differ on this latter point. The imposition of “quasi-fiduciary” relationships by operation of law is a concept foreign to Canadian law (*RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79, at paras. 51-54, per Abella J. (dissenting)). I therefore prefer the view of Professor McInnes, who states:

To . . . impose relief in a contractual context on the basis of an undefined notion of *quasi*-fiduciary duty dangerously ignores Justice Sopinka’s warning that such obligations “should not be imposed . . . simply to improve the nature or extent of the remedy”. It is not merely that Lord Nicholls’ approach fails to reveal a sound basis for liability; it also

[53] Rien en droit canadien ne va à l’encontre de la norme des circonstances « exceptionnelles » énoncée par lord Nicholls dans l’arrêt *Blake*. D’ailleurs, l’observation suivante faite par la Cour au par. 31 de l’arrêt *Banque d’Amérique* — « [I]es tribunaux évitent généralement de recourir à cette méthode de calcul des dommages-intérêts [de la restitution] » — confirme que, à l’instar de la Chambre des lords dans l’arrêt *Blake*, elle estime que la restitution des gains illicites n’est pas une réparation généralement disponible. En particulier, et encore comme il a été conclu dans l’arrêt *Blake*, la restitution des gains illicites pour cause de violation de contrat n’est possible que si les autres réparations ne conviennent pas et que si les circonstances justifient d’accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d’exercer ses activités lucratives.

[54] En définitive, lord Nicholls a conclu dans l’arrêt *Blake* que les circonstances de l’affaire dont il était saisi étaient effectivement « exceptionnelles ». La mesure ordinaire de l’indemnisation pour la perte du profit escompté ne permettait pas de défendre l’intérêt de la Couronne, car la publication des mémoires de M. Blake n’avait causé aucun préjudice économique. Par ailleurs, de l’avis de lord Nicholls, la Couronne avait un intérêt légitime dans les profits réalisés par M. Blake parce que la clause de confidentialité à laquelle il était soumis [TRADUCTION] « se rapprochait d’une obligation fiduciaire » (p. 287). J’ouvre ici une parenthèse pour dire que, en toute déférence, je ne partage pas cette opinion quant au dernier point. La création d’une relation « quasi-fiduciaire », par application de la loi, est une notion étrangère au droit canadien (*RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 51-54, la juge Abella (dissidente)). Je préfère donc l’opinion suivante du professeur McInnes :

[TRADUCTION] Imposer dans un contexte contractuel une mesure de redressement sur le fondement d’une conception non définie de l’obligation *quasi*-fiduciaire néglige dangereusement la mise en garde formulée par le juge Sopinka, à savoir que de telles obligations « ne devraient pas être superposées [. . .] simplement pour améliorer la

implicitly invites lower courts to similarly manipulate equitable doctrine for instrumental purposes. Such an exercise is inimical to the development of coherent principle.

(“Gain-Based Relief for Breach of Contract: *Attorney General v. Blake*” (2001), 35 *Can. Bus. L.J.* 72, at p. 85, citing *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 312.)

[55] As to what circumstances *will* create a legitimate interest in the defendant’s profit-making activity, I agree with Lord Nicholls that the boundaries of this remedy are “best hammered out on the anvil of concrete cases” (*Blake*, at p. 291). I can, however, offer some observations.

[56] Many scholars have recognized that it is difficult to reconcile disgorgement for breach of contract with private law principles (see e.g. E. J. Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55, at p. 70; D. Winterton, “Contract Theory and Gain-Based Recovery” (2013), 76 *M.L.R.* 1129; McInnes (2001)). This Court has gone even further, cautioning that disgorgement awards may have the undesirable effect of deterring “efficient breach[es] of contract” (*Bank of America*, at paras. 30-31, Weinrib (2003), at p. 73). More importantly, it is difficult to explain disgorgement for breach of contract from the standpoint of corrective justice (Weinrib (2003), at p. 57). Granted, some attempts have been made to articulate a corrective justice rationale, but those accounts have been met with substantial criticism (see P. Benson, “Contract as a Transfer of Ownership” (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673; A. Botterell, “Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract” (2010), 16 *Legal Theory* 135; and A. R. Sangiuliano, “A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies” (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, at pp. 160-74).

nature ou la portée du redressement ». Non seulement l’approche du lord Nicholls ne laisse voir aucun motif valable de responsabilité, mais elle invite implicitement les tribunaux d’instance inférieure à manipuler ainsi la doctrine d’équité à des fins utiles. Une telle pratique est incompatible avec l’élaboration d’un principe cohérent.

(« Gain-Based Relief for Breach of Contract : *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Rev. can. dr. comm.* 72, p. 85, citant *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 312.)

[55] Quant aux circonstances qui *créeront* un intérêt légitime dans les activités lucratives du défendeur, je conviens avec le lord Nicholls que les limites de cette mesure de réparation [TRADUCTION] « doivent être forgées sur l’enclume de cas concrets » (*Blake*, p. 291). Je me permettrai, cependant, de faire quelques observations.

[56] Plusieurs universitaires ont reconnu qu’il est difficile de concilier la restitution des gains illicites pour violation de contrat et les principes de droit privé (voir, p. ex., E. J. Weinrib, « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55, p. 70; D. Winterton, « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129; McInnes (2001)). La Cour est même allée plus loin en précisant que les décisions octroyant la restitution des gains illicites pourraient avoir l’effet indésirable de décourager les « inexécution[s] contractuelle[s] rentable[s] » (*Banque d’Amérique*, par. 30-31; Weinrib (2003), p. 73). Plus important encore, il est difficile d’expliquer la restitution des gains illicites pour violation de contrat sous l’angle de la justice réparatrice (Weinrib (2003), p. 57). Certes, il y a eu certaines tentatives pour formuler un principe de justice réparatrice, mais elles ont fait l’objet de nombreuses critiques (voir P. Benson, « Contract as a Transfer of Ownership » (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673; A. Botterell, « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135; et A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 160-174).

[57] In my view, the key to developing principles for gain-based recovery in breach of contract is to consider what legitimate interest a gain-based award serves to vindicate. A coherent approach that reconciles the relief awarded with the structure of breach of contract as a cause of action should be preferred (McInnes (2001), at pp. 88-93; see also N. W. Sage, “Disgorgement: From Property to Contract” (2016), 66 *U.T.L.J.* 244). To that end, it is useful to recall that courts have, in some exceptional circumstances, long awarded monetary amounts departing from the ordinary measure of expectation damages. That is to say, while disgorgement awards quantified solely by reference to the defendant’s profit are a relatively recent development, other gain-based awards are nothing new. For example, this Court has awarded damages quantified by the amount a defendant saved through deficient performance, though the plaintiff would have been no better off had the contract been performed (*Sunshine Exploration Ltd. v. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] S.C.R. 2). The Court of Appeal of Nunavut suggested a similar measure of relief in circumstances where the damage caused by the defendant’s deficient performance was simply too difficult to quantify (*Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, at para. 88 (“*Inuit of Nunavut*”). And courts have also granted what might be termed “negotiating damages” to prevent a defendant from obtaining for free an advantage for which it did not bargain (*Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321 (Ch. D.); *Smith v. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48, at paras. 39-44; see also *Morris-Garner*, at paras. 91-100). As the Supreme Court of the United Kingdom recently explained in *Morris-Garner*, at para. 95:

Negotiating damages can be awarded for breach of contract where the loss suffered by the claimant is appropriately measured by reference to the economic value of the right which has been breached, considered as an asset. . . .

[57] À mon avis, l’élément essentiel pour élaborer les principes d’une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d’action devrait être privilégiée (McInnes (2001), p. 88-93; voir aussi N. W. Sage, « Disgorgement : From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244). À cette fin, il est utile de rappeler que les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines circonstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s’écartant de l’évaluation ordinaire de l’indemnisation pour la perte du profit escompté. C’est donc dire que, si les montants accordés au titre de la restitution des gains illicites quantifiés uniquement en fonction du profit réalisé par le défendeur sont relativement nouveaux, d’autres réparations fondées sur les gains n’ont rien de nouveau. Par exemple, la Cour a accordé des dommages-intérêts calculés en fonction du montant que le défendeur avait économisé en raison d’une exécution fautive, alors que le demandeur ne se serait pas trouvé en meilleure position si le contrat avait été exécuté (*Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2). La Cour d’appel du Nunavut a suggéré une mesure de réparation semblable dans un cas où le préjudice causé par l’exécution fautive du défendeur était simplement trop difficile à quantifier (*Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 88 (« *Inuit of Nunavut* »)). Des tribunaux ont aussi accordé ce que l’on pourrait appeler des [TRADUCTION] « dommages-intérêts tenant lieu de négociations » en vue d’empêcher un défendeur d’obtenir gratuitement un avantage qu’il n’avait pas négocié (*Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321 (Ch. D.); *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48, par. 39-44; voir aussi *Morris-Garner*, par. 91-100). Comme l’a récemment expliqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Morris-Garner*, par. 95 :

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts tenant lieu de négociations peuvent être accordés pour violation de contrat si la perte subie par le demandeur est dûment calculée en fonction de la valeur économique du droit qui a

The rationale is that the claimant has in substance been deprived of a valuable asset, and his loss can therefore be measured by determining the economic value of the right in question, considered as an asset. The defendant has taken something for nothing, for which the claimant was entitled to require payment. [Emphasis added.]

[58] As these various examples demonstrate, an award that appears to be measured by a defendant's gain might arguably, in certain circumstances, serve a compensatory purpose that distinguishes it from disgorgement and which therefore tends to support recovery (McInnes (2001), at pp. 76-80; Weinrib (2003), at pp. 71-72; see also *Morris-Garner*, at paras. 39-40). Whether viewed as compensatory or not, these cases are indicative of the types of circumstances where a plaintiff is entitled to receive a monetary award that goes beyond the economic position that it would have occupied had its contract been performed (see Burrows, at pp. 672-77; McInnes (2014), at p. 285). While the circumstances in which a gain-based award will be appropriate cannot be clearly delineated in advance (*Blake*, at p. 285; *Morris-Garner*, at para. 94), one would expect future legitimate interests protected by a gain-based award to resemble those interests that have been protected in the past.

[59] Returning to the present case, and applying the standard articulated in *Blake*, the plaintiffs' claim for disgorgement is plainly doomed to fail. I say this, first, because disgorgement is available for breach of contract only where, at a minimum, other remedies are inadequate. Circumstances of inadequacy arise when the nature of the claimant's interest is such that it cannot be vindicated by other forms of relief. This may arise where, for example, the plaintiff's loss is "impossible to calculate" or where the plaintiff's interest in performance is not reflected by a purely economic measure (*Inuit of Nunavut*, at para. 80; see also *Morris-Garner*, at paras. 39-40; Burrows, at p. 676). Where, as here, the argument is that the quantum of loss is equal to the defendant's gain, but the plaintiff would simply

été violé, considéré comme un élément d'actif. [. . .] La raison en est que le demandeur a en substance été privé d'un élément d'actif important, et que sa perte peut donc être évaluée en calculant la valeur économique du droit en question, considéré comme un élément d'actif. Le défendeur a pris quelque chose sans rien fournir en retour, chose pour laquelle le demandeur a le droit d'exiger le paiement. [Je souligne.]

[58] Comme le démontrent ces divers exemples, un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait, dans certaines circonstances, servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement (McInnes (2001), p. 76-80; Weinrib (2003), p. 71-72; voir aussi *Morris-Garner*, par. 39-40). Qu'elles soient ou non considérées comme étant de nature compensatoire, ces affaires montrent le genre de circonstances dans lesquelles un demandeur a droit à une réparation pécuniaire qui lui aurait permis d'être dans une situation économique allant au-delà de celle dans laquelle il aurait été si le contrat avait été exécuté (voir Burrows, p. 672-677; McInnes (2014), p. 285). Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance (*Blake*, p. 285; *Morris-Garner*, par. 94), mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé.

[59] Revenant à la présente affaire et appliquant la norme énoncée dans l'arrêt *Blake*, je ne peux que constater que la demande en restitution des gains illicites présentée par les demandeurs est manifestement vouée à l'échec. Je dis cela avant tout parce que la restitution des gains illicites n'est possible pour la violation de contrat que lorsque, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas, ce qui se produit lorsque la nature de l'intérêt du demandeur est telle qu'il ne peut la faire valoir par d'autres formes de réparation. C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, la perte subie par le demandeur est [TRANSDUCTION] « impossible à calculer » ou lorsque l'intérêt du demandeur à ce que le contrat soit exécuté ne peut se traduire en termes purement économiques (*Inuit of Nunavut*, par. 80; voir aussi *Morris-Garner*,

rather pursue disgorgement, a gain-based remedy is not appropriate.

[60] My colleague Karakatsanis J. suggests that compensatory damages may be inadequate here because VLTs do not create records for particular customers, and that ALC's conduct may have contributed to the plaintiffs' lack of evidence. But the plaintiffs do not make these allegations. More importantly, compensatory damages are not inadequate merely because a plaintiff is unwilling, or does not have sufficient evidence, to prove loss (*Inuit of Nunavut*, at para. 85; see also *Morris-Garner*, at para. 90). Again, and as *Inuit of Nunavut* demonstrates, inadequacy flows *not* from the availability of evidence, but from the nature of the claimant's interest. There, the claimant's interest was in the Government of Canada's agreement to develop a general monitoring plan to support collection and analysis of "information on the long term state and health of . . . the Nunavut Settlement Area" (para. 9). While the Government of Canada's failure to do so resulted in an identifiable loss to the Inuit of Nunavut, it could not possibly be quantified in monetary terms. The Nunavut Court of Appeal therefore recognized that it would be appropriate to award gain-based damages measured by the amount the Government of Canada saved by breaching the agreement. This is a far cry from the plaintiffs' circumstances here. Their gambling losses are readily quantifiable and can be remedied through an award of compensatory damages.

[61] Disgorgement for breach of contract is exceptional relief; it is not available at the plaintiff's election to obviate matters of proof. And there is nothing exceptional about the breach of contract the plaintiffs allege. Once the allegations of criminal conduct are put aside (given that I determined that they should be struck), the plaintiffs' claim is simply that they paid

par. 39-40; Burrows, p. 676). Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas.

[60] Ma collègue la juge Karakatsanis laisse entendre que les dommages-intérêts compensatoires peuvent ne pas convenir en l'espèce parce que les ALV ne créent pas de relevés pour des clients précis et que la conduite de la SLA pourrait avoir contribué au manque de preuve des demandeurs. Cependant, les demandeurs ne font pas de telles allégations. Surtout, on ne peut dire que les dommages-intérêts compensatoires ne conviennent pas simplement parce que le demandeur refuse de prouver la perte, ou qu'il ne dispose pas d'une preuve suffisante pour l'établir (*Inuit of Nunavut*, par. 85; voir aussi *Morris-Garner*, par. 90). De plus, comme le démontre l'arrêt *Inuit of Nunavut*, le caractère inadéquat découle *non pas* de la disponibilité de la preuve, mais de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans cette affaire, l'intérêt du demandeur visait le fait que le gouvernement du Canada avait accepté d'élaborer un plan général de surveillance afin de soutenir la collecte et l'analyse de [TRADUCTION] « renseignements sur l'état et la santé à long terme [. . .] de la région du Nunavut » (par. 9). Alors que le défaut du gouvernement canadien d'exécuter cette obligation a donné lieu à une perte déterminable pour les Inuits du Nunavut, cette perte ne pouvait être quantifiée du point de vue monétaire. La Cour d'appel du Nunavut a donc reconnu qu'il conviendrait d'accorder des dommages-intérêts fondés sur les gains réalisés, évalués en fonction du montant que le gouvernement du Canada a épargné en contrevenant à l'entente. On est loin de la situation des demandeurs en l'espèce. Leurs pertes découlant du jeu sont facilement quantifiables et un octroi de dommages-intérêts compensatoires peut y remédier.

[61] La restitution des gains illicites pour violation de contrat est une mesure de réparation exceptionnelle; le demandeur ne peut choisir de s'en prévaloir pour éviter des questions de preuve. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel. Une fois les allégations de conduite criminelle écartées (puisque j'ai conclu qu'elles devraient être

to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs cannot be said to have a legitimate interest in ALC's profit-making activity.

[62] It follows that the plaintiffs' claim has no reasonable chance of achieving disgorgement damages for breach of contract.

(2) Punitive Damages for Breach of Contract

[63] Punitive damage awards for breach of contract are also exceptional, but will be awarded where the alleged breach of contract is an independent actionable wrong (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at para. 78). As this Court held in *Whiten*, the actionable wrong need not be tortious: punitive damages may also be awarded where the defendant breaches a contractual obligation of good faith (para. 79).

[64] Having concluded that all of the plaintiffs' other claims are bound to fail, the only remaining actionable wrong is the claim that ALC breached an obligation of good faith owed to the plaintiffs under the alleged contract. To that effect, the plaintiffs' claim alleges:

. . . the nature of the contract between the parties and the vulnerability of the Plaintiffs implies a duty of good faith which requires the Defendant to consider the interests of the Plaintiffs as at least equal to its own and not to offer or supply an inherently dangerous service or product. The Defendant breached its implied duty of good faith by designing, testing, researching, formulating, developing, manufacturing or altering, producing, labeling, advertising, promoting, distributing, and/or selling VLTs which were inherently dangerous to users and which the Defendant knew or ought to have known would lead to dependency and addiction.

(A.R., vol. II, at pp. 101-2)

radiées), les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA.

[62] Il s'ensuit que les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

(2) Dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat

[63] L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 78). Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Whiten*, il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle d'agir de bonne foi (par. 79).

[64] Comme j'ai conclu que toutes les autres demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec, la seule autre faute donnant ouverture à action est que la SLA aurait manqué à l'obligation d'agir de bonne foi qu'elle avait envers les demandeurs en vertu du contrat allégué. À cet égard, les demandeurs soutiennent :

[TRADUCTION] . . . la nature du contrat entre les parties et la vulnérabilité des demandeurs suppose une obligation d'agir de bonne foi qui exige que le défendeur tienne compte des intérêts des demandeurs au moins autant que des siens et qu'il n'offre ni ne fournisse un service ou un produit intrinsèquement dangereux. Le défendeur a manqué à son obligation implicite d'agir de bonne foi par ses activités de conception, de mise à l'essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d'étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente ayant pour objet des ALV qui étaient intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs, et que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient mener à une dépendance.

(d.a., vol. II, p. 101-102)

[65] As this Court explained in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, however, not every contract imposes actionable good faith obligations on contracting parties. While good faith is an organizing principle of Canadian contract law, it manifests itself in specific circumstances. In particular, its application is generally confined to existing categories of contracts and obligations (para. 66). The alleged contract between ALC and the plaintiffs does not fit within any of the established good faith categories. Nor did the plaintiffs advance any argument for expanding those recognized categories.

[66] Accordingly, the plaintiffs' claim for punitive damages has no reasonable chance of success.

(3) Whether the Claim Should Survive For Nominal Damages

[67] The remaining question on breach of contract is whether the plaintiffs' claim should survive as a hollow cause of action that does not support any of the remedies they seek. In my view, it should not. While I agree with my colleague Karakatsanis J. that declaratory relief and nominal damages are available in theory as remedies for breach of contract, a reasonable claim is one that has a reasonable chance of achieving the outcome that the plaintiff seeks. That is not this claim. To be sure, the circumstances here are unusual. Not only did the plaintiffs plead only gain-based relief and punitive damages, both of which I have concluded are unavailable in the circumstances, the plaintiffs also expressly disclaimed remedies quantified on the basis of individual loss. At no point did the plaintiffs argue that their claim should survive because nominal damages are available. In my view, the plaintiffs' breach of contract claim should be assessed on the basis of the questions put before the Court — namely, whether a gain-based remedy or punitive damages are available in the circumstances. And on that basis, it is obvious that the plaintiffs' breach of contract claim does not disclose a reasonable cause of action. To allow this claim to proceed to trial would simply be to delay the inevitable, and

[65] La Cour a cependant expliqué, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, que ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action. Bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises. En particulier, son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations (par. 66). Le contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies. Les demandeurs n'ont pas non plus soulevé d'argument visant à élargir ces catégories reconnues.

[66] En conséquence, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

(3) La demande devrait-elle subsister pour ouvrir droit à des dommages-intérêts symboliques?

[67] La dernière question qui se pose quant à la violation de contrat est de savoir si la demande présentée par les demandeurs devrait subsister en tant que cause d'action vide de sens n'ouvrant droit à aucune des réparations sollicitées. Je ne le crois pas. Bien que je sois d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis pour dire qu'un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts symboliques sont possibles en théorie en tant que réparation pour la violation du contrat, une demande raisonnable en est une qui a une chance raisonnable d'atteindre le résultat recherché par le demandeur. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Certes, la situation qui nous occupe est inhabituelle. Non seulement les demandeurs ne revendiquent qu'une réparation fondée sur les gains réalisés et des dommages-intérêts punitifs (et j'ai conclu que ces deux mesures n'étaient pas disponibles dans les circonstances), mais les demandeurs ont expressément renoncé aux réparations quantifiées en fonction de la perte individuelle. En aucun temps les demandeurs n'ont fait valoir que leur demande devrait subsister parce que des dommages-intérêts symboliques étaient possibles. À mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs devrait être évaluée en fonction

would not reflect a “proportionate procedur[e] for adjudication” (*Hryniak*, at para. 27).

(4) Certification

[68] Even were the breach of contract claim to survive, the application judge’s certification decision would have to be revisited. Given my conclusion that each of the plaintiffs’ claims should be struck, it is unnecessary to address certification in detail. I respectfully disagree with my colleague, however, that the plaintiff’s breach of contract claim, standing alone, would satisfy the preferability requirement in s. 5(1)(d) of the *Class Actions Act* (Karakatsanis J. Reasons, at paras. 165-70). As I have explained, punitive damages and disgorgement are unavailable to the plaintiffs. Without those remedies, the plaintiffs would be pursuing a breach of contract action wherein each plaintiff effectively elects to pursue nominal damages in lieu of the actual damages they have suffered. Such an action would not further the principal goals of class actions, namely judicial economy, behavior modification, and access to justice (*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at paras. 27-28).

D. *Unjust Enrichment*

[69] The plaintiffs also rely on the principled unjust enrichment framework (or what the Court of Appeal referred to as “unjust enrichment *simpliciter*”). This claim requires establishing that ALC was enriched, that the plaintiffs suffered a corresponding deprivation, and that the enrichment and corresponding

des questions soumises à la Cour — soit celle de savoir si une réparation fondée sur les gains ou des dommages-intérêts punitifs sont possibles dans les circonstances. Il est donc évident que la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs ne révèle aucune cause d’action raisonnable. Permettre l’instruction de cette demande ne ferait que retarder l’inévitable et ne rendrait pas compte de « procédures de règlement des litiges [. . .] proportionnées » (*Hryniak*, par. 27).

(4) Autorisation d’exercer un recours collectif

[68] Même si la demande fondée sur la violation de contrat devait subsister, la décision d’autorisation du juge saisi de la demande devrait être revue. Étant donné ma conclusion que chacune des demandes présentées par les demandeurs devrait être radiée, il n’est pas nécessaire d’aborder la question de l’autorisation en détail. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord avec ma collègue, cependant, pour dire que la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs, à elle seule, satisferait au critère du meilleur moyen prévu à l’al. 5(1)(d) de la *Class Actions Act* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 165-170). Comme je l’ai expliqué, les demandeurs n’ont pas droit à des dommages-intérêts punitifs ni à la restitution des gains illicites. Sans ces réparations, les demandeurs intenteraient une action pour violation de contrat dans laquelle chacun des demandeurs choisit en fait de réclamer des dommages-intérêts symboliques plutôt que des dommages-intérêts fondés sur la perte réellement subie. Une telle action n’atteindrait pas les principaux objectifs du recours collectif, à savoir l’économie de ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice (*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 27-28).

D. *Enrichissement sans cause*

[69] Les demandeurs se fondent également sur le cadre d’analyse de l’enrichissement sans cause (ou sur ce que la Cour d’appel a appelé [TRADUCTION] « l’enrichissement sans cause *simpliciter* »). Une telle action requiert qu’ils établissent que la SLA s’est enrichie, qu’ils ont subi un appauvrissement

deprivation occurred in the absence of any juristic reason therefor (*Moore*, at para. 37). The appellants argue that this claim is bound to fail because, even if ALC has been enriched at the plaintiff's expense, there is a juristic reason for the exchange.

[70] The juristic reason element of the unjust enrichment analysis proceeds in two stages. First, the plaintiff must demonstrate that the defendant's enrichment cannot be justified by any of the established categories of juristic reason. If none of the established categories of juristic reason are present, the plaintiff has a *prima facie* case for unjust enrichment. At the second stage, the defendant can rebut the plaintiff's *prima facie* case by showing that there is a residual reason to deny recovery (*Moore*, at paras. 57-58).

[71] Here, I do not have to go beyond the first stage of the analysis. The plaintiffs' own pleadings allege that there was a contract between ALC and the plaintiffs under which the plaintiffs paid to play VLTs. A defendant that acquires a benefit pursuant to a valid contract is justified in retaining that benefit (*Moore*, at para. 57). Nothing in the pleadings, apart from perhaps the allegations of criminal conduct that I have determined are bound to fail, could serve to vitiate the alleged contract between the plaintiffs and ALC. It follows that I agree with the appellants that the plaintiffs' unjust enrichment claim has no reasonable chance of success.

IV. Conclusion

[72] Each claim that the plaintiffs have pleaded is bound to fail because it discloses no reasonable cause of action. I would allow the appeals, set aside the certification order, and strike the plaintiffs' statement of claim in its entirety. The appellants have not sought costs, and I would therefore award none.

correspondant et que l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique (*Moore*, par. 37). Les appelantes soutiennent que cette action est vouée à l'échec parce que, même si la SLA s'est enrichie aux dépens des demandeurs, un motif juridique justifie l'échange qui a eu lieu.

[70] L'élément de motif juridique de l'analyse de l'enrichissement sans cause comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur. Si aucune des catégories établies de motifs juridiques ne s'applique, le demandeur aura alors établi une preuve *prima facie* d'enrichissement sans cause. À la deuxième étape, le défendeur peut réfuter la preuve *prima facie* du demandeur en démontrant qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement (*Moore*, par. 57-58).

[71] En l'espèce, je n'ai pas besoin d'aller au-delà de la première étape de l'analyse. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage (*Moore*, par. 57). Rien dans les actes de procédure, à part peut-être les allégations de conduite criminelle qui, comme je l'ai conclu, sont vouées à l'échec, ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. En conséquence, je conviens avec les appelantes que la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

IV. Conclusion

[72] Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable. J'accueillerais donc les pourvois, j'annulerais l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et je radierais la déclaration des demandeurs en entier. Les appelantes n'ont pas demandé que leurs dépens soient adjugés; par conséquent, je n'en adjugerais aucun.

The reasons of Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[73] The plaintiffs in this proposed class action allege that the Video Lottery Terminal (VLT) games offered by Atlantic Lottery Corporation (ALC) in Newfoundland and Labrador are deceptive, harmful, and inherently addictive. They further contend that ALC, both a regulator and a business corporation, deliberately put people at risk of addiction by deceiving the paying public for the sole purpose of making money. The statement of claim seeks a gain-based remedy through seven possible causes of action.

[74] The application judge at the Supreme Court of Newfoundland and Labrador dismissed ALC's application to strike the plaintiffs' statement of claim and certified the class action. The majority of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador struck two claims but allowed the remainder to proceed as a class action. ALC and several third parties now appeal to this Court.

[75] There are two main issues before this Court: whether to strike the plaintiffs' claims and whether to certify the plaintiffs' class action. The Court's concern is not whether the plaintiffs' claim will be successful, but rather whether it should be allowed to proceed to trial, and proceed as a class action.

[76] I agree with Brown J. that a mere breach of a duty of care, in the absence of loss, cannot ground a claim for disgorgement and that the term "waiver of tort" should not be used to refer to a cause of action. I also agree that VLTs cannot constitute "three-card monte" as that phrase is defined in the *Criminal*

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente en partie) —

I. Introduction

[73] Les demandeurs dans le présent recours collectif projeté font valoir que les jeux sur appareils de loterie vidéo (ALV) offerts par la Société des loteries de l'Atlantique (SLA) à Terre-Neuve-et-Labrador sont trompeurs, nocifs et intrinsèquement générateurs de dépendance. Ils soutiennent aussi que la SLA, qui est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale, a délibérément mis les membres du public payant à risque de dépendance en les trompant dans le seul but de faire de l'argent. Dans leur déclaration, ils sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés en invoquant sept causes d'action possibles.

[74] Le juge saisi de la demande à la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de la SLA en radiation de la déclaration des demandeurs et a autorisé le recours collectif. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont radié deux demandes, mais ont permis que les autres prennent la forme d'un recours collectif. La SLA et plusieurs tierces parties interjettent maintenant appel devant la Cour.

[75] La Cour est appelée à trancher deux questions principales : s'il y a lieu de radier les demandes présentées par les demandeurs et s'il y a lieu d'autoriser leur recours collectif. La Cour n'a pas à se prononcer sur la question de savoir si les demandeurs auront gain de cause dans leur action, mais plutôt sur l'opportunité de permettre que celle-ci soit instruite, et ce, par voie de recours collectif.

[76] Je suis d'accord avec le juge Brown pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites et que l'expression « renonciation au recours délictuel » ne devrait pas être employée pour désigner une cause

Code, R.S.C. 1985, c. C-46, and that the plaintiffs' claim in unjust enrichment must be struck. However, I disagree with his analysis of whether the plaintiffs' claim in breach of contract is a reasonable cause of action as well as his conclusion that there are no available remedies for that breach.

[77] I agree with the courts below that common issues relating to breach of contract, punitive damages, and the availability of the remedy of disgorgement of ALC's gains are properly certified. However, I would not, on this record, certify the availability of aggregate monetary relief as a common issue. It follows that I would allow the appeals only in part, allowing the breach of contract claim to proceed and remain certified as a class action.

II. Statement of Claim and Procedural History

[78] ALC is a corporation incorporated under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (*CBCA*), whose shareholders are the governments of the four Atlantic provinces, including Newfoundland and Labrador. Under the *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96, made under the *Lotteries Act*, S.N.L. 1991, c. 53, ALC is authorized to offer gambling to the public. As part of this business, ALC offers games through VLTs at approved sites.

[79] The plaintiffs, Douglas Babstock and Fred Small, are individuals seeking to be the representative plaintiffs in a class action against ALC. In their statement of claim, the plaintiffs bring a class action on behalf of persons and estates harmed by the VLT

d'action. Je suis également d'accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, je ne souscris pas à son analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, ni à sa conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation.

[77] Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que les questions communes liées à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et à la possibilité d'ordonner la restitution des gains illicites de la SLA à titre de réparation ont été certifiées à bon droit. Toutefois, au vu du dossier, je ne certifierais pas la question de la possibilité d'accorder des mesures de redressement pécuniaire global en tant que question commune. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les présents pourvois en partie seulement : je permettrais que la demande fondée sur la violation de contrat suive son cours et demeure certifiée à titre de recours collectif.

II. Déclaration et historique procédural

[78] La SLA est une personne morale constituée sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (*LCSA*), dont les actionnaires sont les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, y compris Terre-Neuve-et-Labrador. En vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96, pris en application de la *Lotteries Act*, S.N.L. 1991, c. 53, la SLA est autorisée à offrir des jeux de hasard au public. Dans le cadre de cette entreprise, la SLA offre des jeux au moyen d'ALV à des emplacements approuvés.

[79] Les demandeurs, Douglas Babstock et Fred Small, sont des particuliers qui veulent représenter les demandeurs dans un recours collectif contre la SLA. Dans leur déclaration, les demandeurs intentent un recours collectif au nom des personnes

gambling that the defendant, ALC, manages in the Province of Newfoundland and Labrador. ALC has not yet filed its defence.

[80] The plaintiffs state that ALC is both a regulator and a business corporation driven by profit motive, remitting profits to the province in the range of \$60-90 million annually. The statement of claim alleges that ALC knows or ought to know that VLTs are, and have been designed to be, inherently deceptive, addictive, and dangerous, programmed to create cognitive distortions of consumers' perceptions of winning. The plaintiffs say that ALC acted in bad faith, and that the reprehensibility of ALC's conduct is relevant to the issue of remedy. They do not advance claims for personal injuries but instead seek, among other remedies, damages equal to the total unlawful gain obtained by ALC from the class members, disgorgement of ALC's profits, and punitive damages.

[81] ALC joined several third parties in the action, including VLC, Inc.; IGT-Canada Inc.; International Game Technology; Spielo International Canada ULC; and Tech Link International Entertainment Limited (collectively, the third parties), who are the manufacturers and suppliers of VLTs and who supplied VLTs to ALC during the proposed class period.

[82] The plaintiffs brought an application for certification under the *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 (CAA), and ALC brought an application to strike the plaintiffs' statement of claim under r. 14.24 of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D.

et des successions qui ont été lésées par les jeux de hasard sur des ALV que la défenderesse, la SLA, administre dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador. La SLA n'a pas encore déposé sa défense.

[80] Les demandeurs affirment que la SLA est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale à but lucratif, qui verse à la province des profits de l'ordre de 60 à 90 millions de dollars annuellement. Dans leur déclaration, ils soutiennent que la SLA sait ou devrait savoir que les ALV sont — et ont été conçus pour être — intrinsèquement trompeurs, générateurs de dépendance et dangereux, programmés pour créer des distorsions cognitives des perceptions chez les consommateurs quant aux possibilités de gagner. Les demandeurs affirment que la SLA a agi de mauvaise foi, et que le caractère répréhensible de la conduite de la SLA est pertinent en ce qui concerne la question de la réparation. Ils ne réclament rien au titre de préjudices personnels, mais sollicitent plutôt, entre autres réparations, des dommages-intérêts d'un montant égal au gain illicite total obtenu par la SLA auprès des membres du groupe, la restitution des gains illicites de la SLA et des dommages-intérêts punitifs.

[81] La SLA a mis en cause plusieurs tiers, y compris VLC, Inc.; IGT-Canada Inc.; International Game Technology; Spielo International Canada ULC; et Tech Link International Entertainment Limited (collectivement, les tierces parties), qui sont des fabricants et fournisseurs d'ALV et qui ont fourni des ALV à la SLA pendant la période visée par le recours collectif projeté.

[82] Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif sous le régime de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 (CAA), et la SLA a présenté une requête en radiation de la déclaration des demandeurs en application de l'art. 14.24 des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D.

III. Decisions on the Breach of Contract Claim and Certification

- A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, and 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307 (Faour J.))*

[83] On ALC's application to strike the claim, the application judge found that breach of contract was a reasonable cause of action and that disgorgement was potentially available as a remedy. He rejected the argument that ALC's status as a regulator prevented the implication of any terms into its contracts with the plaintiffs, finding that it was not plain and obvious that ALC would be able to defend against every allegation on the basis of its regulatory status. He found that the plaintiffs' failure to plead damage or individual loss arising from the breach of contract, and to instead claim the defendants' gain from the breach, was not a bar to their cause of action. In his certification reasons (which touched on other claims beyond breach of contract), Faour J. found that the criteria for certification had been established.

- B. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador (2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1 (Green, Welsh, and Harrington J.J.A.))*

[84] In the Court of Appeal, Green J.A., writing for the majority, upheld the application judge's conclusion that breach of contract was a reasonable cause of action on the basis that it is actionable in the absence of pleaded or proven loss. The majority found disgorgement to be a potential remedy given its uncertain parameters; it could not be said that the claim for disgorgement of profits was doomed to fail. The majority also refused to strike the plaintiffs' claim for punitive damages given their allegations that ALC had engaged in reprehensible and high-handed conduct. Finally, the majority concluded that

III. Décisions sur la demande fondée sur la violation de contrat et sur l'autorisation d'exercer le recours collectif

- A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, et 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307 (le juge Faour))*

[83] Statuant sur la demande de la SLA en radiation de l'action, le juge a conclu que la violation de contrat était une cause d'action raisonnable et que la restitution des gains illicites pouvait éventuellement être accordée à titre de réparation. Il a rejeté l'argument voulant que, en raison de la qualité d'organisme de réglementation de la SLA, il ne pouvait y avoir de conditions implicites dans ses contrats avec les demandeurs, et a conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la SLA serait en mesure d'opposer une défense à chaque allégation sur le fondement de sa qualité d'organisme de réglementation. Selon le juge, le fait que les demandeurs n'aient pas plaidé de préjudice ou de perte individuelle découlant de la violation de contrat, mais qu'ils ont plutôt réclamé le gain que les défendeurs ont tiré de la violation, ne faisait pas obstacle à leur cause d'action. Dans ses motifs relatifs à l'autorisation (qui portaient sur d'autres demandes, outre la violation de contrat), le juge Faour a conclu que les critères en vue de l'autorisation du recours collectif avaient été établis.

- B. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1 (les juges Green, Welsh et Harrington))*

[84] En Cour d'appel, le juge Green, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a confirmé la conclusion du juge saisi de la demande, selon laquelle la violation de contrat était une cause d'action raisonnable parce qu'elle donnait ouverture à action en l'absence de perte plaidée ou prouvée. Les juges majoritaires ont conclu que la restitution des gains illicites était une réparation possible en raison de ses paramètres incertains; on ne pouvait affirmer que la demande de restitution des gains illicites était vouée à l'échec. Les juges majoritaires ont en outre refusé de radier la demande de dommages-intérêts punitifs

the application judge had not erred in certifying the plaintiffs' class action.

[85] Welsh J.A. dissented, finding that the claim for breach of contract should be struck because the plaintiffs did not plead loss or damage.

IV. Analysis

[86] In these reasons, I consider two issues. First, is breach of contract a reasonable cause of action on these pleadings? Second, should the action for breach of contract remain certified as a class action?

A. *Standard on a Motion to Strike*

[87] A pleading may be struck or amended on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence (*Rules of the Supreme Court, 1986*, r. 14.24(1)(a)). When considering whether to strike a pleading on this ground, the question is whether the claim has “no reasonable prospect of success” (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17), or whether it is “plain and obvious” that the action cannot succeed (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980). This is a high standard that applies to determinations of fact, law, and mixed fact and law. The facts pleaded are assumed to be true “unless they are manifestly incapable of being proven” (*Imperial Tobacco*, at para. 22).

[88] On a motion to strike, the statement of claim should be read “as generously as possible and to accommodate any inadequacies in the form of the allegations which are merely the result of drafting deficiencies” (*Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 451), because “cases should, if possible, be disposed of on their merits” (*Montreal Trust Co. of Canada v. Hickman*, 2001 NFCA 42,

présentée par les demandeurs, en raison de leurs allégations selon lesquelles la SLA s’était livrée à un comportement répréhensible et abusif. Enfin, les juges majoritaires ont conclu que le juge saisi de la demande n’avait pas commis d’erreur en autorisant le recours collectif des demandeurs.

[85] La juge Welsh, dissidente, a conclu que la demande fondée sur la violation de contrat devrait être radiée parce que les demandeurs n’avaient pas plaidé de perte ou de préjudice.

IV. Analyse

[86] Dans les présents motifs, j’examine deux questions. D’abord, la violation de contrat est-elle une cause d’action raisonnable au vu des actes de procédure en l’espèce? Ensuite, l’action en violation de contrat devrait-elle demeurer autorisée en tant que recours collectif?

A. *Norme applicable à la requête en radiation*

[87] Un acte de procédure peut être radié ou modifié au motif qu’il ne révèle aucune cause d’action ou moyen de défense raisonnable (*Rules of the Supreme Court, 1986*, al. 14.24(1)(a)). Pour décider s’il y a lieu de radier un acte de procédure pour ce motif, la question est de savoir si la demande n’a « aucune possibilité raisonnable d’être accueillie » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17), ou s’il est « évident et manifeste » que l’action ne saurait aboutir (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). Il s’agit d’une norme élevée qui s’applique aux conclusions de fait, aux conclusions de droit et aux conclusions mixtes de fait et de droit. Les faits allégués sont présumés vrais « sauf s’ils ne peuvent manifestement pas être prouvés » (*Imperial Tobacco*, par. 22).

[88] Lorsqu’il est saisi d’une requête en radiation, le tribunal doit interpréter la déclaration « de manière aussi libérale que possible et [. . .] remédier à tout vice de forme, imputable à une carence rédactionnelle, qui aurait pu se glisser dans les allégations » (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 451), parce que [TRADUCTION] « les causes doivent, si possible, être jugées au fond » (*Montreal*

204 Nfld. & P.E.I.R. 58, at para. 12). At times, a proposed cause of action is so obviously at odds with precedent, underlying principle, and desirable social consequence that regardless of the evidence adduced at trial, the court can say with confidence that it cannot succeed. But this is not often the case, and our common law system generally evolves on the basis of the concrete evidence presented before judges at trial.

[89] This is why claims that do not contain a “radical defect” (*Hunt*, at p. 980) should nevertheless proceed to trial. Courts should consider whether the pleadings are sufficient to put the defendant on notice of the essence of the plaintiff’s claim (*Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 15) and whether “the facts pleaded would support one or more arguable causes of action” (*Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1, at para. 5). In *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, this Court explained that a cause of action is “only a set of facts that provides the basis for an action in court” (para. 27).

[90] The threshold to strike a claim is therefore high. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial (*Imperial Tobacco*, at paras. 17 and 21). The correct posture for the Court to adopt is to consider whether the pleadings, as they stand or may reasonably be amended, disclose a question that is not doomed to fail (*Hunt*, at p. 978, quoting *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (B.C.C.A.), at pp. 116 and 122).

B. Breach of Contract

(1) Breach of Contract as a Cause of Action

[91] The elements of a cause of action for breach of contract are the existence of a contract and the breach of a term of that contract. In order to strike the claim for breach of contract, ALC and the third parties must demonstrate either that a necessary fact is not pleaded or that there is a legal reason why

Trust Co. of Canada c. Hickman, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58, par. 12). Parfois, une cause d’action alléguée est si nettement contraire à la jurisprudence, au principe sous-jacent et aux conséquences sociales souhaitables que, sans égard à la preuve présentée au procès, le tribunal peut affirmer avec certitude que l’action ne saurait aboutir. Ce n’est toutefois pas souvent le cas, et notre système de common law évolue généralement sur le fondement d’éléments de preuve concrets présentés à des juges dans le cadre de procès.

[89] Voilà pourquoi les demandes qui ne contiennent pas de « vice fondamental » (*Hunt*, p. 980) devraient néanmoins être instruites. Les tribunaux doivent se demander si les actes de procédure suffisent pour informer le défendeur de l’essence de la réclamation du demandeur (*Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 15) et si [TRANSDUCTION] « les faits allégués appuieraient une ou plusieurs causes d’action défendables » (*Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1, par. 5). Dans l’arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, la Cour a expliqué qu’un « fait générateur », c’est-à-dire une cause d’action, « est un état de fait qui fonde une action en justice » (par. 27).

[90] En conséquence, le seuil à atteindre pour la radiation d’une demande est élevé. Lorsque la demande a une possibilité raisonnable d’être accueillie, il faut permettre qu’elle soit instruite (*Imperial Tobacco*, par. 17 et 21). La Cour doit donc se demander si les actes de procédure, tels qu’ils sont rédigés ou peuvent raisonnablement être modifiés, révèlent une question qui n’est pas vouée à l’échec (*Hunt*, p. 978, citant *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (C.A. C.-B), p. 116 et 122).

B. Violation de contrat

(1) La violation de contrat en tant que cause d’action

[91] Les éléments d’une cause d’action pour violation de contrat sont l’existence d’un contrat et la violation d’une condition de celui-ci. Pour faire radier la demande fondée sur la violation de contrat, la SLA et les tierces parties doivent démontrer soit

no contractual term existed or could be breached. In my view, they have done neither. As I discuss below, the plaintiffs have pleaded everything necessary to sustain a claim of breach of contract in this case. I begin by reviewing the plaintiffs' statement of claim more broadly before turning to the breach of contract claim.

[92] The plaintiffs allege that a disproportionate number of VLT gamblers have become addicted to gambling and are the source of a disproportionately large share of ALC's VLT revenues in the province. According to the pleadings, in Newfoundland and Labrador, 9.7 percent of VLT players are at moderate risk of problem gambling and an additional 8.6 percent are problem gamblers, compared to a problematic gambling rate of only about 3 percent for other forms of gambling. The plaintiffs have not pleaded that either of the representative plaintiffs are problem gamblers.

[93] The statement of claim also alleges that VLTs are deceptive in that both the mechanics of the game and the odds of winning are concealed. The VLTs are said to have asymmetrical virtual reels that are programmed to weight the distribution of symbols so that the visual reels give a false impression of the odds of winning. The plaintiffs also allege that the machines include a "stop" button that creates the illusion of control over the outcome, but is deceitful in that it provides no such control: in reality, the outcome is based on a random number generator. The pleadings further state that ALC knows or ought to know of the deceptive nature of VLTs and that these deceptive design features can be eliminated such that VLTs become a reasonably safe form of gambling and generate a reasonable stream of profit.

qu'un fait nécessaire n'est pas allégué, soit qu'il existe un motif d'ordre juridique pour lequel aucune condition contractuelle n'existait ou ne pouvait être violée. À mon avis, elles n'ont fait ni l'un ni l'autre. Comme je l'explique plus loin, les demandeurs ont fait valoir tous les éléments nécessaires pour étayer une demande fondée sur la violation de contrat en l'espèce. J'examine d'abord la déclaration des demandeurs de façon plus générale avant d'aborder la demande fondée sur la violation de contrat.

[92] Les demandeurs soutiennent qu'un nombre disproportionné de joueurs d'ALV ont développé une dépendance au jeu et sont la source d'une part disproportionnellement grande des revenus que la SLA tire des ALV dans la province. Selon les actes de procédure, à Terre-Neuve-et-Labrador, 9,7 p. 100 des joueurs d'ALV courent un risque modéré de devenir des joueurs à problèmes et un autre 8,6 p. 100 sont des joueurs à problèmes, en comparaison à un taux de jeu problématique de seulement 3 p. 100 environ pour les autres formes de jeu de hasard. Les demandeurs n'ont pas fait valoir que l'un ou l'autre des représentants des demandeurs est un joueur à problèmes.

[93] De plus, les demandeurs affirment dans leur déclaration que les ALV sont trompeurs en ce sens que le fonctionnement du jeu de même que les probabilités de gagner sont tenus secrets. Les ALV seraient munis de rouleaux virtuels asymétriques programmés pour pondérer la distribution de symboles de sorte que les rouleaux visuels donnent une fausse impression des probabilités de gagner. Les demandeurs soutiennent aussi que les appareils sont munis d'un bouton d'arrêt qui crée l'illusion de contrôle sur le résultat, mais qui est trompeur en ce qu'il ne procure pas un tel contrôle : en réalité, le résultat est fondé sur un générateur de numéros aléatoires. De plus, les demandeurs font valoir dans les actes de procédure que la SLA connaît ou devrait connaître la nature trompeuse des ALV et que ces caractéristiques de conception trompeuses peuvent être éliminées de sorte que les ALV soient une forme relativement sûre de jeu et représentent une source raisonnable de profits.

[94] Turning to the breach of contract claim, the plaintiffs allege that there was a contract between the parties “to provide a safe, interactive and entertaining way to play games of chance with the opportunity to win small cash prizes in exchange for small frequent cash bets” (Statement of Claim, at para. 46). Given the absence of a written contract between the parties, their claim rests on the existence of an implied contract. The plaintiffs have pleaded that ALC breached some of the contract’s terms.

[95] The first implied term is a warranty that the VLTs were of merchantable quality and fit for use — that they were not inherently dangerous. ALC is alleged to have breached this term by “designing, testing, researching, formulating, developing, manufacturing or altering, producing, labeling, advertising, promoting, distributing and/or selling” VLTs that were “inherently dangerous to users” (Statement of Claim, at para. 47). The plaintiffs allege that ALC knew or ought to have known using VLTs would lead to dependency and addiction. In the alternative, the plaintiffs state that ALC breached a second implied contractual term: to use reasonable care and skill in its provision of VLT gaming. The plaintiffs plead that a necessary incident of this second implied term was that ALC owed the plaintiff class a duty to warn of any inherent danger in the consumption of the games and to satisfy itself of the safety of the games, which they allege ALC did not do. Finally, the plaintiffs allege that ALC breached an implied term of good faith.

[96] In this case, the plaintiffs have pleaded the nature of the contract between the parties, the terms they say are implied, and the manner in which ALC breached the contract between them. The existence and breach of these implied terms are thus matters that would usually be left for trial. Indeed, as *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*,

[94] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment qu’il existait entre les parties un contrat [TRADUCTION] « ayant pour objet d’offrir une façon sûre, interactive et divertissante de jouer à des jeux de hasard donnant la possibilité de gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d’argent fréquentes » (déclaration, par. 46). En raison de l’absence de contrat écrit entre les parties, leur demande repose sur l’existence d’un contrat implicite. Selon les demandeurs, la SLA a violé certaines conditions du contrat.

[95] La première condition implicite est une garantie que les ALV étaient de qualité marchande et propres à être utilisés — c’est-à-dire qu’ils n’étaient pas intrinsèquement dangereux. La SLA aurait violé cette condition par ses activités [TRADUCTION] « de conception, de mise à l’essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d’étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente » ayant pour objet des ALV qui étaient « intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs » (déclaration, par. 47). Les demandeurs soutiennent que la SLA savait ou aurait dû savoir que l’utilisation des ALV mènerait à une dépendance et à une accoutumance. Subsidiairement, les demandeurs affirment que la SLA a violé une deuxième condition contractuelle implicite, à savoir celle de faire preuve de compétence et de diligence raisonnables dans la fourniture de jeux sur ALV. Selon les demandeurs, un élément accessoire nécessaire découle de cette deuxième condition implicite, soit que la SLA avait envers le groupe de demandeurs une obligation de mise en garde contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s’assurer de la sécurité des jeux, obligation dont la SLA ne se serait pas acquittée selon eux. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d’agir de bonne foi.

[96] En l’espèce, les demandeurs ont invoqué la nature du contrat entre les parties, les conditions qu’ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. L’existence et la violation de ces conditions implicites constituent donc des questions qui feraient habituellement l’objet d’un procès. De fait, comme

[1999] 1 S.C.R. 619, confirmed, implied terms in a contract may be inferred

based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary “to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the ‘officious bystander’ test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed”

(para. 27, quoting *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775.)

[97] This is the most commonly invoked manner of inferring the existence of implied terms in a contract and requires a factual determination based on the evidence adduced in a particular case. These terms are thus often referred to as being “implied in fact”, and the existence of such a term in a contract is a question of fact that must be made out at trial (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 176-78).

[98] The third parties, however, submit that the parties would have been precluded from implying these contractual terms because ALC, one of the parties to the alleged contract, is a public regulator. They submit that the contract here is simply the right to play a VLT game that has been approved by ALC as a regulator, whose authority cannot be limited or fettered by implying terms in the contract of play.

[99] I see no reason to find at this early stage that the terms the plaintiffs allege are implied in fact are unavailable at law. Without deciding whether ALC was acting in its capacity as a natural person in relation to its VLT operations, I note that ALC has authority to enter into contracts given that it has the capacity, rights, powers, and privileges of a natural person (*CBCA*, s. 15(1)). On a motion to

l’a confirmé la Cour dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, il peut y avoir introduction dans un contrat de conditions implicites

fondées sur l’existence d’une intention présumée des parties, soit la condition implicite dont l’introduction est nécessaire « pour donner à un contrat de l’efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de “l’observateur objectif”, [condition] dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise »

(par. 27, citant *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 775.)

[97] Il s’agit de la manière la plus couramment invoquée d’inférer l’existence de conditions implicites dans un contrat, et elle exige une détermination factuelle fondée sur la preuve présentée dans une affaire donnée. Par conséquent, on dit souvent de ces conditions qu’elles sont « implicites en fait », et l’existence d’une telle condition dans un contrat est une question de fait qui doit être établie au procès (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 176-178).

[98] Les tierces parties soutiennent toutefois que les parties n’auraient pas pu incorporer implicitement ces conditions contractuelles parce que la SLA, une des parties au contrat allégué, est un organisme de réglementation public. Ils soutiennent que le contrat en l’espèce vise simplement le droit de jouer à un jeu sur ALV qui a été approuvé par la SLA en sa qualité d’organisme de réglementation, dont les pouvoirs ne peuvent être limités ou entravés par l’incorporation de conditions implicites dans le contrat de jeu.

[99] Je ne vois aucune raison de conclure, à ce stade préliminaire, que les conditions que les demandeurs prétendent être implicites en fait ne peuvent pas être invoquées en droit. Sans trancher la question de savoir si la SLA agissait en sa qualité de personne physique en lien avec ses opérations liées aux ALV, je remarque que la SLA est habilitée à conclure des contrats, étant donné qu’elle a la capacité, les

strike, it is not enough for the third parties to point in broad strokes to ALC's role as a "regulator" to ground a legal impediment to having implied these contractual terms.

[100] Indeed, the third parties have not pointed to anything in the regulatory scheme that would clearly preclude the terms the plaintiffs allege are implied when ALC sells games to playing members of the public. Under s. 5 of the *Lotteries Act*, the Lieutenant-Governor in Council is authorized to make regulations in relation to lottery schemes, including with respect to the amounts and values of prizes, the terms and conditions attached to prizes, and the consideration to be paid or given to secure a chance to win prizes (s. 5(d) and (e)). Section 8 of the *Video Lottery Regulations* delineates some of these conditions and prohibits operation of VLTs that do not comply with certain requirements — including the size of wagers, a player's monetary exposure in one play, and the minimum and maximum payout of prizes for money accepted (between 80 percent and 96 percent). While some of the rules of the game are thus delineated in this regulatory scheme, the scheme leaves room to imply terms going to the core of the plaintiffs' grievance — concealment of the mechanics of the game, the odds of winning, and the asymmetrical visual reels that give players a false illusion of control.

[101] In other words, at this preliminary stage, I see nothing in the regulatory scheme that would preclude the regular application of contract law or that would conflict with a contractual term relating to how ALC ensures the safety and transparency of the games it offers to the public. Further, it is not plain and obvious that implying the terms alleged by the plaintiffs would improperly touch on or fetter ALC's authority. Under the *Video Lottery Regulations*, ALC is authorized to approve video lotteries (that is, a scheme or enterprise of one or more VLTs) and their sites and advertisement (ss. 2(e), 3, 5, and 10); the manufacture, supply, and operation of VLTs (ss. 4 and 6); and

droits, pouvoirs et privilèges d'une personne physique (*LCSA*, par. 15(1)). Dans le cadre d'une requête en radiation, il ne suffit pas que les tierces parties invoquent de façon générale le rôle de la SLA en tant qu'« organisme de réglementation » pour établir l'existence d'un obstacle juridique à l'incorporation implicite de ces conditions contractuelles.

[100] De fait, les tierces parties n'ont pas renvoyé à quoi que ce soit dans le régime réglementaire qui écarterait manifestement les conditions que les demandeurs prétendent être implicites lorsque la SLA vend des jeux aux membres du public joueurs. En vertu de l'art. 5 de la *Lotteries Act*, le lieutenant-gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements en lien avec les loteries, notamment en ce qui a trait aux montants et aux valeurs des lots, aux modalités et conditions qui s'y rattachent et à la contrepartie à payer ou à donner pour obtenir une chance de gagner des lots (al. 5(d) et (e)). L'article 8 du *Video Lottery Regulations* énonce quelques-unes de ces conditions et interdit l'exploitation d'ALV qui ne respectent pas certaines exigences — y compris le montant des mises, le risque pécuniaire encouru par un joueur sur un jeu et les montants minimal et maximal des lots par rapport à l'argent accepté (entre 80 p. 100 et 96 p. 100). Bien que certaines règles du jeu soient ainsi énoncées dans ce régime réglementaire, celui-ci laisse place à l'incorporation de conditions implicites qui touchent à l'essentiel de ce dont se plaignent les demandeurs, à savoir la dissimulation du fonctionnement du jeu, des probabilités de gagner et des rouleaux visuels asymétriques qui donnent aux joueurs une illusion de contrôle.

[101] Autrement dit, à ce stade préliminaire, je ne vois rien dans le régime réglementaire qui empêcherait l'application régulière du droit des contrats ou qui soit incompatible avec une condition contractuelle liée à la façon dont la SLA assure la sécurité et la transparence des jeux qu'elle offre au public. Qui plus est, il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de conditions implicites qu'allèguent les demandeurs toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA. En vertu du *Video Lottery Regulations*, la SLA est autorisée à approuver les loteries vidéo (c'est-à-dire un système ou une entreprise constitués d'un ou de plusieurs ALV) et

the operation of video lottery games (s. 4). However, any impact that the alleged implied terms might have on ALC's authority, and the interaction, if any, of such a contract with fettering principles, is best determined with the benefit of a full and developed factual record (see *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy v. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84). This is particularly so given the public policy issues at play, involving the implication of terms aimed at protecting public safety by preventing, or warning of, the danger of addiction.

[102] It is thus not plain and obvious that the contractual terms alleged are unavailable at law. I would therefore conclude that the plaintiffs' statement of claim pleads a contractual term and a breach of that term — the necessary elements for a breach of contract claim.

(2) Available Remedies For Breach of Contract

[103] Brown J. concludes that the cause of action for breach of contract, as framed, must fail because it is plain and obvious that there are no available remedies for this claim. As I elaborate below, I cannot agree that there is no valid cause of action for breach of contract on the basis that there is *no* available remedy. In my view, there are several remedies that are open to the plaintiffs on their pleadings, including nominal damages, declaratory relief, disgorgement, and punitive damages.

(a) *Nominal Damages or Declaratory Relief*

[104] Unlike a claim in negligence, loss is not an essential element of a cause of action for breach of

leurs emplacements et la publicité faite à leur égard (al. 2(e) et art. 3, 5 et 10); la fabrication, la fourniture et l'exploitation d'ALV (art. 4 et 6); et l'exploitation de jeux de loterie vidéo (art. 4). Toutefois, il est préférable que la question de l'incidence éventuelle des conditions implicites alléguées sur le pouvoir de la SLA et celle de l'interaction, s'il en est, entre un tel contrat et les principes constituant une entrave, soient tranchées en fonction d'un dossier factuel complet et étoffé (voir *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84). Cela est d'autant plus vrai compte tenu des questions d'ordre public en jeu, soulevant l'introduction de conditions implicites qui visent à protéger la sécurité du public par l'élimination du risque de dépendance ou la mise en garde contre ce risque.

[102] Il n'est donc pas évident et manifeste que les modalités contractuelles alléguées sont inexistantes en droit. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les demandeurs, dans leur déclaration, invoquent une modalité contractuelle et une violation de celle-ci — les éléments nécessaires d'une demande fondée sur la violation de contrat.

(2) Réparations possibles pour violation de contrat

[103] Le juge Brown conclut que la cause d'action pour violation de contrat, telle que formulée, est vouée à l'échec car il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible pour cette demande. Comme je vais l'expliquer, je ne peux convenir qu'il n'y a pas de cause d'action valable pour violation de contrat du fait qu'il n'y a *aucune* réparation possible. À mon avis, plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

a) *Dommages-intérêts symboliques ou jugement déclaratoire*

[104] Contrairement à une demande fondée sur la négligence, la perte n'est pas un élément essentiel

contract. In my view, there is a basis for an action for breach of contract and a basis to obtain remedies against ALC even in the absence of pleadings of specific personal loss. For example, a court finding breach of contract may make binding declarations of right, whether or not any consequential relief is or could be claimed, and whether or not a declaration was pleaded as relief sought (*Rules of the Supreme Court, 1986*, r. 7.16; see also L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at pp. 5-6; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at pp. 647-48).

[105] In addition, nominal damages may be given in all cases of breach of contract as a manner of “affirming . . . that there is an infraction of a legal right” (*Owners of the Steamship “Mediana” v. Owners, Master and Crew of the Lightship “Comet”*, [1900] A.C. 113 (H.L.), at p. 116, per Lord Halsbury L.C.). Nominal damages are thus always available for causes of action, like breach of contract, that do not require proof of loss, even if they are not pleaded (see, e.g., *Place Concorde East Ltd. Partnership v. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141, at paras. 56 and 75-78; *Saskatchewan Government Insurance v. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8, at para. 13; J. Edelman, *McGregor on Damages* (20th ed. 2018), at pp. 406-7; M. Gannage, “Nominal Damages for Breach of Contract in Canada” (2011), 69 *Advocate* 833, at p. 834; J. Cassels and E. Adjin-Tetty, *Remedies: The Law of Damages* (3rd ed. 2014), at p. 355). Assuming that the plaintiffs can ultimately prove the existence of a contract and its breach by ALC, they may be entitled to an award of nominal damages.

[106] Litigants have the right to pursue reasonable causes of action to vindicate their rights. In my view, the plaintiffs’ breach of contract claim is a reasonable cause of action. As it is actionable without proof of

d’une cause d’action pour violation de contrat. À mon avis, il y a matière à action en justice pour violation de contrat et matière à obtention de réparations contre la SLA même si les actes de procédure ne font pas état d’une perte personnelle en particulier. Par exemple, un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu’un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non, et qu’un jugement déclaratoire soit demandé ou non à titre de réparation (*Rules of the Supreme Court, 1986*, art. 7.16; voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 5-6; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 647-648).

[105] De plus, des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés dans tous les cas de violation de contrat comme manière [TRADUCTION] « d’affirmer [. . .] qu’il y a atteinte à un droit reconnu par la loi » (*Owners of the Steamship “Mediana” c. Owners, Master and Crew of the Lightship “Comet”*, [1900] A.C. 113 (H.L.), p. 116, le lord chancelier Halsbury). Par conséquent, les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d’action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte, même s’ils ne sont pas demandés dans les actes de procédure (voir, p. ex., *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141, par. 56 et 75-78; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8, par. 13; J. Edelman, *McGregor on Damages* (20^e éd. 2018), p. 406-407; M. Gannage, « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *Advocate* 833, p. 834; J. Cassels et E. Adjin-Tetty, *Remedies : The Law of Damages* (3^e éd. 2014), p. 355). À supposer que les demandeurs puissent, au final, prouver l’existence d’un contrat et la violation de celui-ci par la SLA, ils pourraient avoir droit à des dommages-intérêts symboliques.

[106] Les plaideurs ont le droit de faire valoir des causes d’action raisonnables pour défendre leurs droits. À mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une

loss, it always necessarily implies nominal damages. This alone precludes striking the claim.

(b) *Disgorgement of Profits*

[107] While I agree with Brown J. that disgorgement is not an independent *cause of action* and has no reasonable chance of success as such, it does not follow that disgorgement cannot be pleaded as a *remedy* for breach of contract. As I will explain, disgorgement can be an appropriate remedy for breach of contract, though whether it is appropriate in this case is a matter for trial that cannot be resolved on the pleadings alone.

[108] The customary remedy for a breach of contract is compensation, usually measured in the form of expectation damages (*Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 26; L. D. Smith, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L.J.* 121, at p. 123; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 645). This means the plaintiff is generally entitled “to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed” (*Robinson v. Harman* (1848), 1 Ex. 850, at p. 855; see also *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 27).

[109] Nevertheless, despite this usual approach, the compensation principle does not always apply; there are well-established exceptions to that principle and other forms of relief can be appropriate, such as specific performance of the contract or an injunction (*IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, at para. 36; *Semelhago*

cause d’action raisonnable. Puisqu’elle donne ouverture à une action sans preuve de perte, elle implique toujours, nécessairement, des dommages-intérêts symboliques. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

b) *Restitution des gains illicites*

[107] Bien que je sois d’accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des gains illicites n’est pas une *cause d’action* indépendante et n’a aucune chance raisonnable de succès à ce titre, il ne s’ensuit pas que la restitution des gains illicites ne peut pas être plaidée en tant que *réparation* pour violation de contrat. Comme je l’expliquerai, la restitution des gains illicites peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat, même si la question de savoir si elle est appropriée en l’espèce doit être tranchée au procès, et ne peut l’être au vu des actes de procédure à eux seuls.

[108] La réparation habituelle pour violation de contrat est l’indemnisation, généralement évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté (*Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 26; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121, p. 123; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 645). Cela signifie que le demandeur a généralement droit à des « dommages-intérêts [qui le] place[nt] dans la situation où [il] se serait trouvé [. . .] si le contrat avait été exécuté » (*Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850, p. 855; voir aussi *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d’assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 27).

[109] Néanmoins, malgré cette approche habituelle, le principe d’indemnisation ne s’applique pas toujours; il existe des exceptions bien établies à ce principe et d’autres formes de réparation peuvent être appropriées, comme l’exécution en nature du contrat ou l’injonction (*IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985,

v. *Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415, at para. 14; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf), at p. 2-1).

[110] And, in some cases, disgorgement of a defendant's profits can be an appropriate remedy for breach of contract. Disgorgement is a measure of relief based solely upon the defendant's profit rather than the plaintiff's loss (Edelman (2018), at pp. 472-73). It is an exceptional remedy, available where a plaintiff has shown that the ordinary remedies of contract law are inadequate to protect and vindicate their contractual right.

[111] In *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), the House of Lords ordered disgorgement of profit as a remedy for breach of contract. In 1989, George Blake, a former member of the United Kingdom's Secret Intelligence Service (and Soviet spy), entered into a contract to publish a book of state secrets that he had undertaken never to reveal, thereby breaching his contractual undertaking. By the time of publication, however, the information was not confidential and its disclosure caused no loss to the Crown. There was, therefore, nothing to compensate. Compensatory damages could neither vindicate the government's contractual right nor deter and denounce the wrong committed by the defendant.

[112] The majority of the House of Lords concluded that disgorgement of the profits gained from that publishing contract — some £90,000 — was the appropriate remedy in all the circumstances for the breach of the undertaking. In determining that disgorgement was the appropriate remedy, Lord Nicholls explained that:

Normally the remedies of damages, specific performance and injunction, coupled with the characterisation of some contractual obligations as fiduciary, will provide an adequate response to a breach of contract. It will be only in exceptional cases, where those remedies are inadequate,

par. 36; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 14; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (feuilles mobiles), p. 2-1).

[110] Par ailleurs, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une mesure de redressement fondée uniquement sur le profit du défendeur, plutôt que sur la perte du demandeur (Edelman (2018), p. 472-473). Il s'agit d'une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel.

[111] Dans l'arrêt *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), la Chambre des lords a ordonné la restitution des gains illicites à titre de réparation pour une violation de contrat. En 1989, George Blake, ancien membre du service secret du renseignement du Royaume-Uni (et espion soviétique), a conclu un contrat de publication d'un livre contenant des secrets d'État qu'il s'était engagé à ne jamais révéler, violant ainsi son engagement contractuel. Cependant, au moment de la publication, les renseignements n'étaient pas confidentiels et leur divulgation ne causait aucun préjudice à Sa Majesté. Il n'y avait donc rien à indemniser. Des dommages-intérêts compensatoires ne pouvaient ni défendre le droit contractuel du gouvernement, ni dissuader et dénoncer la faute commise par le défendeur.

[112] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites tirés de ce contrat de publication — environ 90 000 £ — était la réparation appropriée eu égard à l'ensemble des circonstances pour la violation de l'engagement. En statuant que la restitution des gains illicites était la réparation appropriée, le lord Nicholls a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION] Normalement, les réparations que sont les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction, conjuguées à la qualification de certaines obligations contractuelles en tant qu'obligations fiduciaires, fourniront une réponse adéquate à une violation de contrat. Ce n'est

that any question of accounting for profits will arise. [p. 285]

[113] Lord Nicholls held that “[n]o fixed rules can be prescribed” in this analysis and stressed the importance of having regard to all the circumstances, including:

- (a) the subject matter of the contract;
- (b) the purpose of the contractual provision which has been breached;
- (c) the circumstances in which the breach occurred;
- (d) the consequences of the breach; and
- (e) the circumstances in which relief is being sought.

[114] The majority of the House of Lords concluded that disgorgement was appropriate in the circumstances, including that: the Attorney General had a legitimate interest in preventing Blake from profiting from the disclosure of confidential information; Blake had a quasi-fiduciary obligation to the intelligence service; Blake’s profits indirectly stemmed from his breaches in the 1950s (which brought him notoriety leading to the book deal); and allowing agents a financial incentive to violate their undertaking would endanger the effectiveness of the intelligence service (pp. 286-87).

[115] While *Blake* set a standard for disgorgement in “exceptional circumstances”, some have emphasized the need to further circumscribe and better reconcile the remedy with private law principles (see, e.g., A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 582; S. M. Waddams, “Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, at pp. 7-13). The disgorgement remedy can appear more difficult to justify under traditional contract principles than compensatory or restitutionary damages, as the measure of relief is not based on what was been transferred or subtracted from the claimant

que dans des situations exceptionnelles, lorsque ces réparations sont inadéquates, que se posera la question de la remise des profits. [p. 285]

[113] Le lord Nicholls a statué [TRADUCTION] « [qu’]aucune règle fixe ne peut être prescrite » dans cette analyse et il a souligné l’importance de tenir compte de l’ensemble des circonstances, y compris :

- a) l’objet du contrat;
- b) l’objet de la clause contractuelle qui a fait l’objet de la violation;
- c) les circonstances dans lesquelles la violation s’est produite;
- d) les conséquences de cette violation;
- e) les circonstances dans lesquelles la réparation est demandée.

[114] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites était appropriée dans les circonstances, notamment les suivantes : le procureur général avait un intérêt légitime à empêcher M. Blake de tirer profit de la divulgation de renseignements confidentiels; M. Blake avait une obligation quasi-fiduciaire envers le service du renseignement; les profits de M. Blake provenaient indirectement des violations qu’il avait commises dans les années 1950 (qui lui ont apporté la notoriété ayant mené au contrat de publication); et le fait de donner aux agents un incitatif financier à violer leur engagement aurait mis en péril l’efficacité du service du renseignement (p. 286-287).

[115] Bien que l’arrêt *Blake* ait établi une norme ouvrant droit à la restitution des gains illicites dans des « circonstances exceptionnelles », certains ont souligné la nécessité de circonscrire davantage la réparation et de mieux la concilier avec les principes de droit privé (voir, p. ex., A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), p. 582; S. M. Waddams, « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 7-13). La réparation de restitution des gains illicites peut paraître plus difficile à justifier au regard des principes contractuels traditionnels que les dommages-intérêts compensatoires ou restitutoires,

(J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), at p. 81).

[116] But non-compensatory remedies for breach of contract are not inherently contrary to private law principles. For example, punitive damages may be awarded for breach of contract, even though they bear no relation to what the plaintiff should receive in compensation (see, e.g., *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at para. 92). Thus, the availability of punitive damages for breach of contract confirms that gain-based remedies, such as disgorgement, are compatible with the existing scheme of remedies for private wrongs (R. J. Sharpe, “Commercial Law Damages: Market Efficiency or Regulation of Behaviour?”, in *The Law Society of Upper Canada, ed., Special Lectures 2005: The Modern Law of Damages* (2006), 327, at p. 346).

[117] Indeed, it has been posited that the existence of disgorgement as a remedy is primarily justified by the need to deter wrongful conduct, underpinned by the recurring principle of contract law that a wrongdoer should not be permitted to profit from their wrong (Edelman (2002), at pp. 81-83; K. Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice* (2012), at pp. 12 and 26; *Attorney-General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), at p. 286; J. D. McCamus, “Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective” (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943, at p. 945). Although compensatory damages will often help to achieve deterrence of wrongful conduct (*Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, at para. 28), they will not always be adequate or appropriate in the circumstances of the breach. And since disgorgement awards are limited by the amount of profit, the measure of the award implicitly effects deterrence and is “dictated by the minimum amount necessary to make the wrong unprofitable” (Edelman (2002), at p. 83).

puisque l'évaluation du redressement n'est pas fondée sur ce qui a été transféré ou soustrait du demandeur (J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 81).

[116] Toutefois, les réparations de nature non compensatoire pour violation de contrat ne sont pas intrinsèquement contraires aux principes de droit privé. Par exemple, des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés pour violation de contrat, même s'ils n'ont pas de lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir comme compensation (voir, p. ex., *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 92). Ainsi, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat confirme que les réparations fondées sur les gains réalisés, comme la restitution des gains illicites, sont compatibles avec le système actuel de réparations pour les fautes de droit privé (R. J. Sharpe, « Commercial Law Damages : Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », *The Law Society of Upper Canada, dir., Special Lectures 2005 : The Modern Law of Damages* (2006), 327, p. 346).

[117] De fait, certains considèrent que l'existence de la restitution des gains illicites en tant que réparation se justifie principalement par la nécessité de dissuader la conduite fautive, que sous-tend le principe récurrent du droit des contrats voulant que l'auteur d'une faute ne devrait pas pouvoir profiter de sa propre faute (Edelman (2002), p. 81-83; K. Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice* (2012), p. 12 et 26; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), p. 286; J. D. McCamus, « Disgorgement for Breach of Contract : A Comparative Perspective » (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943, p. 945). Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive (*Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, par. 28), ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. De plus, puisque les réparations de restitution des gains illicites se limitent au montant du profit, la portée de la réparation a implicitement un effet de dissuasion et est [TRADUCTION] « dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable » (Edelman (2002), p. 83).

[118] Further, it is clear that disgorgement awards are not limited to situations in which they serve a compensatory purpose. While the United Kingdom Supreme Court has recognized that some remedies that appear to be gain-based serve compensatory purposes (*One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, at para. 91), the remedy in *Blake* cannot be described as compensatory. The facts of *Blake* make clear that an award of disgorgement may be available without the claimant's having suffered a loss to be compensated, and Canadian courts have suggested that disgorgement may be available where "expectation damages are not readily quantifiable, or where the circumstances of the case call for a different measure of damages to provide an effective remedy" (*Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, at para. 85 (emphasis added)). Compensatory principles of contract law do not explain why a disgorgement remedy may be necessary to vindicate or protect a contractual right in a particular case.

[119] For example, although it may not support disgorgement on its own, a self-interested and deliberate breach weighs in favour of disgorgement when awarding compensatory damages alone would fail to deter wrongdoers who are "prepared to hurt somebody" because they "may well gain by doing so" (Edelman (2002), at p. 84, quoting *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), at p. 1094; see also P. Birks, "Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity" (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421; American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment* (2011), vol. 2, at §40).

[120] Further, when calculating loss is impracticable, a narrow focus on compensation may relieve a wrongdoer from the obligation to remedy their

[118] De plus, il est clair que les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Bien que la Cour suprême du Royaume-Uni ait reconnu que certaines réparations qui semblent fondées sur les gains réalisés servent des fins compensatoires (*One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, par. 91), la réparation dont il est question dans l'arrêt *Blake* ne saurait être qualifiée de compensatoire. Il ressort clairement des faits dans l'arrêt *Blake* qu'une réparation de restitution des gains illicites peut être ordonnée sans que le demandeur ait subi une perte devant être indemnisée, et les tribunaux canadiens ont laissé entendre que la restitution des gains illicites pouvait être ordonnée lorsque [TRADUCTION] « les dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté ne sont pas facilement quantifiables, ou lorsque les circonstances de l'affaire commandent une évaluation différente des dommages-intérêts pour accorder une réparation efficace » (*Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 85 (je souligne)). Les principes d'indemnisation du droit des contrats n'expliquent pas pourquoi une réparation de restitution des gains illicites peut être nécessaire pour défendre ou protéger un droit contractuel dans une affaire donnée.

[119] Par exemple, bien qu'elle ne puisse pas nécessairement justifier à elle seule la restitution des gains illicites, une violation intéressée et délibérée milite en faveur de la restitution des gains illicites dans les cas où l'octroi de dommages-intérêts compensatoires seulement ne dissuaderait pas les auteurs de fautes qui sont [TRADUCTION] « disposés à faire du tort à quelqu'un » parce qu'ils « pourraient bien gagner quelque chose en agissant de la sorte » (Edelman (2002), p. 84, citant *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), p. 1094; voir aussi P. Birks, « Restitutionary damages for breach of contract : *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421; American Law Institute, *Restatement of the Law, Third : Restitution and Unjust Enrichment* (2011), vol. 2, §40).

[120] Qui plus est, lorsque le calcul de la perte est impossible en pratique, le fait de s'en tenir uniquement à l'indemnisation peut décharger un auteur

wrong, whereas an award of disgorgement ensures that those who breach their contracts do not do so for free (see *Nunavut Tunngavik*, at paras. 85 and 88; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458, at para. 63).

[121] And there are multiple circumstances in which a plaintiff has a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity, even when they themselves may have suffered no loss. These include where the defendant expressly contracted not to do the particular thing that constituted the breach (*Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (33rd ed. 2018), at para. 26-063; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323, at paras. 30 and 36); where the defendant had a quasi-fiduciary duty to the plaintiff (*Blake*, at p. 287); and where the plaintiff's contractual right is quasi-proprietary, such as in *Blake*, where the information released by Blake "in a sense, belonged to the government" but was used for his own gain (S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* (2011), at p. 201; see also D. Friedmann, "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504).

[122] I cannot agree that it is plain and obvious that a quasi-fiduciary duty should be rejected as a factor justifying a disgorgement remedy. This Court has explicitly referred to the existence of quasi-fiduciary duties as an unresolved question and it is not appropriate to resolve that question on this motion to strike in the absence of argument (see *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79, at para. 22). I would thus not rule out the possibility that contractual relationships based on trust, confidence, and the protection of vulnerability arising from the relationship could give rise to a disgorgement remedy even if they are not strictly fiduciary (see A. R. Sangiuliano, "A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies" (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, at p. 178). In such cases, as Lord Steyn wrote

d'une faute de l'obligation de réparer le tort qu'il a causé, alors qu'une réparation de restitution des gains illicites fait en sorte que ceux qui violent leurs contrats ne le font pas impunément (voir *Nunavut Tunngavik*, par. 85 et 88; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458, par. 63).

[121] Par ailleurs, il existe de multiples situations où un demandeur a un intérêt légitime à empêcher les activités lucratives du défendeur, même lorsqu'il n'a pas lui-même subi de perte. Ces situations comprennent le cas où le défendeur s'est engagé expressément à ne pas faire la chose qui constituait la violation (*Chitty on Contracts*, vol. 1, *General Principles* (33^e éd. 2018), par. 26-063; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323, par. 30 et 36); le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur (*Blake*, p. 287); et le cas où le droit contractuel du demandeur est quasi propriétaire, comme dans l'arrêt *Blake*, où les renseignements révélés par M. Blake [TRADUCTION] « appartenaient, en un sens, au gouvernement », mais ont été utilisés pour son propre gain (S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?* (2011), p. 201; voir aussi D. Friedmann, « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504).

[122] Je ne peux me rallier à la thèse voulant qu'il est évident et manifeste qu'une obligation quasi-fiduciaire devrait être rejetée à titre de facteur justifiant une réparation de restitution des gains illicites. La Cour a expressément mentionné l'existence d'obligations quasi-fiduciaires en tant que question non réglée et il ne convient pas de régler cette question dans le cadre de la présente requête en radiation en l'absence d'arguments (voir *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 22). En conséquence, je n'écarterais pas la possibilité que des relations contractuelles fondées sur la confiance et la protection de la vulnérabilité découlant de cette relation puissent donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites même si elles ne sont pas strictement fiduciaires (voir A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement

in *Blake*, it is arguable that “[t]he reason of the rule applying to fiduciaries” may apply to the defendant (at p. 292 (emphasis added)), even if the rule itself does not.

[123] The overarching question in awarding disgorgement for breach of contract is whether, in all the circumstances, other remedies would not adequately protect or vindicate the contractual right (*Blake*, at p. 285; Edelman (2002), at pp. 154-55; Barnett, at p. 11; McCamus, at p. 961). I agree with Lord Nicholls’s speech in *Blake* that when assessing whether disgorgement is appropriate, a non-exhaustive list of factors is to be preferred over a hard and fast rule. No single factor is necessarily crucial or dispositive; these considerations may work in tandem to support a disgorgement remedy (Waddams (2011), at pp. 200-201; see also *Blake*, at p. 285; *Chitty on Contracts*, at para. 26-063).

[124] The plaintiffs’ pleadings in this case correspond with several factors that, if established at trial, may point to a disgorgement remedy. For example, the pleading that ALC’s breach was self-interested, deliberate, and in bad faith may engage the deterrence rationale. Similarly, the plaintiffs’ pleading that they were vulnerable to ALC’s abuse of its power and the public trust may engage some of the values underlying fiduciary relationships, as was the case in *Blake*. The pleading that the plaintiffs’ relationship with ALC engages trust, confidence, and vulnerability tends to distinguish it from a standard commercial relationship, a factor which supports recovery (see *Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424, at paras. 340-43).

[125] Thus, though I agree with Brown J. that disgorgement can only be awarded in exceptional

for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 178). Dans de tels cas, comme l’a écrit le lord Steyn dans l’arrêt *Blake*, on peut soutenir qu’il est possible que [TRADUCTION] « [l]a raison qui sous-tend la règle applicable aux fiduciaires » s’applique au défendeur (p. 292 (je souligne)), même si la règle elle-même ne s’y applique pas.

[123] La principale question à se poser avant d’ordonner la restitution des gains illicites pour violation de contrat est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, d’autres réparations ne permettraient pas de protéger ou de défendre adéquatement le droit contractuel (*Blake*, p. 285; Edelman (2002), p. 154-155; Barnett, p. 11; McCamus, p. 961). J’accepte les propos du lord Nicholls dans l’arrêt *Blake* selon lesquels il faut préférer, lorsqu’on évalue si la restitution des gains illicites est appropriée, une liste non exhaustive de facteurs à une règle absolue. Aucun facteur à lui seul n’est forcément décisif ou déterminant; ces considérations peuvent aller de pair pour étayer une réparation de restitution des gains illicites (Waddams (2001), p. 200-201; voir aussi *Blake*, p. 295; *Chitty on Contracts*, par. 26-063).

[124] Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure correspondent à plusieurs facteurs qui, s’ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites. Par exemple, la prétention selon laquelle la violation qu’a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi pourrait faire intervenir la logique de la dissuasion. De même, la prétention des demandeurs selon laquelle ils étaient vulnérables à l’abus de pouvoir de la SLA et la confiance du public peuvent mettre en jeu certaines valeurs qui sous-tendent les relations fiduciaires, comme c’était le cas dans l’arrêt *Blake*. La prétention selon laquelle la relation des demandeurs avec la SLA implique la confiance et la vulnérabilité tend à la distinguer d’une relation commerciale ordinaire, facteur qui étaye le recouvrement (voir *Vercoe c. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424, par. 340-343).

[125] En conséquence, même si je suis d’accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des

circumstances for breach of contract, in my view, whether the circumstances of this case are exceptional is clearly a determination for the trial judge alone. I am not persuaded that the trial judge will inevitably conclude that there is nothing exceptional about this case, or that the plaintiffs' claim is simply that they paid to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs pleaded that ALC, a corporation charged with managing a profit-making lottery scheme offered to the public, intentionally deceived those playing members of the public by knowingly providing an unfair game and putting them at risk of gambling addiction in order to turn a profit. They specifically pleaded that they had a legitimate interest in ALC's performance of its contractual obligation to provide safe games and that remedies other than disgorgement would be inadequate to deter ALC from misconduct. In assessing whether other remedies would be inadequate to protect their contractual rights, a trial judge may also find that ascertaining the actual amount lost is impracticable since VLTs are designed for players to have the opportunity to "win small cash prizes in exchange for small frequent cash bets" and not to create records of who uses them or how much money they have lost. The trial judge may even conclude that ALC's conduct in approving such designs may have, purposefully or not, contributed to that impracticability, such that the plaintiffs were not simply *unwilling* to prove their loss. These are matters for the trial judge.

[126] The plaintiffs' decision not to prove individualized loss, personal injury, or specific claims based on addiction is not fatal. As is evident from *Blake*, loss is not a legal prerequisite for disgorgement. The plaintiffs instead seek remedies based on a breach of contract allegedly suffered by all class members, and what ultimately matters is whether other remedies for

gains illicites ne peut être ordonnée que dans des circonstances exceptionnelles pour violation de contrat, à mon avis, il est clair que seul le juge de première instance peut trancher la question de savoir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles. Je ne suis pas convaincue que le juge de première instance conclura inévitablement que la présente affaire n'a rien d'exceptionnel, ou que les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. Les demandeurs ont soutenu que la SLA, une société chargée d'administrer un système de loteries à but lucratif offert au public, avait intentionnellement trompé les membres du public joueurs en fournissant sciemment un jeu injuste et en les exposant à un risque de dépendance au jeu afin de réaliser un profit. Ils ont expressément plaidé qu'ils avaient un intérêt légitime à ce que la SLA exécute son obligation contractuelle d'offrir des jeux sûrs et que les réparations autres que la restitution des gains illicites ne conviendraient pas pour dissuader la SLA d'adopter une conduite fautive. Lorsqu'il évalue si d'autres réparations seraient inadéquates pour protéger leurs droits contractuels, le juge de première instance peut aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV sont conçus pour que les joueurs aient la possibilité de [TRADUCTION] « gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d'argent fréquentes » et non pour créer des relevés identifiant les utilisateurs ou les montants d'argent qu'ils ont perdu. Le juge de première instance peut même conclure que la conduite de la SLA en ce qu'elle a approuvé un tel fonctionnement peut, à dessein ou non, avoir contribué à cette impossibilité pratique, de sorte que les demandeurs n'ont pas simplement *refusé* de prouver leur perte. Ce sont là des questions que le juge de première instance doit trancher.

[126] La décision des demandeurs de ne pas prouver une perte individualisée, un préjudice personnel ou des demandes particulières fondées sur la dépendance n'est pas fatale. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Blake*, la perte n'est pas une condition légale préalable pour la restitution des gains illicites. Les demandeurs sollicitent plutôt des réparations

breach of contract would be inadequate to vindicate and protect the plaintiffs' contractual rights.

[127] Finally, Brown J. finds that because the plaintiffs have failed to demonstrate a causal link between the remedy sought and the alleged breach of contract, there can be no remedy of disgorgement on these pleadings. Pleadings, however, are not required to set out the evidence on which the parties will rely. Whether the plaintiffs will be able to prove causation between the breach and the gain to be disgorged is a matter of evidence, as I discuss below, but does not preclude disgorgement as an available remedy as a matter of law.

[128] As Lord Steyn noted in *Blake*, when to award disgorgement is an issue "best hammered out on the anvil of concrete cases" (p. 291). This is best done based upon evidence at trial.

(c) *Punitive Damages*

[129] The plaintiffs have also pleaded a sufficient basis to support a claim for punitive damages: their allegations of reprehensible conduct and deception in the performance of a contract have put the duty of honest performance in issue.

[130] The objective of punitive damages is to punish the defendant rather than compensate a plaintiff (*Whiten*, at para. 36). They are to be awarded where the defendant's conduct is "so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency" (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196). Critically, the focus of punitive damages is on the defendant's misconduct, not the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73), and injury to the plaintiff is not a condition precedent

fondées sur une violation de contrat dont tous les membres du groupe auraient été victimes, et ce qui compte en définitive est de savoir si les autres réparations pour violation de contrat seraient inadéquates pour défendre et protéger les droits contractuels des demandeurs.

[127] Enfin, le juge Brown conclut que parce que les demandeurs n'ont pas démontré l'existence d'un lien de causalité entre la réparation sollicitée et la violation de contrat alléguée, les actes de procédure en l'espèce ne donnent pas ouverture à une réparation de restitution des gains illicites. Cependant, il n'est pas nécessaire que les actes de procédure énoncent la preuve sur laquelle les parties s'appuieront. La question de savoir si les demandeurs seront capables de prouver la causalité entre la violation et le gain à restituer est une question de preuve, comme je l'expliquerai, mais n'exclut pas la restitution des gains illicites en tant que réparation possible en droit.

[128] Comme l'a fait observer le lord Steyn dans l'arrêt *Blake*, les situations où il convient d'accorder la restitution des gains illicites est une question à laquelle il vaut mieux répondre en [TRADUCTION] « forgeant sur l'enclume de cas concrets » (p. 291). La meilleure façon de le faire est de s'appuyer sur la preuve au procès.

c) *Dommages-intérêts punitifs*

[129] Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs : leurs allégations de conduite répréhensible et de tromperie dans l'exécution d'un contrat ont mis en cause l'obligation d'exécution honnête.

[130] Les dommages-intérêts punitifs ont pour objet de punir le défendeur, plutôt que d'indemniser le demandeur (*Whiten*, par. 36). Il y a lieu de les accorder lorsque la conduite du défendeur est « si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour » (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196). Fait crucial, les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73),

to an award of punitive damages (H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (loose-leaf), at pp. 4-1 to 4-2).

[131] The misconduct at issue must “take it beyond the usual opprobrium that surrounds breaking a contract”, and punitive damages should only be resorted to in “exceptional cases” (*Fidler*, at para. 62). In addition to this exceptional conduct requirement, the defendant’s conduct giving rise to the claim must itself be an independent actionable wrong (*Whiten*, at para. 78; *Fidler*, at para. 63).

[132] This Court confirmed in *Whiten* that an independent actionable wrong does not require an independent tort, and held that a breach of the contractual duty of good faith can constitute an “actionable wrong” to ground a claim for punitive damages (para. 79). I note that since the pleadings in this case were filed in 2012, this Court in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, has recognized a duty of honest performance applicable to *all* contracts as a “general doctrine of contract law” (at paras. 74-75 and 93): parties “must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract” (para. 73). *Bhasin* was resolved on the basis of a breach of that duty alone.

[133] The plaintiffs have pleaded a breach of the duty of honest performance recognized in *Bhasin*. They allege that the contractual relations between ALC and consumers of VLT gaming are subject to an implied term of good faith. In addition to this allegation, the pleadings are replete with allegations of dishonesty — that VLTs are “inherently deceptive”, “give a false impression of the odds of winning”, “manipulate” consumers, and contain a “stop” button that is “deceitful” (Statement of Claim, at paras. 12, 14, 19 and 21) — and allege ALC’s full knowledge

et il n’est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (feuilles mobiles), p. 4-1 à 4-2).

[131] L’inconduite en cause doit « être d’une nature propre à provoquer davantage que la réprobation entourant l’inexécution d’un contrat », et on ne doit avoir recours aux dommages-intérêts punitifs que dans des « cas exceptionnels » (*Fidler*, par. 62). Outre cette exigence que la conduite soit exceptionnelle, la conduite du défendeur qui donne lieu à la demande doit elle-même être une faute indépendante donnant ouverture à action (*Whiten*, par. 78; *Fidler*, par. 63).

[132] Dans l’arrêt *Whiten*, la Cour a confirmé qu’une faute indépendante donnant ouverture à action n’exige pas un délit indépendant, et a statué qu’un manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi peut constituer une « faute donnant ouverture à action » susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs (par. 79). Je souligne que depuis le dépôt en 2012 des actes de procédure en l’espèce, la Cour, dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, a reconnu l’existence d’une obligation d’exécution honnête applicable à *tous* les contrats à titre de « doctrine générale du droit des contrats » (par. 74-75 et 93) : les parties « ne doivent pas se mentir ni autrement s’induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l’exécution du contrat » (par. 73). L’affaire *Bhasin* a été tranchée sur le fondement d’un manquement à cette seule obligation.

[133] Les demandeurs ont plaidé un manquement à l’obligation d’exécution honnête reconnue dans l’arrêt *Bhasin*. Ils affirment que les relations contractuelles entre la SLA et les consommateurs de jeux sur ALV sont soumises à une condition implicite de bonne foi. Outre cette allégation, les actes de procédure sont remplis de nombreuses allégations de malhonnêteté — que les ALV sont [TRADUCTION] « intrinsèquement trompeurs », qu’ils « donnent une fausse impression des probabilités de gagner », qu’ils « manipulent » les consommateurs et qu’ils

of that deception. In *Bhasin* itself, Cromwell J. recognized that allegations of dishonesty were sufficient to put the duty of honest performance in issue (para. 19).

[134] Thus, I disagree with Brown J.'s conclusion that the alleged contract between ALC and the plaintiffs does not give rise to an established duty of good faith. The plaintiffs have specifically pleaded punitive damages, as well as facts to justify such damages with sufficient particularity (*Whiten*, at paras. 85-86). There is no reason to conclude that punitive damages are unavailable to these plaintiffs as a matter of law.

(3) Conclusion on Motion to Strike the Breach of Contract Claim

[135] I therefore conclude that the plaintiffs' statement of claim discloses a reasonable cause of action for breach of contract, with several potential remedies available to the plaintiffs at law. There is no basis to strike their claim for breach of contract.

C. *Certification*

[136] There are five requirements for certification of a class action: (1) the pleadings must disclose a cause of action, (2) there must be an identifiable class of two or more persons, (3) the proposed representative must be appropriate, (4) there must be at least one common issue, and (5) the class action must be the preferable procedure (*CAA*, s. 5).

[137] The parties agreed that the outcome of the motion to strike would determine the first factor of the certification analysis under s. 5(1) and the breach of contract claim therefore satisfies that requirement. There is no serious dispute that the proposed representatives are appropriate. The third parties dispute the remaining three requirements.

sont munis d'un bouton d'arrêt qui est « trompeur » (déclaration, par. 12, 14, 19 et 21) — et ils allèguent que la SLA était parfaitement consciente de cette tromperie. Dans l'arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a reconnu que les allégations de malhonnêteté suffisaient à mettre en cause l'obligation d'exécution honnête (par. 19).

[134] Par conséquent, je ne souscris pas à la conclusion du juge Brown selon laquelle le contrat allégué entre la SLA et les demandeurs ne donne pas naissance à une obligation établie d'agir de bonne foi. Les demandeurs ont expressément plaidé les dommages-intérêts punitifs, ainsi que les faits qui les justifient, avec suffisamment de précision (*Whiten*, par. 85-86). Il n'y a aucune raison de conclure que des dommages-intérêts punitifs ne peuvent pas être accordés en droit aux demandeurs en l'espèce.

(3) Conclusion sur la requête en radiation de la demande fondée sur la violation de contrat

[135] En conséquence, je conclus que la déclaration des demandeurs révèle une cause d'action raisonnable pour violation de contrat, et que plusieurs réparations sont susceptibles d'être accordées en droit aux demandeurs. Rien ne justifie de radier leur demande fondée sur la violation de contrat.

C. *Autorisation d'exercer un recours collectif*

[136] Cinq conditions doivent être réunies pour l'autorisation d'un recours collectif : (1) les actes de procédure doivent révéler une cause d'action, (2) il doit exister un groupe identifiable d'au moins deux personnes, (3) le représentant proposé doit être approprié, (4) il doit y avoir au moins une question commune et (5) le recours collectif doit être le meilleur moyen de régler ces questions (*CAA*, art. 5).

[137] Les parties ont convenu que l'issue de la requête en radiation déterminerait le premier facteur de l'analyse en ce qui concerne l'autorisation aux termes du par. 5(1), et la demande fondée sur la violation de contrat remplit donc cette condition. Il n'y a pas de contestation sérieuse que les représentants proposés sont appropriés. Les tierces parties contestent les trois conditions restantes.

[138] The class representative must show that there is some “basis in fact” for each remaining requirement (*Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at para. 99; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). Certification requires that the representative plaintiff provide a “certain minimum evidentiary basis” (*Hollick*, at para. 24 (emphasis omitted), citing *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.), at pp. 380-81), and the “basis in fact” standard ensures that there is an evidentiary foundation to support the certification order, even if that record is not exhaustive or one upon which the merits will be argued (*AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at para. 41, citing *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, at paras. 75-76). The certification process “does not allow for an extensive assessment of the complexities and challenges that a plaintiff may face in establishing its case at trial” and the approach is not to engage “in a robust analysis of the merits at the certification stage” (*Microsoft*, at para. 105), but to instead ensure that the action is suited to being a class proceeding (*Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419, at para. 65; *Hollick*, at para. 16).

[139] At first instance, the application judge decided to certify the action on certain common issues (see appendix). The majority of the Court of Appeal amended the certification order in light of the claims it struck, but otherwise found that ALC and the third parties’ arguments on appeal were no more than an attempt to reargue the factual and discretionary issues before the application judge.

(1) Identifiable Class of Two or More Persons

[140] The class is defined in the certification application as “[n]atural persons and their estates, resident in Newfoundland and Labrador, who, during the Class Period, paid the Defendant [ALC] to gamble on VLT games, excluding video poker and

[138] Le représentant du groupe doit établir l’existence d’un certain « fondement factuel » pour chacune des conditions restantes (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 99; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). L’autorisation exige que le représentant des demandeurs offre un « minimum d’éléments probants » (*Hollick*, par. 24 (soulignement omis), citant *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), p. 380-381), et la norme du « fondement factuel » assure qu’il existe une preuve sur laquelle peut reposer l’ordonnance d’autorisation, même si cette preuve n’est pas exhaustive ou n’est pas propre à présider au débat sur le fond (*AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 41, citant *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, par. 75-76). Le processus d’autorisation « ne permet pas d’apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès » et l’approche consiste à ne pas se livrer « à une analyse rigoureuse sur le fond à l’étape de la certification » (*Microsoft*, par. 105), mais plutôt à assurer que l’action se prête à un recours collectif (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419, par. 65; *Hollick*, par. 16).

[139] En première instance, le juge saisi de la demande a décidé d’autoriser le recours relativement à certaines questions communes (voir l’annexe). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont modifié l’ordonnance d’autorisation à la lumière des demandes qu’ils ont radiées, mais ont autrement conclu que les arguments que faisaient valoir la SLA et les tierces parties en appel revenaient à une tentative de plaider à nouveau les questions de fait et relevant du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande tranchées par celui-ci.

(1) Groupe identifiable d’au moins deux personnes

[140] Dans la demande d’autorisation, le groupe est défini comme suit : [TRADUCTION] « Personnes physiques et leurs successions, résidant à Terre-Neuve-et-Labrador qui, durant la période visée par le recours collectif, ont payé la défenderesse [la SLA]

keno games, in Newfoundland and Labrador”. The third parties submit that the class is “indeterminate” because there is “no conceivable way to verify who the class members are”.

[141] The identifiable class requirement ensures it is possible to determine who is entitled to notice, who is entitled to relief, and who will be bound by the final judgment (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, at para. 57). There must be some basis in fact that at least two persons will be able to self-identify as members of the class, and a person’s claim to membership in the class must “be determinable by stated, objective criteria” (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 38; *Jiang v. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1, at para. 81).

[142] In this case, the proposed class definition uses objective criteria that will allow for identification of those who can attest to playing the games, and there is a basis to believe that at least two persons will be able to establish that they paid ALC to gamble on VLT games during the proposed class period. This can be distinguished from the proposed class in *Sun-Rype*, which was defined as those who had purchased products containing a particular ingredient, which was often used interchangeably with another, and with product labels that did not identify it. In that case, there was no basis in fact to show that the putative class members would have had the information to determine their own class membership (*Sun-Rype*, at paras. 61-65). Here, there is no such evidentiary concern that would prevent individuals from determining their membership, and the fact that the number of class members or the identity of each class member is not or may not be determined is not a bar to certification (CAA, s. 8(d)).

pour jouer à des jeux de hasard sur des ALV, excluant les jeux de vidéopoker et de keno, à Terre-Neuve-et-Labrador ». Les tierces parties affirment que le groupe est [TRADUCTION] « indéterminé », parce qu’il « est impossible de concevoir une façon de vérifier qui en sont les membres ».

[141] La condition voulant que le groupe soit identifiable permet de déterminer les personnes ayant le droit d’être avisées, celles ayant droit à la réparation et celles qui seront liées par le jugement final (*Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, par. 57). Il doit y avoir un certain fondement factuel selon lequel au moins deux personnes s’identifieront comme membres du groupe, et l’appartenance d’une personne au groupe doit pouvoir « être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 38; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1, par. 81).

[142] En l’espèce, la définition du groupe proposée s’appuie sur des critères objectifs qui permettront l’identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu’au moins deux personnes seront capables d’établir qu’ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif. Cette situation se distingue de celle du groupe proposé dans l’arrêt *Sun-Rype*, qui avait été défini comme les personnes qui avaient acheté des produits contenant un ingrédient en particulier, lequel était souvent utilisé de façon interchangeable avec un autre, et avec des étiquettes de produits qui ne l’identifiait pas. Dans cette affaire, aucun fondement factuel ne permettait d’établir que les membres du groupe proposé auraient disposé des renseignements nécessaires pour déterminer s’ils appartenaient ou non au groupe (*Sun-Rype*, par. 61-65). En l’espèce, aucun problème de preuve semblable n’empêcherait les individus de déterminer s’ils appartiennent au groupe, et le fait que le nombre de membres du groupe ou l’identité de chaque membre de celui-ci ne soit pas déterminé ou ne puisse peut-être pas l’être n’empêche pas l’autorisation du recours collectif (CAA, al. 8(d)).

(2) Common Issues

[143] The common issue requirement for certification is met if the “claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue is the dominant issue” (CAA, s. 5(1)(c)). An issue is common where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim (*Dutton*, at para. 39). Issues are not common when they are dependent upon findings of fact that must be made with respect to each individual claimant (*Williams v. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54 (S.C.J.), at para. 39, aff’d (2003), 226 D.L.R. (4th) 112 (Ont. C.A.)). Findings made by the application judge on these issues are entitled to deference from an appellate court (*Microsoft*, at para. 111). As recognized in *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295, at paras. 110-11, identification of an issue as common to the members of the class is a question of fact that attracts the standard of review of palpable and overriding error.

[144] In light of the causes of action that have been struck from the plaintiffs’ statement of claim, only four of the common issues as certified by the application judge remain relevant to the plaintiffs’ breach of contract claim:

(e) Has the Defendant breached a duty owed in contract or tort?

(f) Can monetary relief be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, what is the amount of aggregate monetary relief?

(g) If the answer to Issue (f) is no, can loss or damage be measured by the gain to the Defendant, and if so, what is the appropriate restitutionary remedy and in what amount?

...

(2) Questions communes

[143] La condition relative à l’existence d’une question commune pour qu’il y ait autorisation du recours collectif est remplie si les [TRADUCTION] « demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci soit ou non la question dominante » (CAA, al. 5(1)(c)). Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe (*Dutton*, par. 39). Lorsqu’elles dépendent de conclusions de fait qui doivent être tirées à l’égard de chaque demandeur individuel, les questions ne sont pas communes (*Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54 (C.S.J.), par. 39, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112 (C.A. Ont.)). Une cour d’appel doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions tirées par le juge saisi de la demande sur ces questions (*Microsoft*, par. 111). Comme l’a reconnu la Cour dans l’arrêt *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295, par. 110-111, l’identification d’une question comme étant commune aux membres du groupe est une question de fait qui entraîne l’application de la norme de contrôle de l’erreur manifeste et déterminante.

[144] Compte tenu des causes d’action qui ont été radiées de la déclaration des demandeurs, seulement quatre des questions communes certifiées par le juge saisi de la demande demeurent pertinentes à l’égard de la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs :

[TRADUCTION]

e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?

f) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l’échelle du groupe et, dans l’affirmative, quel en est le montant?

g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans l’affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?

...

(i) Should punitive or exemplary damages be awarded against the Defendant and, if so, in what amount?

[145] These issues overlap with one another, use unclear restitutionary language to describe the remaining claim for disgorgement of profits, and make reference to claims that have been struck. In my view, four core issues remain to be considered in this proposed class action:

- (a) whether ALC breached a duty owed in contract;
- (b) whether disgorgement of ALC's profits is an appropriate remedy;
- (c) whether monetary relief can be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, the amount; and
- (d) whether punitive or exemplary damages should be awarded against ALC and, if so, the amount.

I conclude that all but the issue relating to aggregate monetary relief are appropriate common issues.

(a) *Breach of Contract*

[146] The third parties submit that liability is not a common issue because only some class members became problem gamblers. They argue that it will have to be individually determined whether each person became a problem gambler and whether their loss of control was caused by the characteristics of the machines.

[147] I disagree. First, the third parties have approached this issue as though the plaintiffs' claim seeks recovery of losses particular to each problem gambler; this does not reflect the proposed class, nor the theory of the plaintiffs' case, as they chose not to prove individual loss or use personal injury as the measure of damages. The pleadings instead assert a civil wrong that is common to each member

i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

[145] Ces questions se recourent, elles emploient des termes imprécis en matière de restitution pour décrire la demande restante pour la restitution des gains illicites et elles renvoient à des demandes qui ont été radiées. À mon avis, il reste quatre questions fondamentales à examiner dans le présent recours collectif proposé :

- a) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?
- b) La restitution des gains illicites de la SLA est-elle une réparation appropriée?
- c) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?
- d) Y a-t-il lieu de condamner la SLA à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, de quel montant?

Je conclus que ce sont toutes des questions communes appropriées, à l'exception de celle relative aux mesures de redressement pécuniaire globales.

a) *Violation de contrat*

[146] Les tierces parties soutiennent que la responsabilité n'est pas une question commune, car seulement certains membres du groupe sont devenus des joueurs à problèmes. Selon eux, il faudra déterminer au cas par cas si chaque personne est devenue un joueur à problèmes et si la perte de contrôle de cette personne a été causée par les caractéristiques des appareils.

[147] Je ne suis pas de cet avis. En premier lieu, les tierces parties ont abordé cette question comme si la demande présentée par les demandeurs visait le recouvrement des pertes propres à chaque joueur à problèmes; cette approche ne correspond pas au groupe proposé ni à la thèse des demandeurs, puisqu'ils ont choisi de ne pas prouver les pertes individuelles ni de s'appuyer sur le préjudice personnel pour évaluer

of the class. Second, the VLTs are the vehicle for a contract between ALC and the consumer. Each time a consumer pays money to play the VLT, they enter into the same implied contract, carried out in the same way, based on the programming of the VLTs. The expert's affidavit suggests that what players see on the VLT screen conceals and misrepresents how the game actually works. Whether the terms alleged by the plaintiffs are in fact implied will be the same for each consumer. Whether the functioning of the VLTs routinely violates those terms would also be the same for every consumer and will be necessary to resolve each member's claim (*Dutton*, at para. 39). I would not disturb the finding of the courts below that breach of contract is a common issue.

(b) *Disgorgement*

[148] The plaintiffs seek an accounting or disgorgement of ALC's profits for the breach of contract claim. The third parties say that assessing ALC's gain from its breach of contract would require individual determination because some players have become problem gamblers and some have not. They submit that the amount of any benefit to ALC as a result of the breach of contract will have to be individually determined. In short, the third parties' submission is that success for one class member does not mean success for all.

[149] While I agree that the required causal link for disgorgement may preclude certification of some aspects of the disgorgement analysis (such as quantum, discussed below in relation to aggregate monetary relief), I am not persuaded that *no* aspect of disgorgement as a remedy can be determined on a class-wide basis. In my view, whether a disgorgement award is appropriate, based on the multi-factored analysis described above, can be determined for the entire class

les dommages-intérêts. Les actes de procédure invoquent plutôt une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe. En second lieu, les ALV servent de véhicule à un contrat entre la SLA et le consommateur. Chaque fois qu'un consommateur verse de l'argent pour jouer sur un ALV, il conclut le même contrat implicite, exécuté de la même façon, fondé sur la programmation des ALV. Selon l'affidavit de l'expert, ce que les joueurs voient à l'écran de l'ALV dissimule et représente faussement le fonctionnement réel du jeu. La question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites sera la même pour chaque consommateur. La question de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions serait également la même pour chaque consommateur et il faudra y répondre pour trancher la demande de chaque membre (*Dutton*, par. 39). Je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle la violation de contrat est une question commune.

b) *Restitution des gains illicites*

[148] Les demandeurs sollicitent une remise ou la restitution des gains illicites de la SLA au titre de la demande fondée sur la violation de contrat. Les tierces parties affirment que pour évaluer le gain qu'a tiré la SLA de la violation de contrat, il faudrait le faire au cas par cas, car certains joueurs sont devenus des joueurs à problèmes et d'autres non. Ils soutiennent que le montant de tout bénéfice de la SLA découlant de la violation de contrat devra être déterminé au cas par cas. Bref, selon les tierces parties, le succès d'un membre du groupe ne signifie pas le succès de tous.

[149] Bien que je sois d'accord pour dire que le lien de causalité exigé pour la restitution des gains illicites est susceptible d'empêcher la certification de certains aspects de l'analyse portant sur la restitution des gains illicites (comme le quantum, dont il est question ci-dessous en lien avec les mesures de redressement pécuniaire globales), je ne suis pas convaincue qu'*aucun* aspect de la restitution des gains illicites en tant que réparation ne peut être

at once based on evidence and analysis that will be common to all class members.

[150] While compensatory damages are the normal measure of relief for breach of contract, it does not necessarily follow that they will be either practical or adequate for the class members in this case. The focus of the disgorgement analysis is on the gain of the defendant, and each of these contracts was allegedly entered into in materially the same circumstances and breached through the same conduct. If ALC's breaches are self-interested and deliberate in relation to the representative plaintiffs, then they are self-interested and deliberate in relation to the whole class; if it is impracticable to determine the amount of the representative plaintiffs' loss as a result of those breaches — because VLTs are operated with cash and do not produce receipts or other records for particular customers, or even that ALC's conduct contributed to that impracticability — then it is impracticable for the entire class. Whether the plaintiffs have a legitimate interest in ALC's profit-making activity would be common to all members of the VLT-playing public. The circumstances of the breach and the interest in deterring breaches of contracts of this nature will be similar for all members; a common inquiry into allegations of systemic conduct by a corporation in a monopolistic lottery scheme offered to the public will avoid duplication of fact-finding and legal analysis (*Dutton*, at para. 39).

[151] An issue can be common “even if it makes up a very limited aspect of the liability question” (*Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at para. 53). Here, determining whether the circumstances of this case are exceptional, such that other contractual remedies are inadequate, is a substantial ingredient of each member's claim and

tranché à l'échelle du groupe. À mon avis, la question de savoir si une réparation de restitution des gains illicites est appropriée, en fonction de l'analyse multifactorielle décrite ci-dessus, peut être tranchée pour l'ensemble du groupe en une seule fois sur le fondement de la preuve et d'une analyse qui sera commune à tous les membres du groupe.

[150] Bien que les dommages-intérêts compensatoires soient le redressement normalement accordé en cas de violation de contrat, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seront pratiques ou adéquats pour les membres du groupe en l'espèce. L'analyse relative à la restitution des gains illicites porte principalement sur le gain du défendeur, et chacun de ces contrats aurait été conclu dans les mêmes circonstances quant au fond et violé par la même conduite. Si les violations commises par la SLA sont intéressées et délibérées relativement aux représentants des demandeurs, elles le sont aussi relativement au groupe au complet; s'il est impossible en pratique de déterminer le montant de la perte subie par les représentants des demandeurs en raison de ces violations — parce que les ALV fonctionnent avec de l'argent comptant et ne produisent pas de reçus ou d'autres relevés pour des clients donnés, ou même parce que la conduite de la SLA contribuait à cette impossibilité pratique — il est aussi impossible en pratique de le faire pour le groupe en entier. La question de savoir si les demandeurs ont un intérêt légitime à l'égard des activités lucratives de la SLA serait commune à tous les membres du public qui jouent sur des ALV. Les circonstances de la violation et l'intérêt à dissuader les violations de contrats de cette nature seront semblables pour tous les membres; une enquête commune portant sur les allégations de conduite généralisée d'une société dans un système de loterie monopolistique offert au public permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits et de l'analyse juridique (*Dutton*, par. 39).

[151] Une question peut être commune [TRADUCTION] « même si elle ne constitue qu'un aspect très limité de la question de la responsabilité » (*Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 53). En l'espèce, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres réparations

will benefit all members of the class. I would therefore find that this aspect of ALC's potential liability to the plaintiffs in disgorgement is amenable to common determination, and would articulate the question as follows: "Would the ordinary remedies of contract law be inadequate to protect or vindicate the class members' contractual right such that disgorgement is available as a remedy?"

(c) *Aggregate Monetary Relief*

[152] The third potential common issue relates to whether monetary relief can be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, in what amount. In my view, there is no "basis in fact" on the record before us to certify this as a common issue.

[153] Section 29(1) of the CAA sets out three preconditions to an aggregate monetary award: (a) monetary relief must be claimed on behalf of some or all class members; (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief can remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability; and (c) all or part of the defendant's liability to some or all class members must be reasonably determined without proof by individual class members. The inquiry invites the Court to consider whether the non-individualized evidence presented by the plaintiffs is sufficiently reliable, whether use of the evidence will produce unfairness or injustice to the defendant (e.g., overstating the defendant's liability), and whether denying an aggregate approach would result in reduced or denied access to justice for the plaintiffs (see *Ramdath v. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490, at para. 76).

contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En conséquence, je conclurais que cet aspect de la responsabilité éventuelle de la SLA envers les demandeurs au titre de la restitution des gains illicites se prête à un jugement commun, et je formulerais la question ainsi : « Les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée comme réparation? »

c) *Redressement pécuniaire global*

[152] La troisième question commune potentielle est de savoir si le redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe, et, dans l'affirmative, d'en déterminer le montant. À mon avis, au vu du dossier dont nous disposons, il n'y a pas de « fondement factuel » permettant de certifier cette question comme question commune.

[153] Le paragraphe 29(1) de la CAA énonce trois conditions préalables à l'octroi d'un redressement pécuniaire global : a) le redressement pécuniaire doit être demandé au nom de tous les membres du groupe ou de certains d'entre eux; b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit se rapportant à l'évaluation du redressement pécuniaire afin de fixer le montant correspondant à l'obligation pécuniaire du défendeur; et c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du groupe ou certains d'entre eux peut raisonnablement être établie sans que les membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement. Dans le cadre de l'enquête, la Cour est appelée à se demander si la preuve non individualisée présentée par les demandeurs est suffisamment fiable, si le recours à la preuve produira une iniquité ou une injustice envers le défendeur (p. ex., en surestimant la responsabilité de celui-ci) et si le refus d'une approche globale priverait les demandeurs de l'accès à la justice ou réduirait cet accès (voir *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490, par. 76).

[154] The key concern in certifying this issue is whether there is some basis in fact to determine part or the whole of ALC’s total liability as a result of its breach of contract. The issue is primarily a question of causation. Whether the remedy is ultimately based on compensating class-wide loss or disgorging ALC’s gains, causation between the breach of contract and the quantum awarded will have to be proven.

[155] As Ernest J. Weinrib has recognized in the compensatory context, causation connects the plaintiff and defendant “as the doer and sufferer of the same injustice” (“Causal Uncertainty” (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135, at p. 136). The same reasoning requires a causal link between a wrong and a gain. Thus, while the appropriateness of a disgorgement remedy in contract is ultimately a contextual question, before making the award the court must be satisfied that the *breach* of contract is causally connected to the *gain* to be disgorged — a requirement also found in other contexts in which disgorgement is an available remedy. For example, in the context of a breach of fiduciary duty, disgorgement is a familiar remedy, but it is only available where the breach of the duty is linked to the gain (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 77). Another example is that of an inventor seeking an accounting of profits, who “is only entitled to that portion of the infringer’s profit which is causally attributable to the invention” — consistent with a common sense view of causation from the breach (*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at para. 101).

[156] In the context of a breach of contract, it is similarly important to connect the breach to the gain to be disgorged. Indeed, James Edelman writes that “the only difference between compensatory damages and disgorgement damages is that the former aim to

[154] La principale préoccupation que soulève la certification de cette question est de savoir s’il existe un fondement factuel permettant de déterminer en totalité ou en partie la responsabilité totale de la SLA en raison de sa violation de contrat. Il s’agit principalement d’une question de causalité. Que la réparation soit ultimement fondée sur l’indemnisation d’une perte à l’échelle du groupe ou sur la restitution des gains illicites de la SLA, le lien de causalité entre la violation de contrat et le montant accordé devra être prouvé.

[155] Comme l’a reconnu Ernest J. Weinrib dans le contexte de l’indemnisation, la causalité unit le demandeur et le défendeur [TRADUCTION] « en tant qu’auteur et victime d’une même injustice » (« Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135, p. 136). Le même raisonnement exige un lien de causalité entre une faute et un gain. Par conséquent, bien que le caractère approprié d’une réparation de restitution des gains illicites en matière contractuelle soit ultimement une question contextuelle, le tribunal doit, avant d’accorder la réparation, être convaincu que la *violation* du contrat a un lien de causalité avec le *gain* à restituer — une exigence que l’on trouve aussi dans d’autres contextes où la restitution des gains illicites peut être accordée à titre de réparation. Par exemple, dans le contexte d’un manquement à une obligation fiduciaire, la restitution des gains illicites est une réparation courante, mais elle ne peut être ordonnée que si le manquement à l’obligation est lié au gain (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 77). Un autre exemple est celui de l’inventeur qui demande la remise des profits, lequel « a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l’invention » — conformément à une conception normale du lien de causalité avec le manquement (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 101).

[156] Dans le contexte d’une violation de contrat, il est tout aussi important d’établir le lien entre la violation et le gain à restituer. En effet, James Edelman écrit que [TRADUCTION] « la seule différence entre les dommages-intérêts compensatoires

put the claimant in the position as if the wrong had not occurred and the latter aim to put the defendant in that position” (Edelman (2002), at p. 103; see also Barnett, at p. 12; M. A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (2018), at p. 335). As noted by this Court in *Mutual Trust*, this remedy may be appropriate where “a defendant has, as a result of his or her own breach, profited in excess of his or her expected profit had the contract been performed” (para. 30 (emphasis added)). Applying a “but-for-the-breach” standard ensures a causal connection between the quantum of gain and the plaintiff’s right (Smith, at p. 136; Barnett, at pp. 189, 192 and 210).

[157] All this means that the plaintiffs need to provide some methodology that is “sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement”, that is, a realistic prospect of assessing class-wide monetary relief in the aggregate (*Microsoft*, at para. 118).

[158] The plaintiffs seek disgorgement of the “unlawful gain” and have pleaded that VLTs could be “a reasonably safe form of gambling [that] generate[s] a reasonable stream of profit” absent the pleaded breaches (Statement of Claim, at para. 31). On this pleading, the plaintiffs must identify some methodology for determining the amount in excess of the “reasonable stream of profit” ALC would have gained absent the breach of contract. The plaintiffs’ evidence on this point is limited, as their expert was asked only to estimate ALC’s revenue from VLT line games that are derived from problem gamblers. However, the plaintiffs’ class membership is not limited to problem gamblers, and instead captures all natural persons or estates who paid ALC to gamble on VLT games. Further, the expert does not provide any estimation or methodology to account for any revenue ALC might have made even while upholding and performing its contract with the class, by offering safe and non-deceptive VLT games to class

et les dommages-intérêts de restitution des gains illicites est que les premiers visent à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si la faute n’avait pas eu lieu et que les derniers visent à placer le défendeur dans cette situation » (Edelman (2002), p. 103; voir également Barnett, p. 12; M. A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (2018), p. 335). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Mutual Trust*, cette réparation peut être appropriée lorsque « le défendeur a réalisé, du fait de sa propre inexécution, un gain supérieur à celui qu’il pouvait escompter si le contrat avait été exécuté » (par. 30 (je souligne)). L’application de la norme du « facteur déterminant » (parfois décrite au moyen des mots « n’eût été ») assure un lien de causalité entre le montant du gain et le droit du demandeur (Smith, p. 136; Barnett, p. 189, 192 et 210).

[157] En définitive, les demandeurs doivent fournir une méthode qui est « suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune », c’est-à-dire une possibilité réaliste d’évaluer globalement le redressement pécuniaire à l’échelle du groupe (*Microsoft*, par. 118).

[158] Les demandeurs sollicitent la restitution du « gain illicite » et ont fait valoir que les ALV peuvent être [TRADUCTION] « une forme raisonnablement sûre de jeu [qui] représente une source raisonnable de profits » n’eût été des violations alléguées (déclaration, par. 31). Au vu de cette allégation, les demandeurs doivent identifier une méthode pour déterminer le montant qui excède la « source raisonnable de profits » que la SLA aurait touchés n’eût été la violation de contrat. La preuve des demandeurs sur ce point est limitée, vu que leur expert a été chargé uniquement d’estimer la partie des recettes que la SLA a tirée des jeux de lignes sur ALV qui provenait de joueurs à problèmes. Toutefois, la composition du groupe de demandeurs ne se limite pas aux joueurs à problèmes et englobe plutôt toutes les personnes physiques ou successions qui ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur ALV. De plus, l’expert ne fournit aucune estimation ou méthode pour comptabiliser les recettes que la SLA aurait pu toucher si elle avait

members or by warning class members of the inherent dangers of the games.

[159] To meet the required causal nexus and ensure that ALC's total liability is limited to that flowing from the breach and not overstated, some plausible methodology, grounded in the facts and data of the case, is needed to estimate ALC's financial liability from its breach of contract, including what ALC's profits might have been had it not breached its contractual obligations to class members. No methodology has been suggested.

[160] I note that the plaintiffs have also pleaded that the deceptive nature of VLTs is so integrated into their profit generation that VLT gaming could not have been marketed at all without the wrongdoing. Although this pleading appears in the section pleading disgorgement as a cause of action (and would therefore be struck in its current form for disclosing no reasonable cause of action), I accept that it could be restored. On such a pleading, the amount to be disgorged to the class as a whole would be the entirety of ALC's profits from VLT gaming, and issues of causation are simplified. But a bare pleaded allegation is not enough to establish "some basis in fact". The purpose of the basis in fact requirement is to ensure that the class proceeding does not "founde[r] at the merits stage" (*Microsoft*, at para. 104). Here, the plaintiffs' expert has provided no evidence to suggest that VLTs could not be marketed without wrongdoing. This is a bare allegation and therefore cannot provide some basis in fact that monetary relief can ultimately be determined on a class-wide basis.

[161] For these reasons, I am not satisfied that there is some basis in fact to certify whether the amount of monetary relief can be assessed on an aggregate, class-wide basis as a common issue. There is no basis in fact on either of the alternative pleadings that

respecté et exécuté son contrat avec le groupe, en offrant des jeux sur ALV sûrs et non trompeurs aux membres du groupe ou en les mettant en garde contre les dangers inhérents à ces jeux.

[159] Pour établir le lien de causalité exigé et faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation et ne soit pas surestimée, il faut une méthode plausible, fondée sur les faits et les données de l'espèce, pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été les profits de la SLA si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles envers les membres du groupe. Or, aucune méthode n'a été proposée.

[160] Je remarque que les demandeurs ont aussi fait valoir que la nature trompeuse des ALV est à ce point intégrée dans leur production de profits que les jeux sur ALV n'auraient pas pu être commercialisés du tout sans la faute. Bien que cette allégation figure dans la partie où est plaidée la restitution des gains illicites en tant que cause d'action (et elle serait radiée en sa forme actuelle, car elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable), j'admets qu'elle peut être rétablie. Au vu de cette allégation, le montant à restituer au groupe dans son ensemble serait l'intégralité des profits que la SLA a tirés des jeux sur ALV, ce qui simplifie les questions de causalité. Toutefois, une simple allégation dans un acte de procédure ne suffit pas pour établir un « certain fondement factuel ». L'exigence du fondement factuel a pour objet de faire en sorte que le recours collectif ne « s'écroule [pas] à l'étape de l'examen au fond » (*Microsoft*, par. 104). En l'espèce, l'expert des demandeurs n'a fourni aucune preuve laissant entendre que les ALV ne pouvaient pas être commercialisés sans qu'il y ait de faute. Il s'agit d'une simple allégation et elle ne peut donc pas fournir un certain fondement factuel selon lequel un redressement pécuniaire peut, au final, être établi à l'échelle du groupe.

[161] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue qu'il existe un certain fondement factuel pour certifier, en tant que question commune, la question de savoir si le montant du redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe. Ni

the quantum of monetary relief owed to all the class members could be reasonably determined.

[162] The failure to certify the calculation of aggregate monetary relief as a common issue does not preclude the trial judge from ultimately turning to the aggregate award provisions in the CAA if appropriate (*Pioneer*, at para. 114, citing *Microsoft*, at para. 134).

(d) *Punitive Damages*

[163] I agree with the application judge that the punitive damages claim is a common issue. As noted above, the focus of punitive damages is on the *defendant's* misconduct, not the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73).

[164] This Court has recognized that punitive damages may be amenable to determination as a common issue, including in cases where liability will relate to a class of victims as a group and the court will be making “exactly the kind of fact-finding that will be necessary to determine whether punitive damages are justified” (*Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, at para. 34). In this case, ALC's conduct and the alleged breach of the duty of good faith would be common to all class members. The application judge's finding that “a determination on this question will address the common interests of all members of the class” (NLTD Certification Reasons, at para. 119) is entitled to deference and I see no reason to interfere with it.

(3) Preferable Procedure

[165] Section 5(2) of the CAA provides that in determining whether a class action is a preferable

l'un ni l'autre des actes de procédure subsidiaires ne révèle un fondement factuel selon lequel le montant du redressement pécuniaire dû à tous les membres du groupe pourrait être raisonnablement déterminé.

[162] Le fait que le calcul du redressement pécuniaire global n'ait pas été certifié en tant que question commune n'empêche pas le juge de première instance de se fonder au final sur les dispositions de la CAA relatives à l'octroi d'un montant global s'il l'estime indiqué (*Pioneer*, par. 114, citant *Microsoft*, par. 134).

d) *Dommages-intérêts punitifs*

[163] Je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que la demande de dommages-intérêts punitifs est une question commune. Comme je l'ai expliqué, l'aspect auquel il faut s'attacher en matière de dommages-intérêts punitifs est la conduite répréhensible du *défendeur*, et non la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73).

[164] La Cour a reconnu que les dommages-intérêts punitifs peuvent être traités comme une question commune, notamment dans les affaires où la responsabilité a trait à des victimes en tant que groupe et où le tribunal se livrera « exactement [au] genre de recherche des faits à laquelle le tribunal devra se livrer pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires sont justifiés » (*Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, par. 34). En l'espèce, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la conclusion du juge saisi de la demande selon laquelle [TRADUCTION] « une décision sur cette question abordera les intérêts communs de tous les membres du groupe » (motifs de la décision de la division de première instance de la C.S. T.-N.-L. sur l'autorisation, par. 119) et je ne vois aucune raison d'intervenir.

(3) Procédure constituant le meilleur moyen

[165] Le paragraphe 5(2) de la CAA prévoit que pour établir si le recours collectif serait le meilleur

procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court may consider all relevant matters including whether:

- (a) questions of fact or law common to the members of the class predominate over questions affecting only individual members;
- (b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;
- (c) the class action would involve claims that are or have been the subject of another action;
- (d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and
- (e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[166] As noted in *Hollick*, preferability is best analysed through the lens of the three main advantages of class actions — judicial economy, access to justice, and behaviour modification — and must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole (paras. 27 and 30). The third parties submit that individual issues predominate over common issues and that the claims break down into an individualistic determination with respect to both liability and quantum. Again, however, I agree with the application judge that ALC and the third parties' objections do not address the action as framed, and instead proceed on the assumption that the plaintiffs are seeking recovery of losses suffered, as particularized to each class member.

[167] The keystone of the plaintiffs' action is a deception common to each member of the class. Determining the content of a contract entered into by each member of the class, and whether that contract was systematically breached, does not require individualized assessments for each class member and is decidedly more practical and efficient than requiring each member to begin an action as an individual

moyen de régler les questions communes de manière juste et efficace, le tribunal peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment les suivants :

- a) les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe l'emportent sur celles touchant uniquement les membres individuels;
- b) un nombre important de membres du groupe ont véritablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'actions distinctes;
- c) le recours collectif comprend des demandes qui ont été ou qui font l'objet d'autres instances;
- d) les autres modes de règlement sont moins pratiques ou efficaces;
- e) la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen pour solliciter le redressement.

[166] Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Hollick*, il convient d'analyser la question du meilleur moyen en fonction des trois principaux avantages du recours collectif — l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements — et il faut examiner l'importance des questions communes par rapport à l'ensemble des demandes (par. 27 et 30). Les tierces parties soutiennent que les questions individuelles l'emportent sur les questions communes et que les demandes se réduisent à une détermination au cas par cas en ce qui concerne tant la responsabilité que le quantum. Cependant, encore une fois, je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que les objections de la SLA et des tierces parties ne répondent pas à l'action telle qu'elle est formulée et présupposent plutôt que les demandeurs cherchent à obtenir le recouvrement des pertes subies, ventilées pour chaque membre du groupe.

[167] La clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est assurément plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre du groupe et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'obliger chaque membre du groupe à intenter une action à titre de demandeur individuel, et cette façon de faire n'exige

plaintiff. That alone would make this a preferable procedure.

[168] Further, a common set of fact-finding will allow the trial judge to determine, without duplication, whether other contractual remedies will adequately vindicate and protect the contractual interest the class members had in playing a safe, honest game offered by a corporation charged with running a monopolistic public scheme.

[169] On punitive damages in particular, ALC submits that a class action is not a preferable procedure, because granting punitive damages in the absence of other monetary relief would allow the plaintiffs to play the role of “a private Attorney General”. However, punitive damages are not necessarily parasitic on the plaintiff’s having suffered a loss or personal injury. The fact that punitive damages focus on the defendant’s conduct makes a class proceeding “particularly well-suited” to such awards (*Chace v. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264 (C.A.), at para. 24), especially where the allegation of liability is founded on systemic wrongdoing (see, e.g., *Rumley*, at para. 34). Deterrence of wrongful conduct is a primary goal of class actions (C. Jones, “The Class Action as Public Law”, in J. Walker and G. D. Watson, eds., *Class Actions in Canada: Cases, Notes, and Materials* (2014), 28, at p. 29), and punitive damages are measured, in part, to ensure deterrence (*Whiten*, at para. 111).

[170] A class action is the preferable procedure for the plaintiffs’ claim, even if some individualized assessments are ultimately needed (see, e.g., *Pederson v. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661, at paras. 80-94; *Chalmers v. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186, at paras. 25-35; *Fakhri v. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227, at paras. 20-26). The existence of individual issues is no bar to a class action (*Microsoft*, at para. 140). The very point of a class action is that individuals can come together to pursue,

pas d’évaluations individuelles pour chaque membre du groupe. Cette considération à elle seule fait du recours collectif le meilleur moyen.

[168] Qui plus est, une seule appréciation des faits permettra au juge de première instance d’établir, sans double emploi, si d’autres réparations contractuelles défendront et protégeront adéquatement l’intérêt contractuel des membres du groupe à jouer à un jeu sûr et honnête offert par une société chargée de diriger un système public monopolistique.

[169] Pour ce qui est des dommages-intérêts punitifs en particulier, la SLA soutient que le recours collectif n’est pas le meilleur moyen de régler la question, car l’octroi de dommages-intérêts punitifs en l’absence d’autres mesures de redressement pécuniaire permettrait aux demandeurs de jouer le rôle de [TRADUCTION] « procureur général privé ». Toutefois, les dommages-intérêts punitifs ne dépendent pas nécessairement de la perte ou du préjudice personnel que subit le demandeur. Le fait que les dommages-intérêts punitifs sont axés sur la conduite du défendeur rend le recours collectif [TRADUCTION] « particulièrement adapté » à de tels octrois (*Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264 (C.A.), par. 24), surtout lorsque l’allégation de responsabilité est fondée sur une faute systémique (voir, p. ex., *Rumley*, par. 34). La dissuasion de la conduite fautive est un des principaux objectifs des recours collectifs (C. Jones, « The Class Action as Public Law », dans J. Walker et G. D. Watson, dir., *Class Actions in Canada : Cases, Notes and Materials* (2014), 28, p. 29), et les dommages-intérêts punitifs sont calculés, en partie, pour assurer la dissuasion (*Whiten*, par. 111).

[170] Le recours collectif est le meilleur moyen de régler l’action des demandeurs, même si certaines évaluations au cas par cas sont ultimement nécessaires (voir, p. ex., *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661, par. 80-94; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186, par. 25-35; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227, par. 20-26). L’existence de questions individuelles n’empêche pas le recours collectif (*Microsoft*, par. 140). L’idée même d’un recours collectif est que

as a class, a cause of action that they could, as a matter of law, already bring individually. The economy of the class action derives partly from the savings in litigation costs and partly from the removal of barriers that those individuals might otherwise face (*Rumley*, at para. 39). The latter point is particularly compelling in light of the many economic, social, and psychological barriers that individual players or problem gamblers may face in coming forward and advancing a claim for breach of contract against ALC through individualized avenues. This is especially so given that those individuals who have suffered particularly from ALC's alleged breach may be the least capable of advancing a claim. Class actions "overcome barriers to litigation by providing a procedural means to a substantive end" (*Fischer*, at para. 34). In this case, that end includes the potential to acknowledge, vindicate, and protect individual players' contractual interest in a safe and fair game, or to encourage behavioural modification and to punish allegedly deceptive, manipulative, and high-handed conduct in the provision of such games. Even if breach of contract were the only common issue, a trial to determine whether ALC systematically breached contracts with VLT players would go some way to acknowledging players' contractual interests and, potentially, vindicating and protecting those interests.

(4) Conclusion on Certification

[171] For the above reasons, I conclude that the plaintiffs' claim should be certified as a class action on the common issues of breach of contract, punitive damages, and the appropriateness of a disgorgement remedy.

V. Conclusion

[172] For these reasons, I would allow the appeals in part. I would strike disgorgement (referred to in

les gens peuvent s'unir pour faire valoir, en tant que groupe, une cause d'action qu'ils pourraient chacun faire valoir individuellement en droit. L'économie liée au recours collectif découle en partie des coûts épargnés en matière de frais de justice et en partie du retrait des obstacles auxquels ces gens feraient autrement face (*Rumley*, par. 39). Ce dernier élément est particulièrement convaincant en raison des nombreux obstacles d'ordre pécuniaire, social et psychologique auxquels peuvent faire face les joueurs individuels ou les joueurs à problèmes, en se manifestant et en faisant valoir une demande fondée sur la violation de contrat contre la SLA par des voies individuelles. Cela est d'autant plus vrai étant donné que les individus qui ont souffert particulièrement de la violation reprochée à la SLA peuvent être ceux qui sont les moins capables de faire valoir une demande. Le recours collectif « permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d'arriver à une fin substantielle » (*Fischer*, par. 34). En l'espèce, cette fin comprend la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l'intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste, ou d'encourager une modification du comportement et de punir une conduite qui serait trompeuse, manipulatrice et abusive dans la prestation de ces jeux. Même si la violation de contrat était la seule question commune, un procès pour trancher la question de savoir si la SLA a systématiquement violé les contrats intervenus avec des joueurs d'ALV permettrait dans une certaine mesure de reconnaître les intérêts contractuels des joueurs et, éventuellement, de défendre et de protéger ces intérêts.

(4) Conclusion sur l'autorisation du recours collectif

[171] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'action des demandeurs devrait être autorisée en tant que recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

V. Conclusion

[172] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois en partie, et de radier la restitution des

the pleadings as “waiver of tort”) and unjust enrichment as causes of action. I would certify the class action with common issues as follows:

- (1) Has ALC breached a duty owed in contract?
- (2) If there is a breach of contract, would the ordinary remedies of contract law be inadequate to protect or vindicate the class members’ contractual right such that disgorgement is available as a remedy?
- (3) If there is a breach of contract, should punitive or exemplary damages be awarded and, if so, in what amount?

[173] Of course, the plaintiffs may seek to amend their pleadings in accordance with these reasons. As s. 37 of the CAA generally precludes costs awards in respect of applications for certification, I would order that the parties bear their own costs.

APPENDIX

Common Issues as Certified by Faour J. (A.R., vol. I, at p. 117)

- (a) Does the *Criminal Code* authorize the operation of video lotteries by siteholders, in view of s. 206(1)(g) which prohibits games similar to “three card monte”?
- (b) Does the *Criminal Code* authorize the operation of video lotteries by siteholders, in view of s. 201, which prohibits keeping a common gaming house?
- (c) Has the Defendant been unjustly enriched?
- (d) Has the Defendant breached s. 52 of the *Competition Act* [R.S.C. 1985, c. C-34]?

gains illicites (appelée « renonciation au recours délictuel » dans les actes de procédure) et l’enrichissement sans cause en tant que causes d’action. J’autoriserais le recours collectif portant sur les questions communes suivantes :

- (1) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?
- (2) S’il y a eu violation de contrat, les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée à titre de réparation?
- (3) S’il y a eu violation de contrat, y a-t-il lieu d’octroyer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l’affirmative, quel devrait en être le montant?

[173] Bien entendu, les demandeurs peuvent demander de modifier leurs actes de procédure conformément aux présents motifs. Comme l’art. 37 de la CAA exclut généralement l’adjudication de dépens relativement aux demandes d’autorisation de recours collectifs, j’ordonnerais que les parties assument leurs propres dépens.

ANNEXE

Questions communes certifiées par le juge Faour (d.a., vol. I, p. 117)

[TRADUCTION]

- a) Le *Code criminel* autorise-t-il l’exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l’al. 206(1)g) qui interdit les jeux analogues au « bonneteau »?
- b) Le *Code criminel* autorise-t-il l’exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l’art. 201, qui interdit la tenue d’une maison de jeu?
- c) La défenderesse s’est-elle enrichie sans cause?
- d) La défenderesse a-t-elle contrevenu à l’art. 52 de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. 1985, c. C-34]?

(e) Has the Defendant breached a duty owed in contract or tort?

(f) Can monetary relief be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, what is the amount of aggregate monetary relief?

(g) If the answer to Issue (f) is no, can loss or damage be measured by the gain to the Defendant, and if so, what is the appropriate restitutionary remedy and in what amount?

(h) Has the Defendant breached provisions of the *Statute of Anne, 1710* [9 Anne, c. 19], and should the remedy of treble damages be granted, and if so, what is the appropriate amount?

(i) Should punitive or exemplary damages be awarded against the Defendant and, if so, in what amount.

Appeals allowed, WAGNER C.J. and KARAKATSANIS, MARTIN and KASIRER JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant the Atlantic Lottery Corporation Inc.: Goodmans, Toronto; Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the appellants VLC, Inc., IGT-Canada Inc. and International Game Technology: Curtis, Dawe, St. John's.

Solicitors for the appellant Spielo International Canada ULC: Stewart McKelvey, St. John's.

Solicitors for the appellant Tech Link International Entertainment Limited: Cox & Palmer, St. John's.

Solicitors for the respondents: Koskie Minsky, Toronto.

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

e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?

f) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?

g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans l'affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?

h) La défenderesse a-t-elle contrevenu aux dispositions du *Statute of Anne, 1710* [9 Anne, c. 19], et la réparation de dommages-intérêts triples devrait-elle être accordée, et dans l'affirmative, quel en serait le montant approprié?

i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

Pourvois accueillis, le juge en chef WAGNER et les juges KARAKATSANIS, MARTIN et KASIRER sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique : Goodmans, Toronto; Bennett Jones, Toronto.

Procureurs des appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology : Curtis, Dawe, St. John's.

Procureurs de l'appelante Spielo International Canada ULC : Stewart McKelvey, St. John's.

Procureurs de l'appelante Tech Link International Entertainment Limited : Cox & Palmer, St. John's.

Procureurs des intimés : Koskie Minsky, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners Bally Gaming Canada Ltd. and Bally Gaming Inc.: Benson Buffett, St. John's; Dickinson Wright, Toronto.

Procureurs des intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc. : Benson Buffett, St. John's; Dickinson Wright, Toronto.

Solicitors for the intervener the Western Canada Lottery Corporation: Kanuka Thuringer, Regina.

Procureurs de l'intervenante Western Canada Lottery Corporation : Kanuka Thuringer, Regina.

Solicitor for the intervener the Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis Commission: Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission : Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Gaming Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Gaming Association : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Lottery Corporation: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Lottery Corporation : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Attorney General of British Columbia
Appellant

v.

**Provincial Court Judges' Association of
British Columbia** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Canadian Superior Courts Judges
Association,
Canadian Bar Association,
Canadian Association of Provincial
Court Judges,
Canadian Taxpayers Federation and
Canadian Civil Liberties Association**
Intervenors

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY
GENERAL) v. PROVINCIAL COURT JUDGES'
ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA**
2020 SCC 20

File No.: 38381.

2019: December 9; 2020: July 31.

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

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

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial Attorney General about remuneration, allowances and benefits of provincial judges — Attorney General making submission to Cabinet concerning commission's recommendations and government's response — Legislative Assembly passing resolution rejecting commission's recommended increase

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Appelant*

c.

**Provincial Court Judges' Association of
British Columbia** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association canadienne des juges des cours
supérieures,
Association du Barreau canadien,
Association canadienne des juges des cours
provinciales,
Fédération canadienne des contribuables et
Association canadienne des libertés civiles**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PROVINCIAL COURT
JUDGES' ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA**
2020 CSC 20

N° du greffe : 38381.

2019 : 9 décembre; 2020 : 31 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges au procureur général d'une province concernant la rémunération, les indemnités et les avantages consentis aux juges provinciaux — Mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement déposé par le procureur général — Résolution adoptée par

in salary — Judges petitioning for judicial review of Legislative Assembly's resolution — Whether Cabinet submission should form part of record on judicial review.

In October 2016, the British Columbia judicial compensation commission recommended an 8.2 percent increase in the salary of provincial judges in 2017-18. The Attorney General made a submission to Cabinet concerning the commission's recommendations, and then tabled the government's proposed response to the commission's report and proposed a resolution rejecting the commission's recommended salary increase and adopting a 3.8 percent increase instead. The Legislative Assembly passed the resolution. The Provincial Court Judges' Association petitioned for judicial review of the resolution and sought an order to require the Attorney General to produce the Cabinet submission relied on in preparing the government's response. The master hearing the motion ordered the Attorney General to produce the Cabinet submission. Appeals by the Attorney General from the master's decision to the Supreme Court of British Columbia and then to the Court of Appeal were dismissed.

Held: The appeal should be allowed and the master's order for production of the Cabinet submission quashed.

A government must give specific reasons justifying any departure from the recommendations of a judicial compensation commission. The government's response to the commission's recommendations is subject to a limited form of judicial review as described in *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286. *Bodner* review is the mechanism for ensuring that the government respects the commission process and for safeguarding the public confidence in the administration of justice that process serves to protect. The standard of justification to uphold the government's response is that of rationality. *Bodner* sets out a three-part test for determining whether a government's decision to depart from a commission's recommendation meets this standard: (1) whether the government has articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations; (2) whether the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation; and (3) whether the commission process has been respected and its purposes — preserving judicial independence and

l'Assemblée législative rejetant l'augmentation salariale recommandée par la commission — Demande de contrôle judiciaire de la résolution de l'Assemblée législative présentée par les juges — Le mémoire au Cabinet devrait-il faire partie du dossier de contrôle judiciaire?

En octobre 2016, la commission sur la rémunération des juges de la Colombie-Britannique a recommandé d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 p. 100 pour l'année 2017-2018. Le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission. Il a ensuite déposé la proposition de réponse du gouvernement au rapport de la commission et proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale recommandée par la commission ainsi que l'approbation d'une hausse de plutôt 3,8 p. 100. L'Assemblée législative a adopté la résolution. La Provincial Court Judges' Association a demandé que cette résolution fasse l'objet d'un contrôle judiciaire et a sollicité une ordonnance intimant au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. La protonotaire saisie de la requête a ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet. Les appels interjetés par le procureur général de la décision de la protonotaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique puis devant la Cour d'appel ont été rejetés.

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire est annulée.

Un gouvernement doit donner des motifs précis justifiant sa décision de s'écarter de quelque façon que ce soit des recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. La réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission est sujette à la forme limitée de contrôle judiciaire décrite dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286. Le contrôle de ce type est le moyen qui vise à garantir que le gouvernement respecte le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger. La réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la rationalité. L'arrêt *Bodner* a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à cette norme. Ce cadre d'analyse exige du tribunal qu'il se demande (1) si le gouvernement a justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission, (2) si

depoliticizing the setting of judicial remuneration — have been achieved.

The limited nature of *Bodner* review, the role of the reviewing court and the purpose of the process have implications for the evidence considered by the reviewing court. The rules of evidence and production must be applied in a manner that reflects the unique features of *Bodner* review, and respects both judicial independence and the confidentiality of Cabinet decision making. The record on *Bodner* review necessarily includes any submissions made to the commission by the government, judges and others; the commission's report, including its recommendations; and the government's response to the recommendations. Certain forms of additional evidence are admissible if they are relevant to determining whether any part of the *Bodner* test has been met, including evidence aimed at calling into question the reasonableness of the factual foundation relied on by the government, the government's lack of meaningful engagement with or respect for the commission process or whether the government's response was grounded in an improper or colourable purpose. To those ends, the party seeking review can ask that the government produce evidence in its possession. Since a *Bodner* review often concerns decisions in which Cabinet plays a part, a party seeking review may request the production of a confidential Cabinet document.

Generally, what is in issue in a *Bodner* review is whether a government failed to meet its constitutional obligations flowing from the principle of judicial independence in its response to a commission's recommendations. The relevance of any proposed additional evidence must therefore be tested in relation to the issues that the court must determine on such a review. To be relevant, the proposed evidence must contain something that tends to address a fact concerning one of the steps of the test established in *Bodner*.

les motifs invoqués par le gouvernement ont un fondement factuel raisonnable, et (3) si le mécanisme d'examen par une commission a été respecté et les objectifs du recours à une commission — à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges — ont été atteints.

La nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l'objet du mécanisme ont une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision. Il faut appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle de type *Bodner* et à respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet. Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations. Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris des éléments de preuve qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, la partie qui sollicite le contrôle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet.

En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d'une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l'indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi d'un tel contrôle. Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à concerner un fait en lien avec une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

However, something more than relevance is needed to strike the appropriate balance between respecting Cabinet confidentiality and maintaining the overall integrity of *Bodner* review. Although any inspection of a confidential Cabinet document undermines Cabinet confidentiality to some extent, judicial inspection of a document that concerns Cabinet deliberations about the judiciary would undermine it more significantly. Accordingly, special considerations arise when the party seeking *Bodner* review asks the government to produce a document related to Cabinet decision making. The party seeking review must point to something in the record, including otherwise admissible evidence, that supports its view that the document may tend to show that the government response failed to meet one or more parts of the *Bodner* test. It is not enough to simply say that the document was before the decision-maker or that it would provide additional background or context for the reviewing court.

If the party seeking review makes the requisite showing — that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner* — the government must produce it for the court's examination. The reviewing court must then examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet one of the parts of the *Bodner* test. The document must be of assistance in challenging the legitimacy of the government's reasons, the reasonableness of the factual foundation it relied on, the respect it has shown the commission process or whether the objectives of the process have been achieved.

Even if the document meets this test, its production remains subject to any other rule of evidence that bars its disclosure, such as public interest immunity. This doctrine prevents the disclosure of a document where the court is satisfied that the public interest in keeping the document confidential outweighs the public interest in its disclosure. Public interest immunity requires a careful balancing of these competing public interests, which must be weighed with reference to a specific document in the context of a particular proceeding. The government has the burden of establishing that a document should not be disclosed because of public interest immunity. In the case

Cependant, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Des considérations particulières entrent donc en jeu lorsque la partie qui demande le contrôle de type *Bodner* sollicite la production par le gouvernement d'un document se rapportant au processus décisionnel du Cabinet. La partie qui demande le contrôle doit faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Il ne suffit pas d'affirmer que le décideur disposait du document ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d'un examen par le tribunal. Celui-ci devra alors examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Le document doit se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, le respect dont il a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission ou l'atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme.

Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celle relative à l'immunité d'intérêt public. Cette doctrine empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur celui à ce qu'il soit divulgué. L'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance ces intérêts opposés du public qui doivent être évalués en fonction d'un document précis, dans le cadre d'une instance donnée. C'est au gouvernement qu'il incombe d'établir qu'un document est visé par cette immunité et

of confidential Cabinet documents, since there will be a strong public interest in keeping a document concerning Cabinet deliberations confidential, it must be outweighed by a still stronger public interest to warrant disclosure. The main factors relevant to balancing the public interests in confidentiality and disclosure are identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637: the level of the decision-making process; the nature of the policy concerned; the contents of the documents; the timing of disclosure; the interests of the administration of justice; and whether the party seeking the production of the documents alleges unconscionable behaviour on the part of the government.

In the *Bodner* review context, various factors will often weigh in favour of keeping a document confidential. The Cabinet decision-making process is among the highest levels of decision making within the executive. Judicial remuneration is an important and sensitive area of public policy. The contents of a document concerning Cabinet deliberations may well reflect the views of individual ministers of the Crown and reveal disagreement among ministers; as a result, its contents will frequently be highly sensitive. Depending on the contents of the document, the timing may also weigh in favour of keeping the document confidential.

The interests of the administration of justice encompass a broad set of considerations, including the importance of the case and the need or desirability of producing the document. In the *Bodner* review context, these considerations cut both ways. Although such reviews are of great importance, the fact that a party seeks production of a relevant confidential Cabinet document in this context is not itself a general basis for disclosure. When considering the interests of the administration of justice, the focus must remain on the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation. If the document tends to establish that the government set out to provide misleading public reasons for its response to the commission's recommendations, relied on a fundamentally flawed factual foundation, acted with an improper or colourable purpose, or was indifferent or disrespectful towards the commission process, this bears so directly — and so determinately — on the outcome of the *Bodner* review that to exclude the document would be contrary to the interests of the administration of justice. By contrast, if a Cabinet document's impact on the *Bodner* review would be limited, and if its exclusion from the record could hardly keep the reviewing

qu'il ne devrait donc pas être divulgué. En ce qui a trait aux documents confidentiels du Cabinet, l'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Les principaux facteurs pertinents pour l'exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation ont été énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. Il s'agit du palier du processus décisionnel, de la nature de la politique en question, de la teneur précise des documents, du moment où sera divulgué le document, de l'intérêt de l'administration de la justice et de la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement.

Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, divers facteurs jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité d'un document. Le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif. La rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible. Les documents concernant les délibérations du Cabinet peuvent fort bien rendre compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux; en conséquence, leur contenu est souvent très sensible. Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité.

L'intérêt de l'administration de la justice embrasse un vaste éventail de considérations, y compris l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire le document. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, ces considérations jouent dans les deux sens. Même si les contrôles de ce type sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans ce contexte ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige. Si le document tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, cela portera si directement — et de manière si déterminante — sur l'issue du contrôle de type *Bodner* que l'exclusion

court from adjudicating the issues on their merits, the probative value of such evidence might not weigh heavily enough to warrant disclosure.

In the instant case, the Association did not meet the threshold necessary to compel production of the Cabinet document for judicial inspection. The Association failed to provide any evidence or point to any circumstances that suggest that the Cabinet submission may indicate that the government did not meet the standard required by *Bodner*. There is nothing on the face of the record that indicates the Cabinet submission may contain some evidence which tends to show that the government failed to meet a constitutional requirement. Furthermore, it is not sufficient to point to prior litigation in which the government relied on an inappropriate consideration — as revealed in a past Cabinet submission produced as part of the record — in order to make the Cabinet submission in the present case relevant. Something more would be required for there to be reason to believe that the submission may contain evidence that would tend to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

Since the Association has failed to make the requisite threshold showing, the Attorney General need not produce the document for examination by the Court. It is unnecessary to determine whether any other rule of evidence, such as public interest immunity, would apply so as to permit the Attorney General to refuse to produce the Cabinet submission.

Cases Cited

Explained: *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; **referred to:** *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 SCC 21, [2020] 2 S.C.R. 556; *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014]

du document en question serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice. En revanche, si l'incidence d'un document du Cabinet sur le contrôle de type *Bodner* est limitée et si son exclusion du dossier peut difficilement empêcher le tribunal de révision de trancher au fond les questions en litige, il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation.

En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production du document du Cabinet afin de le consulter. L'Association n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Rien à la face même du dossier n'indique que le mémoire au Cabinet pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle. En outre, il ne suffit pas d'invoquer un précédent dans lequel le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime — comme le révèle un mémoire soumis antérieurement au Cabinet produit en tant que partie au dossier — pour que le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce soit pertinent. Il faut davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

Puisque l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise, le procureur général n'a pas à produire le document en vue de son examen par la Cour. Il est inutile de décider si toute autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt public, s'appliquerait de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; **arrêts mentionnés :** *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21, [2020] 2 R.C.S. 556; *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi*

1 S.C.R. 433; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Sobeys West Inc. v. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne) v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Michaud v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Somerville v. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Nova Scotia Provincial Judges' Association v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117; *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359; *Newfoundland (Treasury*

relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *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; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R.

Board) v. *N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Commonwealth v. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604; *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394.

Statutes and Regulations Cited

Attorney General Act, R.S.B.C. 1996, c. 22, s. 2(j).
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 283.
Constitution Act, R.S.B.C. 1996, c. 66, s. 10(3).
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 11, 18, 54, 90 to 92, 96 to 101, 100 to 102, 106, 126.
Constitution Act, 1982, s. 42(1)(d).
Crown Liability and Proceedings Act, 2019, S.O. 2019, c. 7, Sch. 17, s. 13(2).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 9.
Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59, ss. 2, 5(1), (3), (5), (5.1), (5.2), 6(1), (2), (3), (4), 7.1, 8(1). O.C. 213/2017.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(4)(c).

Authors Cited

d’Ombraïn, Nicholas. “Cabinet secrecy” (2004), 47 *Canadian Public Administration* 332.
 Forcese, Craig, and Aaron Freeman. *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
 Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
 Royer, Jean-Claude, et Catherine Piché. *La preuve civile*, 5^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2016.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Harris and Dickson J.J.A.), 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188, 430 D.L.R. (4th) 660, 48 Admin. L.R. (6th) 279, [2018] B.C.J. No. 3445 (QL), 2018 CarswellBC 2776 (WL Can.), affirming a decision of Hinkson C.J.S.C., 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168,

(2d) 117; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Commonwealth c. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604; *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394.

Lois et règlements cités

Attorney General Act, R.S.B.C. 1996, c. 22, art. 2(j).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 283.
Constitution Act, R.S.B.C. 1996, c. 66, art. 10(3).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9.
Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59, art. 2, 5(1), (3), (5), (5.1), (5.2), 6(1), (2), (3), (4), 7.1, 8(1).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 11, 18, 54, 90 à 92, 96 à 101, 100 à 102, 106, 126.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 42(1)d).
Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l’intéressant, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, art. 13(2).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37 à 39.
 O.C. 213/2017.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 22-1(4)(c).

Doctrine et autres documents cités

d’Ombraïn, Nicholas. « Cabinet secrecy » (2004), 47 *Administration publique du Canada* 332.
 Forcese, Craig, and Aaron Freeman. *The Laws of Government : The Legal Foundations of Canadian Democracy*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.
 Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Conventions : The Marriage of Law & Politics*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.
 Royer, Jean-Claude, et Catherine Piché. *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson), 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188, 430 D.L.R. (4th) 660, 48 Admin. L.R. (6th) 279, [2018] B.C.J. No. 3445 (QL), 2018 CarswellBC 2776 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Hinkson, 2018 BCSC 1390,

[2018] B.C.J. No. 2995 (QL), 2018 CarswellBC 2158 (WL Can.), affirming an order of Master Muir, 2018 BCSC 1193, [2018] B.C.J. No. 1410 (QL), 2018 CarswellBC 1891 (WL Can.). Appeal allowed.

Stein K. Gudmundseth, Q.C., Andrew D. Gay, Q.C., and Clayton J. Gallant, for the appellant.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Alison M. Latimer, for the respondent.

Michael H. Morris and Marilyn Venney, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sarah Kraicer and Andrea Bolieiro, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussières and Robert Desroches, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain and Jean-Simon Schoenholz, for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska and Neil Abraham, for the intervener the Canadian Bar Association.

Steven M. Barrett and Colleen Bauman, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

Adam Goldenberg and Stephanie Willsey, for the intervener the Canadian Taxpayers Federation.

Andrew K. Lokan and Lauren Pearce, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

19 B.C.L.R. (6th) 168, [2018] B.C.J. No. 2995 (QL), 2018 CarswellBC 2158 (WL Can.), qui a confirmé une ordonnance de la protonotaire Muir, 2018 BCSC 1193, [2018] B.C.J. No. 1410 (QL), 2018 CarswellBC 1891 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Stein K. Gudmundseth, c.r., Andrew D. Gay, c.r., et Clayton J. Gallant, pour l'appelant.

Joseph J. Arvay, c.r., et Alison M. Latimer, pour l'intimée.

Michael H. Morris et Marilyn Venney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et Andrea Bolieiro, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et Robert Desroches, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Thomson Irvine, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain et Jean-Simon Schoenholz, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska et Neil Abraham, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Steven M. Barrett et Colleen Bauman, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Adam Goldenberg et Stephanie Willsey, pour l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables.

Andrew K. Lokan et Lauren Pearce, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal arises in litigation that implicates the relationship between two branches of the state. It requires this Court to balance several constitutional imperatives relating to the administration of justice and the separation of powers between the executive, legislative and judicial branches of the state: the financial dimension of judicial independence; the shared responsibility of the executive and legislature to make decisions about public money; and the public interest in ensuring the executive can conduct its internal business in confidence.

[2] This appeal, along with its companion appeal, *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 SCC 21, [2020] 2 S.C.R. 556, asks whether a Cabinet submission concerning a government's response to a judicial compensation commission's recommendations is properly part of the record on a judicial review of the government's response. If so, the further issue arises whether the Attorney General of British Columbia should nevertheless be permitted to refuse to produce the submission on grounds of public interest immunity.

[3] The British Columbia courts found that the confidential Cabinet document requested by the Provincial Court Judges' Association of British Columbia was relevant and not protected by public interest immunity, and ordered that the Attorney General produce it.

[4] In my view, they were wrong to do so.

[5] In its judicial independence case law, this Court has consistently sought to strike a balance between several competing constitutional considerations by establishing a unique process for setting judicial remuneration, backed up by a focused, yet robust form of judicial review described in *Bodner v. Alberta*,

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi découle d'un litige mettant en jeu les rapports qui existent entre deux des branches de l'État. Il requiert que notre Cour mette en balance plusieurs impératifs constitutionnels liés à l'administration de la justice et à la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire de l'État : la dimension financière de l'indépendance judiciaire, la responsabilité que partagent l'exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics et l'intérêt public à ce que l'exécutif puisse mener ses affaires internes confidentiellement.

[2] Comme le pourvoi connexe *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21, [2020] 2 R.C.S. 556, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si un mémoire au Cabinet concernant une réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges peut faire partie du dossier en cas de contrôle judiciaire de cette réponse. Dans l'affirmative, il faudra ensuite déterminer si, pour des motifs liés à l'immunité d'intérêt public, également parfois appelée exception d'intérêt public, le procureur général de la Colombie-Britannique devrait malgré tout pouvoir refuser de produire le mémoire.

[3] Après avoir conclu que le document confidentiel du Cabinet réclamé par la Provincial Court Judges' Association of British Columbia (Association) était pertinent et non protégé par l'immunité d'intérêt public, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont ordonné au procureur général de le produire.

[4] Selon moi, ils ont eu tort de le faire.

[5] Dans sa jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire, la Cour a constamment cherché à établir un juste équilibre entre plusieurs considérations constitutionnelles opposées en créant un mécanisme unique pour fixer la rémunération des juges. Pour soutenir ce mécanisme, la Cour a établi,

2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286.¹ In resolving this appeal, the rules of evidence and production must be applied in a manner that reflects the unique features of the limited review described in *Bodner*, and respects both judicial independence and the confidentiality of Cabinet decision making.

[6] For the reasons that follow, where a party seeking *Bodner* review requests that the government produce a document relating to Cabinet deliberations, it must first establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner*. Only then would the government be required to produce the document for judicial inspection. If the document does in fact provide some evidence which tends to show that the government's response does not comply with the constitutional requirements, the court can then determine whether its production is barred by public interest immunity or another rule of evidence invoked by the government.

[7] Public interest immunity requires a careful balancing between the competing public interests in confidentiality and disclosure. Since there will be a strong public interest in keeping a document concerning Cabinet deliberations confidential, it must be outweighed by a still stronger public interest to warrant the document's disclosure. In the *Bodner* context, the strength of the public interest in disclosure will often depend on the importance of the

dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286¹, une forme de contrôle judiciaire à la fois circonscrite et rigoureuse. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle limité décrit dans l'arrêt *Bodner* et à respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

[6] Pour les motifs qui suivent, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* réclame la production, par le gouvernement, d'un document se rapportant aux délibérations du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que le document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. C'est seulement après que cette démonstration a été faite que le gouvernement est tenu de produire le document en vue de sa consultation par un juge. Si le document fournit effectivement des éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement ne respecte pas les exigences constitutionnelles, le tribunal peut alors décider si l'immunité d'intérêt public ou une autre règle de preuve invoquée par le gouvernement s'applique de manière à empêcher la production.

[7] L'immunité d'intérêt public nécessite de mettre soigneusement en balance des intérêts opposés du public : d'une part, l'intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d'autre part, l'intérêt à ce que ceux-ci soient divulgués. L'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Dans

¹ *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 (*Bodner*).

¹ *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (*Bodner*).

document to determining the issues before the court in the *Bodner* review.

[8] Here, the Provincial Court Judges' Association did not meet the threshold necessary to compel production of a confidential Cabinet document for judicial inspection. While this is not a high bar, it is not met simply by showing that the government considered the Cabinet document before making its response. I would allow the appeal and quash the order for production of the Cabinet submission.

I. Background

A. *Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59*

[9] In the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), this Court set out the constitutional baseline for making changes to judicial remuneration. The *Judicial Compensation Act* implements that baseline in British Columbia.

[10] The *Judicial Compensation Act* provides for the appointment of a triennial judicial compensation commission to make recommendations about the remuneration, allowances and benefits of provincial judges and judicial justices: ss. 2 and 5(1). The commission must consider a prescribed set of factors and may consider other factors, provided it justifies their relevance: s. 5(5), (5.1) and (5.2). The commission communicates its recommendations in a final report to the Attorney General: s. 5(3).²

² The Attorney General is the minister responsible for the *Judicial Compensation Act* designated by O.C. 213/2017, Appendix B; see also *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, s. 2(j); *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66, s. 10(3).

le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, le poids à accorder à l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué dépend souvent de l'importance du document visé pour que le tribunal de révision puisse trancher les questions dont il est saisi.

[8] En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production d'un document confidentiel du Cabinet afin de le consulter. Bien que cette exigence ne soit pas élevée, on ne peut y satisfaire simplement en montrant que le gouvernement a tenu compte du document du Cabinet avant de donner sa réponse. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet.

I. Contexte

A. *Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59*

[9] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), la Cour a énoncé les exigences constitutionnelles de base devant servir de référence pour modifier le traitement des juges. C'est la loi intitulée *Judicial Compensation Act* qui met en œuvre ces exigences de base en Colombie-Britannique.

[10] La *Judicial Compensation Act* prévoit la nomination d'une commission triennale chargée de formuler des recommandations au sujet de la rémunération, des indemnités et des avantages consentis aux juges provinciaux et aux juges de paix judiciaires : art. 2 et par. 5(1). À cette fin, la commission doit tenir compte d'un ensemble de facteurs prescrits par la loi, et peut aussi prendre en considération d'autres facteurs, à condition de démontrer leur pertinence : par. 5(5), (5.1) et (5.2). La commission communique ensuite ses recommandations au procureur général dans un rapport final : par. 5(3).²

² Le procureur général est le ministre responsable de la *Judicial Compensation Act* en vertu du décret 213/2017, ann. B; voir aussi la *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, al. 2(j); *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66, par. 10(3).

[11] Upon receipt of the commission's report, the Attorney General must then lay the report before the Legislative Assembly of British Columbia within a statutory timeline: s. 6(1). The Attorney General must also advise the Assembly that if it does not reject the commission's recommendations within a statutory timeline, the recommendations will go into effect: s. 6(1) and (3). The Assembly can then pass a resolution rejecting one or more recommendations and set judicial remuneration, allowances and benefits: s. 6(2). The resolution has binding legal effect: ss. 6(4) and 8(1).

B. Judicial Compensation Commission's Recommendations and Government's Response

[12] In October 2016, the Judicial Compensation Commission submitted its final report to the Attorney General and made recommendations for the 2017-20 period. The commission recommended an 8.2 percent increase in the salary of provincial judges in 2017-18 and a 1.5 percent increase in both 2018-19 and 2019-20.³ The commission also recommended that the Provincial Court Judges' Association be reimbursed for the entirety of its costs of participating in the commission process.

[13] At some point after the commission submitted its report, the Attorney General made a submission to Cabinet concerning the commission's recommendations and the government's response. The Cabinet submission is not in the record before this Court and was not put before the courts below. Moreover, there is no evidence in the record about what the submission might contain.

[14] Having laid the commission's report before the Legislative Assembly in September 2017, the Attorney General tabled the government's proposed

³ The baseline salary used by the commission in making its recommendations was \$244,112 for the 2016-17 fiscal year, but the Legislative Assembly later retrospectively increased the salary for 2016-17 by 3.4 percent to \$252,290, thereby reducing the effect of the increase recommended by the commission for the 2017-20 period.

[11] Après réception du rapport de la commission, le procureur général le dépose auprès de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique dans le délai prescrit par la loi : par. 6(1). Il avise également l'Assemblée législative que, faute par elle de rejeter les recommandations dans le délai prévu par la loi, celles-ci entreront en vigueur : par. 6(1) et (3). L'Assemblée législative peut alors adopter une résolution rejetant l'une ou plusieurs des recommandations, puis fixer la rémunération, les indemnités et les avantages des juges : par. 6(2). Cette résolution a un effet juridique obligatoire : par. 6(4) et 8(1).

B. Recommandations de la commission d'examen de la rémunération des juges et réponse du gouvernement

[12] En octobre 2016, la commission d'examen de la rémunération des juges a remis son rapport final au procureur général et formulé ses recommandations pour la période 2017-2020. Elle recommandait d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 p. 100 pour l'année 2017-2018, et de 1,5 p. 100 pour les années 2018-2019 et 2019-2020³. La commission recommandait également que l'Association soit remboursée pour la totalité des frais qu'elle avait engagés pour sa participation au mécanisme d'examen par la commission.

[13] Quelque temps après le dépôt du rapport par la commission, le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement. Ce mémoire au Cabinet ne figure pas dans le dossier dont notre Cour est saisie, pas plus qu'il n'a été produit devant les juridictions d'instances inférieures. Qui plus est, rien dans le dossier ne peut nous renseigner sur son contenu.

[14] Après avoir déposé le rapport de la commission à l'Assemblée législative en septembre 2017, le procureur général a déposé le mois suivant, soit

³ Le salaire de base utilisé par la commission aux fins de ses recommandations s'établissait à 244 112 \$ pour l'exercice financier 2016-2017. Cependant, par la suite, l'Assemblée législative a appliqué au salaire de base de 2016-2017 une hausse rétroactive de 3,4 p. 100, le portant ainsi à 252 290 \$, ce qui a eu pour conséquence d'atténuer les effets de l'augmentation recommandée par la commission pour la période 2017-2020.

response to the commission's report in October 2017. The Attorney General did not table the Cabinet submission and there is no indication in the record that any member of the Legislative Assembly other than those serving in Cabinet was aware of the contents of the submission.

[15] The Attorney General moved to pass a resolution rejecting the commission's recommended increase in the salary of provincial judges and adopting a 3.8 percent increase in 2017-18 and a 1.5 percent increase in both 2018-19 and 2019-20.⁴ The Attorney General also proposed reducing the recommended reimbursement for the Provincial Court Judges' Association's costs of participating in the commission process from approximately \$93,000 to about \$66,000 in accordance with the formula established by s. 7.1 of the *Judicial Compensation Act*. With the support of government and opposition members, the Legislative Assembly passed the resolution.

[16] The Provincial Court Judges' Association petitioned for judicial review of the Legislative Assembly's resolution. Among other things, the Provincial Court Judges' Association asked to have the resolution quashed and sought a declaration that the government's response and the resolution were inconsistent with the *Judicial Compensation Act* and with the constitutional principle of judicial independence.

[17] In anticipation of the hearing of their petition on the merits, the Provincial Court Judges' Association asked the Attorney General to produce the Cabinet submission relied on in preparing the government's response. The Attorney General refused, so the Association sought an order to require the Attorney General to produce the submission: see *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(4)(c).

⁴ The retrospective salary increase for 2016-17 similarly reduces the effect of the increase adopted by the Legislative Assembly for the 2017-20 period.

en octobre 2017, la proposition de réponse du gouvernement à ce rapport. Il n'a cependant pas déposé le mémoire au Cabinet, et rien dans le dossier ne porte à croire que quiconque siégeant à l'Assemblée législative, en dehors des membres du Cabinet, était au courant de son contenu.

[15] Le procureur général a proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale des juges provinciaux recommandée par la commission, ainsi que l'approbation d'une hausse de 3,8 p. 100 en 2017-2018 et de 1,5 p. 100 pour les années 2018-2019 et 2019-2020⁴. Le procureur général a également proposé de réduire le montant que la commission recommandait d'accorder à l'Association à titre de remboursement pour les coûts associés à sa participation au mécanisme d'examen par la commission de quelque 93 000 \$ à environ 66 000 \$, suivant la formule établie à l'art. 7.1 de la *Judicial Compensation Act*. Avec l'appui des députés du gouvernement et de l'opposition, l'Assemblée législative a adopté la résolution.

[16] L'Association a demandé que cette résolution de l'Assemblée législative fasse l'objet d'un contrôle judiciaire dans le cadre duquel elle a notamment sollicité l'annulation de la résolution de même qu'un jugement déclaratoire portant que la réponse du gouvernement et la résolution étaient incompatibles avec la *Judicial Compensation Act* et avec le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire.

[17] En prévision de l'instruction de cette demande sur le fond, l'Association a demandé au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. Le procureur général a refusé. L'Association a donc sollicité une ordonnance obligeant celui-ci à produire le document : voir *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, al. 22-1(4)(c).

⁴ L'augmentation salariale rétrospective pour la période 2016-2017 réduit de la même façon l'effet de l'augmentation adoptée par l'Assemblée législative pour la période 2017-2020.

II. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 1193 (Master Muir)*

[18] The Provincial Court Judges' Association's motion was initially heard by a Supreme Court of British Columbia master. The master noted that the Attorney General did not contest that the government's response was informed by a detailed submission to Cabinet: para. 9 (CanLII).

[19] Turning to relevance, while acknowledging that the government had not referred to or relied on the submission to Cabinet in making its decision, the master concluded that the submission was relevant to the *Bodner* review and specifically to whether the government relied on a reasonable factual foundation in developing its response to the commission's recommendation, and whether its response demonstrates meaningful engagement with the commission process: paras. 9 and 18-21.

[20] Regarding public interest immunity, the master explained that the Attorney General did not provide any specific evidence of harm that would result from the production of the Cabinet submission: para. 23. The importance of review of the government's response and the need for transparency outweighed the public interest in its remaining confidential: paras. 23 and 27. The master ordered the Attorney General to produce the Cabinet submission: para. 28.

B. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168 (Hinkson C.J.S.C.)*

[21] The Supreme Court of British Columbia dismissed the appeal from the master's decision. Like the master, the court did not examine the Cabinet submission: para. 45.

II. Historique des procédures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1193 (la protonotaire Muir)*

[18] La requête de l'Association a d'abord été instruite par une protonotaire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La protonotaire a relevé que le procureur général n'avait pas contesté que la réponse du gouvernement s'appuyait sur un mémoire détaillé au Cabinet : par. 9 (CanLII).

[19] Sur la question de la pertinence, la protonotaire a reconnu que le gouvernement n'avait ni soulevé la question du mémoire au Cabinet ni ne s'était fondé sur ce document pour prendre sa décision. Elle a tout de même conclu que celui-ci était pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner*, particulièrement en ce qui a trait aux questions de savoir si le gouvernement s'était appuyé sur un fondement factuel raisonnable pour élaborer sa réponse aux recommandations de la commission, et si sa réponse démontrait qu'il avait participé sérieusement au mécanisme d'examen de la commission : par. 9 et 18-21.

[20] Sur la question de l'immunité d'intérêt public, la protonotaire a expliqué que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve particulier pour démontrer qu'un préjudice résulterait de la production du mémoire au Cabinet : par. 23. Selon elle, l'importance de soumettre la réponse du gouvernement à un contrôle judiciaire et la nécessité d'assurer la transparence du processus l'emportaient sur l'intérêt du public à ce que le document demeure confidentiel : par. 23 et 27. La protonotaire a donc ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet : par. 28.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168 (le juge en chef Hinkson)*

[21] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel formé à l'encontre de la décision de la protonotaire. Tout comme cette dernière, elle n'a pas examiné le mémoire au Cabinet : par. 45.

[22] Hinkson C.J.S.C. found no error in the master's conclusion that the Cabinet submission was relevant, agreeing that the submission was relevant to the issue whether the government respected the commission process such that the overall objectives of the process were achieved: paras. 34-35.

[23] The court found no error in the master's conclusion that public interest immunity did not apply based on the factors identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637. The court emphasized that the submission related to the subject matter of the litigation and that the Attorney General did not offer in any evidence that any particular harm would flow from disclosure: para. 46.

C. *Court of Appeal for British Columbia, 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188 (Bauman C.J.B.C., Harris and Dickson J.J.A.)*

[24] The Court of Appeal for British Columbia dismissed the Attorney General's further appeal from the Supreme Court's decision. Writing for the Court of Appeal, Bauman C.J.B.C. explained that although the Legislative Assembly is the decision-maker under the *Judicial Compensation Act*, the Attorney General prepares the government's draft response for approval by Cabinet before presenting it to the Legislative Assembly: para. 9. Cabinet is thus directly involved in the decision-making process.

[25] The Court of Appeal concluded that the Cabinet submission was necessarily relevant given that it informed the government's response to the commission's recommendations: paras. 9 and 16. Since Cabinet was "a primary actor in the impugned 'government response' . . . , the Cabinet submission is clearly 'evidence which was before the administrative decision-maker'" and should be included in the record on judicial review: para. 19, quoting *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1, cited as *Hartwig v. Saskatchewan (Commission of Inquiry)*, at para. 33. The Court of Appeal also

[22] Le juge en chef Hinkson n'a décelé aucune erreur dans la conclusion de la protonotaire selon laquelle le mémoire au Cabinet était pertinent, convenant avec elle que le document était de fait pertinent quant à la question de savoir si le gouvernement avait respecté le mécanisme d'examen par la commission et qu'il avait donc été satisfait aux objectifs généraux du recours à une commission : par. 34-35.

[23] La cour a en outre conclu que la protonotaire n'avait pas commis d'erreur en décidant que, selon les facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, l'immunité d'intérêt public ne s'appliquait pas. La cour a souligné que le mémoire avait trait à l'objet du litige, et que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve indiquant que la divulgation causerait un préjudice particulier : par. 46.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188 (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson)*

[24] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté le pourvoi subséquent du procureur général interjeté à l'encontre de la décision de la Cour suprême de la province. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Bauman a expliqué que, bien que l'Assemblée législative soit l'instance décisionnelle selon la *Judicial Compensation Act*, c'est le procureur général qui prépare l'ébauche de réponse du gouvernement à soumettre au Cabinet pour approbation avant qu'il ne la présente à l'Assemblée législative : par. 9. Le Cabinet participe donc directement au processus décisionnel.

[25] La Cour d'appel a conclu que le mémoire au Cabinet était nécessairement pertinent, puisqu'il avait inspiré la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : par. 9 et 16. Dans la mesure où le Cabinet [TRADUCTION] « a joué un rôle de premier plan dans la "réponse du gouvernement" contestée [. . .], le mémoire au Cabinet est assurément "un élément de preuve dont était saisi le décideur administratif" » et devrait dès lors faire partie du dossier du contrôle judiciaire : par. 19, citant *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1, sous le nom de *Hartwig c. Saskatchewan*

affirmed Hinkson C.J.S.C.'s analysis on public interest immunity: para. 22.

III. Issues

[26] This appeal raises two issues: (a) whether the Cabinet submission in this case should form part of the record on *Bodner* review and (b) whether the Cabinet submission is protected by public interest immunity.

IV. Analysis

A. *Judicial Independence and the Nature of Bodner Review*

[27] This appeal arises in the context of review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations. Such review aims to safeguard judicial independence.

[28] The constitutional principle of judicial independence flows from the recital in the preamble to the *Constitution Act, 1867* that our country is to have a "Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom", ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*, s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 42(1)(d) of the *Constitution Act, 1982: Beaugregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 72-73; *Provincial Judges Reference*, at paras. 84 and 105-9; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 94; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 31.

[29] These provisions and the broader principle of judicial independence serve not only to protect the separation of powers between the branches of the state and thus, the integrity of our constitutional structure, but also to promote public confidence in the administration of justice: *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paras. 21-23; *Conférence*

(*Commission of Inquiry*), par. 33. La Cour d'appel a également confirmé le bien-fondé de l'analyse du juge en chef Hinkson relative à l'immunité d'intérêt public : par. 22.

III. Questions en litige

[26] Le présent pourvoi soulève deux questions : a) le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce devrait-il faire partie du dossier aux fins du contrôle de type *Bodner*? Et, b) le mémoire au Cabinet est-il protégé par l'immunité d'intérêt public?

IV. Analyse

A. *Indépendance judiciaire et nature du contrôle de type Bodner*

[27] Le présent pourvoi survient dans le contexte du contrôle judiciaire de la réponse donnée par un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. Un tel contrôle vise à protéger l'indépendance judiciaire.

[28] Le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire prend sa source dans l'énoncé du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* selon lequel le Canada doit se doter d'une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », dans les art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans l'al. 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Beaugregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 72-73; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 84 et 105-109; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 94; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 31.

[29] Ces dispositions, de même que le principe plus large de l'indépendance judiciaire, visent non seulement à protéger la séparation des pouvoirs entre les branches de l'État et donc l'intégrité de notre structure constitutionnelle, mais aussi à favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice : *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S.

des juges de paix magistrats, at para. 31. They are fundamental to the rule of law and to democracy in Canada.

[30] The overarching principle of judicial independence applies to all courts, whether of civil or criminal jurisdiction and whether their judges are appointed by federal, provincial or territorial authorities: *Provincial Judges Reference*, at para. 106; *Ell*, at paras. 21-24; *Conférence des juges de paix magistrats*, at para. 32.

[31] The three core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence: *Provincial Judges Reference*, at para. 118. The characteristic at issue in this appeal — financial security — in turn has three components, “which all flow from the constitutional imperative that . . . the relationship between the judiciary and the other branches of government be depoliticized”: para. 131 (emphasis in original). First, absent a “dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances”, a government cannot change judicial remuneration parameters without first seeking the recommendations of an independent body, a “commission”: paras. 133 and 137. (Government can, depending on the context, mean the executive, legislature or legislative assembly.) Second, judges cannot engage in negotiations with the government over remuneration: para. 134. Finally, judicial remuneration cannot fall below the basic minimum level required for the office of a judge: para. 135.

[32] More specifically, this appeal concerns the first component of financial security: the convening of a judicial compensation commission to make recommendations concerning judicial remuneration. The commission charged with making such recommendations must be independent, effective and objective: *Provincial Judges Reference*, at para. 133.

857, par. 21-23; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 31. Ce sont des éléments fondamentaux de la primauté du droit et de la démocratie au Canada.

[30] Le principe primordial de l'indépendance de la magistrature s'applique à tous les tribunaux judiciaires, qu'ils soient de juridiction civile ou pénale, et que les juges qui les président soient nommés par des autorités fédérales, provinciales ou territoriales : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 106; *Ell*, par. 21-24; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 32.

[31] Les trois caractéristiques centrales de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 118. Celle que met en jeu le présent pourvoi — la sécurité financière — comporte à son tour trois éléments, « qui découlent tous de l'impératif constitutionnel qui veut que [. . .] les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés » : par. 131 (soulignement dans l'original). Premièrement, sauf en cas de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires », un gouvernement ne peut pas modifier les paramètres de la rémunération des juges sans s'être d'abord enquis des recommandations d'un organisme indépendant, une « commission » : par. 133 et 137. (Le terme « gouvernement » peut, selon le contexte, s'entendre de l'exécutif, de la législature ou de l'Assemblée législative.) Deuxièmement, les juges ne peuvent pas entreprendre de négociations avec le gouvernement concernant leur rémunération : par. 134. Troisièmement, la rémunération des juges ne peut se situer en deçà du minimum requis par la charge de juge : par. 135.

[32] Plus précisément, le présent pourvoi porte sur le premier élément de la sécurité financière : la convocation d'une commission d'examen de la rémunération des juges qui est chargée de formuler des recommandations au sujet de cette rémunération. La commission ainsi mandatée doit être à la fois indépendante, efficace et objective : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 133.

[33] The effectiveness requirement means that the commission must be regularly convened, that no changes can be made to remuneration until the commission submits its report and that “the reports of the commission must have a meaningful effect on the determination of judicial salaries”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 174-75 and 179; see also *Bodner*, at para. 29.

[34] To ensure that the commission’s recommendations have a meaningful effect, the government must formally respond to the commission’s report: *Provincial Judges Reference*, at para. 179; *Bodner*, at para. 22. Because of the executive and legislature’s shared constitutional responsibility to make decisions about the expenditure of public money,⁵ the commission’s recommendations are not binding (unless the legislature so provides). The government must, however, give specific reasons justifying any departure from the recommendations: *Provincial Judges Reference*, at para. 180; *Bodner*, at paras. 18 and 20-21; *Conférence des juges de paix magistrats*, at para. 35.

[35] To hold a government to its constitutional obligations in jurisdictions where a commission’s recommendations are not binding, the government’s response to the commission’s recommendations is subject to what this Court described in *Bodner* as a “limited form of judicial review”: paras. 29 and 42. The standard of justification to uphold the government’s response is that of “rationality”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 183-84; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 57; *Bodner*, at para. 29. Both the standard of justification and the test used to measure the government’s response against that standard are “deferential”: *Bodner*, at paras. 30, 40 and 43. Both the fact that the government remains ultimately responsible for setting judicial compensation and the fact that the nature of a *Bodner* review is

[33] Le critère de l’efficacité suppose que la commission soit convoquée régulièrement, qu’aucun changement ne soit apporté à la rémunération en cause avant qu’elle n’ait déposé son rapport et que « [s]es rapports [aient] un effet concret sur la détermination des traitements des juges » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 174-175 et 179; voir aussi *Bodner*, par. 29.

[34] De façon à garantir que les recommandations de la commission aient un effet concret, le gouvernement est tenu de répondre formellement au rapport où elles sont formulées : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 179; *Bodner*, par. 22. Étant donnée la responsabilité constitutionnelle que partagent l’exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics⁵, les recommandations de la commission n’ont pas force obligatoire (à moins d’indications en ce sens par la législature). Le gouvernement doit toutefois indiquer les motifs précis justifiant sa décision de s’écarter de quelque façon que ce soit des recommandations : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 18 et 20-21; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 35.

[35] Pour veiller à ce que le gouvernement respecte ses obligations constitutionnelles là où les recommandations d’une commission n’ont pas force obligatoire, sa réponse à ces recommandations est soumise à ce que notre Cour a décrit, dans *Bodner*, comme une « forme limitée de contrôle judiciaire » : par. 29 et 42. Pour être jugée valide, la réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la « rationalité » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 183-184; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 57; *Bodner*, par. 29. Cette norme de justification, tout comme l’analyse à effectuer pour évaluer la réponse du gouvernement à l’aune de celle-ci, commande la « retenue » : *Bodner*, par. 30, 40 et 43. Tant le fait que le gouvernement reste ultimement responsable de fixer

⁵ See *Constitution Act, 1867*, ss. 54, 90 to 92, 100 to 102, 106 and 126.

⁵ Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 54, 90 à 92, 100 à 102, 106 et 126.

limited serve to balance the constitutional interests at stake.

[36] Building on the approach established by the *Provincial Judges Reference*, in *Bodner*, at para. 31, this Court set out a three-part test for determining whether a government's decision to depart from a commission's recommendation meets the rationality standard:

- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations?
- (2) Do the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation? and
- (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission — preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration — been achieved?

[37] Under the first two parts of the test, the focus is on the reasons given by government for departing from the commission's recommendations: *Bodner*, at paras. 32-33 and 36. The government "must respond to the [commission's] recommendations" by "giv[ing] legitimate reasons for departing from or varying them": paras. 23-24. The reasons must "show that the commission's recommendations have been taken into account and must be based on [a reasonable factual foundation] and sound reasoning": paras. 25-26. The reasons must also "articulat[e] the grounds for rejection or variation", "reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately", "preclude any suggestion of attempting to manipulate the judiciary" and "reflect the underlying public interest in having a commission process, being the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence": para. 25.

la rémunération des membres de la magistrature que le fait qu'un contrôle de type *Bodner* est limité servent à mettre en balance les intérêts constitutionnels en jeu.

[36] Prenant comme point de départ l'approche établie par le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, la Cour, au par. 31 de l'arrêt *Bodner*, a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à la norme de la rationalité :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission?
- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
- (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépoliticiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints?

[37] Les deux premières étapes de l'analyse portent sur les motifs invoqués par un gouvernement pour justifier de s'être écarté des recommandations d'une commission : *Bodner*, par. 32-33 et 36. La réponse du gouvernement doit « porter sur les recommandations [de la commission] » et « justifier par des motifs légitimes sa décision de les modifier ou de ne pas les suivre » : par. 23-24. Les motifs doivent « révéler que les recommandations ont été prises en compte [en plus de s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable] et un raisonnement solide » : par. 25-26. Les motifs doivent en outre « indiquer les raisons du rejet ou de la modification » et « démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent », tout en ne « donn[ant pas] à penser qu'on cherche à manipuler la magistrature ». Enfin, les motifs doivent « refléter l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours à une commission, mécanisme qui garantit la dépolitisation de l'examen de la rémunération et permet de préserver l'indépendance de la magistrature » : par. 25.

[38] The third part of the *Bodner* test looks to whether the government has respected the commission process and, more broadly, whether the purposes of that process have been achieved: paras. 30-31, 38 and 43. This new part of the test was added by this Court in an effort to achieve the “unfulfilled” hopes this Court had in the *Provincial Judges Reference* of depoliticizing the process of setting judicial remuneration and thereby preserving judicial independence: paras. 10-12 and 31. The third step in the *Bodner* test requires the court to take a global perspective and ask whether the government demonstrated respect for the judicial office by engaging meaningfully with the commission process: see paras. 25, 31 and 38.

[39] However, this addition in *Bodner* was not intended to transform the analysis into a probing review of the process through which the government developed its response, whether it took place within the executive, the legislature or both. As a result, I cannot agree with the Provincial Court Judges' Association that references to the “totality” or “whole of the process” in *Bodner*, at para. 38, were meant to expand the scope of review such that the Cabinet decision-making process must necessarily be scrutinized in every case.

[40] There is no doubt that the *Provincial Judges Reference* and *Bodner* require that the reviewing court focus on the government's response. In *Bodner* itself, this Court looked at the Alberta, New Brunswick and Ontario governments' responses to commission recommendations to determine whether the third part of the *Bodner* test had been met: paras. 83, 100 and 130-31. That said, the third part of the *Bodner* test is not necessarily limited to consideration of the government's public reasons.

[38] La troisième étape de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* vise à déterminer si le gouvernement a respecté le mécanisme d'examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints : par. 30-31, 38 et 43. La Cour a ajouté cette étape à l'analyse afin de satisfaire à ses espoirs exprimés dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* qui « ne [s'étaient] pas réalisés ». Ceux-ci consistaient à dépolitiser le processus de fixation de la rémunération des membres de la magistrature et à ainsi préserver l'indépendance judiciaire : par. 10-12 et 31. La troisième étape en question exige que le tribunal examine la question dans son ensemble et se demande si le gouvernement en cause a fait preuve de respect envers les fonctions judiciaires en participant sérieusement au mécanisme d'examen par une commission : voir les par. 25, 31 et 38.

[39] Toutefois, cet ajout dans l'arrêt *Bodner* n'était pas censé transformer l'analyse en un examen poussé de la démarche par laquelle le gouvernement a élaboré sa réponse, que cette démarche se soit déroulée au sein de l'exécutif, de la législature ou des deux. Par conséquent, je ne saurais souscrire à l'opinion de l'Association selon laquelle les termes « ensemble » ou « dans son ensemble », qui figurent au par. 38 de l'arrêt *Bodner*, avaient pour but d'étendre la portée du contrôle judiciaire au point où le processus décisionnel du Cabinet doit être systématiquement analysé en profondeur.

[40] Il n'y a aucun doute que le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* obligent le tribunal saisi du contrôle judiciaire à se concentrer sur la réponse du gouvernement. Dans l'arrêt *Bodner* lui-même, la Cour a examiné les réponses des gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario aux recommandations de commissions pour déterminer s'il avait été satisfait à la troisième étape de l'analyse qu'elle venait d'établir : par. 83, 100 et 130-131. Cela dit, cette étape ne se limite pas nécessairement à un examen des motifs invoqués publiquement par le gouvernement.

[41] Moreover, this does not mean that the government can hide behind reasons that conceal an improper or colourable purpose. The *Provincial Judges Reference* and *Bodner* cannot be interpreted to mean that as long as the government's public reasons are facially legitimate and appear grounded in a reasonable factual foundation, the government could provide reasons that were not given in good faith. Indeed, it is implicit in the third part of the *Bodner* test itself that, presented with evidence that the government's response is rooted in an improper or colourable purpose and has accordingly fallen short of the constitutional benchmark set in this Court's jurisprudence, the reviewing court cannot simply accept the government's formal response without further inquiry.

[42] This is nothing new. In *Beauregard*, at p. 77, this Court made clear that “[i]f there were any hint that a federal law dealing with [the fixing of salaries and pensions of superior court judges] was enacted for an improper or colourable purpose, or if there was discriminatory treatment of judges *vis-à-vis* other citizens, then serious issues relating to judicial independence would arise and the law might well be held to be *ultra vires* s. 100 of the *Constitution Act, 1867*” (emphasis added). This is true of all judges to whom the constitutional principle of judicial independence applies: see *Provincial Judges Reference*, at paras. 145 and 165.

[43] Considerations of legitimacy and respect for the process — and conversely, considerations of impropriety or colourability — permeate the entire *Bodner* analysis. Indeed, in *Bodner*, which concerned the remuneration of provincially-appointed judges, this Court considered whether the reasons given by the Alberta, New Brunswick, Ontario and Quebec governments were “based on purely political considerations”, “reveal political or discriminatory motivations” or “evidence any improper political

[41] De plus, cela ne signifie pas que le gouvernement peut se cacher derrière des motifs qui dissimulent un objectif illégitime ou déguisé (aussi parfois qualifié dans la jurisprudence de la Cour de « malhonnête ou spécieux »). Il faut se garder d'interpréter le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et l'arrêt *Bodner* comme s'ils signifiaient que, dans la mesure où les motifs invoqués publiquement par le gouvernement sont légitimes à première vue et semblent s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable, le gouvernement pourrait fournir des motifs de mauvaise foi. En effet, il ressort implicitement de la troisième étape même de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* que, saisi d'éléments de preuve démontrant que la réponse d'un gouvernement visait un objectif illégitime ou déguisé et ne satisfait donc pas aux exigences constitutionnelles établies par la jurisprudence de la Cour, le tribunal de révision ne peut se contenter d'accepter la réponse formelle du gouvernement sans pousser son examen plus loin.

[42] Rien de cela n'est nouveau. Dans l'arrêt *Beauregard*, p. 77, la Cour a énoncé clairement que « [s]’il y avait un indice qu’une loi fédérale traitant [de la fixation des salaires et du régime de retraite des juges des cours supérieures] avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d’une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l’indépendance judiciaire et la loi en question pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (je souligne). Cette conclusion s'applique à l'égard de tous les juges visés par le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 145 et 165.

[43] Des considérations relatives à la légitimité du mécanisme et au respect qui lui est dû — et inversement des considérations relatives au caractère illégitime ou déguisé du véritable objectif du gouvernement — imprègnent l'ensemble de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. En effet, dans ce dernier, qui portait sur la rémunération des juges nommés par les provinces, la Cour s'est demandé si les motifs donnés par les gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec

purpose or intent to manipulate or influence the judiciary”: paras. 66, 96 and 159; see also paras. 68 and 123.

[44] Reasons that reveal an improper or colourable purpose would fail the first step of the *Bodner* test which requires that a government articulate a legitimate reason for departing from a commission’s recommendations. Similarly, in reviewing whether a government had relied on a reasonable factual foundation, this Court acknowledged the possibility that the government might also rely on “affidavits containing evidence of good faith and commitment to the process, such as information relating to the government’s study of the impact of the commission’s recommendations”: *Bodner*, at para. 36. Finally, a government’s conduct and the adequacy of its response are also directly engaged in the third part of the *Bodner* test, which looks to whether the government has respected the commission process and, more broadly, whether the purposes of that process have been achieved.

[45] Thus, even if a government’s public reasons appear to satisfy the requirements of *Bodner*, the government’s response remains subject to challenge on the basis that it is grounded in an improper or colourable purpose.

[46] In *Bodner*, this Court underscored that “[t]he limited nature of judicial review [of the government’s response] dictates the choice of remedies. The remedies must be consistent with the role of the reviewing court and the purpose of the commission process”: para. 42. In my view, the limited nature of *Bodner* review, the role of the reviewing court and the purpose of the process also have implications for the evidence considered by the reviewing court.

étaient « dictés par des considérations purement politiques », « révé[ai]ent qu’ils [étaient] dictés par des considérations politiques ou discriminatoires » ou « dénot[ai]ent l’existence d’un objectif politique illégitime [ou d’]une intention de manipuler ou d’influencer la magistrature » : par. 66, 96 et 159; voir aussi par. 68 et 123.

[44] Des motifs qui révèlent un objectif illégitime ou déguisé échoueraient à la première étape de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner* qui exige que le gouvernement fournisse un motif légitime pour s’écarter des recommandations d’une commission. De même, lorsqu’elle a examiné si un gouvernement s’était appuyé sur un fondement factuel raisonnable, la Cour a reconnu la possibilité qu’il se soit peut-être appuyé sur des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l’engagement à l’égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l’étude gouvernementale de l’impact des recommandations de la commission » : *Bodner*, par. 36. Enfin, la conduite du gouvernement et l’à-propos de sa réponse sont également directement en cause à la troisième étape de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner*, qui porte sur la question de savoir si le gouvernement a fait preuve de respect envers le mécanisme d’examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[45] Ainsi, même si les motifs invoqués publiquement par le gouvernement semblent satisfaire aux exigences définies dans l’arrêt *Bodner*, sa réponse peut tout de même être contestée sur le fondement qu’elle s’appuie sur un objectif illégitime ou déguisé.

[46] Dans l’arrêt *Bodner*, la Cour a souligné que « [l]es limites du contrôle judiciaire [de la réponse du gouvernement] dictent le choix des réparations. Celles-ci doivent rester conciliables avec le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire et avec l’objectif du recours à une commission » : par. 42. À mon avis, la nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l’objet du mécanisme ont également une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision.

B. *Evidence on Bodner Review*

[47] The limited nature of *Bodner* review implies that the record for this type of review is narrower than it would be on ordinary judicial review. It also means that relevance must be assessed in relation to the specific issues that are the focus of the court's inquiry on *Bodner* review: the legitimacy of the reasons given by government, the reasonableness of the factual foundation relied on by government, and the respect for the commission process by government such that the objectives of the process have been achieved. Further, since *Bodner* review tends to oppose two branches of the state, special considerations arise where the party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document. As I detail below, those considerations require that the party seeking production establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in this Court's jurisprudence, including *Bodner*. Only then will the reviewing court examine the document to determine whether it should be produced.

(1) Scope of the Record on *Bodner* Review

[48] Like the Court of Appeal, the Provincial Court Judges' Association invokes the rule that the record on judicial review generally includes any evidence that was before the decision-maker, subject to limited exceptions that either add to or subtract from the record. According to the Provincial Court Judges' Association, since the submission was put before Cabinet and since Cabinet approved the resolution introduced by the Attorney General and ultimately passed by the Legislative Assembly, the Cabinet submission was part of the evidence before the decision-maker and is thus relevant to the judicial review. The

B. *La preuve dans le cadre d'un contrôle de type Bodner*

[47] La portée limitée d'un contrôle de type *Bodner* suppose que le dossier constitué aux fins de cette procédure soit plus restreint qu'il ne le serait dans le cas d'un contrôle judiciaire habituel. Elle suppose également qu'il faut évaluer la pertinence de chaque élément du dossier au regard des questions précises au cœur de l'analyse du tribunal saisi d'une demande de contrôle de ce type, à savoir : la légitimité des motifs avancés par le gouvernement, le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé et son respect du mécanisme d'examen par une commission de manière à assurer l'atteinte des objectifs du recours à une commission. De plus, dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* tend à opposer deux des branches de l'État, des considérations particulières entrent en jeu lorsque la partie qui sollicite un tel contrôle demande la production d'un document confidentiel du Cabinet. Comme je l'exposerai plus en détail ci-après, ces considérations obligent la partie qui demande la production d'un tel document d'établir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans la jurisprudence de la Cour et notamment dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document pour décider s'il devrait être produit.

(1) Portée du dossier dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*

[48] À l'instar de la Cour d'appel, l'Association invoque la règle voulant que le dossier relatif au contrôle judiciaire soit normalement constitué de tout élément de preuve dont disposait le décideur, sous réserve de quelques exceptions restreintes susceptibles d'ajouter ou de retrancher certains éléments du dossier. Selon l'Association, dans la mesure où le mémoire a été déposé auprès du Cabinet et où celui-ci a appuyé la résolution d'abord présentée par le procureur général, puis adoptée par l'Assemblée législative, ce mémoire faisait partie de la preuve portée à la connaissance du décideur, si bien

Provincial Court Judges' Association argues that the submission must therefore be included in the record on judicial review.

[49] The Attorney General argues that the decision-maker was the Legislative Assembly, not Cabinet, so the Cabinet submission was not before the decision-maker and therefore should not be included in the record. More fundamentally, the Attorney General rejects the suggestion that the administrative law notion of the record on judicial review applies in this context.

[50] With respect to the identification of the formal decision-maker, neither the *Provincial Judges Reference* nor *Bodner* prescribes that a particular institution must make the decision to respond to a commission's recommendations. In some cases, it may be clear that only a single institution is involved, but in a jurisdiction like British Columbia where both the executive and Legislative Assembly play a substantive role, it would be artificial to focus solely on the Legislative Assembly's part and ignore the executive's involvement. Indeed, in this case the executive's proposed reasons for departing from the commission's recommendations were incorporated by reference into the resolution passed by the Legislative Assembly.

[51] More importantly, in my view, the *Provincial Judges Reference* and *Bodner* describe a unique form of review distinct from judicial review in the ordinary administrative law sense. In contrast to judicial review, *Bodner* review is available even when the decision-maker is the legislature (or any part of the legislature): see *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. Further, the grounds for a *Bodner* review are narrower than those for a usual judicial review. The *Bodner* grounds centre on the legitimacy and sufficiency of a government's reasons for departing from a commission's recommendations, whether the

qu'il est pertinent aux fins du contrôle judiciaire. L'Association soutient que le mémoire doit donc faire partie du dossier constitué en vue du contrôle judiciaire.

[49] Le procureur général soutient que c'est l'Assemblée législative qui a été le décideur en l'espèce, et non le Cabinet, si bien que le mémoire à ce dernier n'était pas devant le décideur et ne devrait donc pas faire partie du dossier. De manière plus fondamentale, le procureur général rejette l'argument selon lequel la notion du dossier à présenter en contrôle judiciaire, une notion de droit administratif, s'applique dans le présent contexte.

[50] Pour ce qui est de savoir qui, officiellement, a agi comme décideur en l'espèce, ni le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* ni l'arrêt *Bodner* ne prévoient qu'il incombe à un organe plutôt qu'à un autre de décider de la réponse à donner aux recommandations d'une commission. Dans certains cas, il peut être évident qu'un seul décideur est intervenu. Cependant, dans un contexte comme celui de la Colombie-Britannique, où l'exécutif aussi bien que l'Assemblée législative jouent un rôle majeur, il serait artificiel de se concentrer uniquement sur la participation de cette dernière en faisant abstraction de celle de l'exécutif. D'ailleurs, en l'espèce, la justification qu'avait proposée celui-ci pour s'écarter des recommandations de la commission fut entérinée au moyen d'un renvoi dans une résolution adoptée par l'Assemblée législative.

[51] Plus important encore, à mon sens, le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* définissent une forme unique de contrôle, qui se distingue du contrôle judiciaire au sens où on l'entend normalement en droit administratif. Contrairement au contrôle judiciaire habituel, celui de type *Bodner* peut être mené même lorsque le décideur est la législature (ou un de ses éléments) : voir le *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. En outre, les motifs donnant ouverture à un contrôle de type *Bodner* sont plus limités que ceux qui peuvent donner ouverture à un contrôle judiciaire habituel.

government has respected the commission process more generally and whether the objectives of the process have been achieved.

[52] In the usual context of judicial review, the record generally consists of the evidence that was before the decision-maker: see *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301, at para. 42; *Sobeys West Inc. v. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243, at para. 52. However, the rule that the record generally consists of the evidence that was before the decision-maker cannot be automatically transposed into the limited context of *Bodner* review.

[53] The record on *Bodner* review necessarily includes any submissions made to the commission by the government, judges and others; the commission's report, including its recommendations; and the government's response to the recommendations, which, as the *Provincial Judges Reference* recognized, at para. 180, may take different forms depending on which institution is charged with responding.

[54] As *Bodner* itself acknowledged, the record may also include certain forms of additional evidence put in by the government: paras. 27 and 36. The government may be permitted to “provid[e] details [concerning the factual foundation of its response], in the form of affidavits, relating to economic and actuarial data and calculations” and “affidavits containing evidence of good faith and commitment to the process, such as information relating to the government's study of the impact of the commission's recommendations”: para. 36; see also paras. 63-64 and 103. But the government cannot use the additional evidence to “advance reasons other than those mentioned in its response” or to cure defects

Ainsi, dans le premier cas, les motifs sont axés sur la légitimité et sur la question du caractère suffisant des raisons invoquées par un gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations d'une commission, de même que sur la question de savoir si le gouvernement a plus généralement respecté le mécanisme d'examen par une commission et si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[52] Habituellement, en contexte de contrôle judiciaire, le dossier est constitué des éléments de preuve dont disposait le décideur : voir *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301, par. 42; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243, par. 52. Cette règle ne saurait toutefois être automatiquement transposée au contexte limité d'un contrôle de type *Bodner*.

[53] Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement les éléments suivants : toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations qui, comme la Cour l'a reconnu au par. 180 du *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, peut prendre différentes formes selon l'organe qui est chargé de répondre.

[54] Ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Bodner* lui-même, le dossier peut également inclure certaines formes d'éléments de preuve additionnels présentés par le gouvernement : par. 27 et 36. En effet, afin de préciser davantage le fondement factuel de sa réponse, le gouvernement peut être autorisé à « fourni[r], sous forme d'affidavits, des détails sur des données et calculs économiques et actuariels » ainsi que des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l'engagement à l'égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l'étude gouvernementale de l'impact des recommandations de la commission » : par. 36; voir aussi par. 63-64 et 103. Cependant, le gouvernement ne peut pas se

in the factual foundation it relied on in its response: paras. 27 and 36.

[55] Although the point was not made explicitly in *Bodner*, the party seeking *Bodner* review, which will usually be the judges whose remuneration is at stake, can also put in certain forms of additional evidence relevant to the issues the reviewing court must decide. The party seeking review can, for example, seek to introduce evidence to counter relevant evidence put in by a government. It may put in evidence aimed at calling into question the reasonableness of the factual foundation relied on by the government, the government's lack of meaningful engagement with or respect for the commission process or whether the government's response was grounded in an improper or colourable purpose. To those ends, the party seeking review can ask that the government produce evidence in its possession. For the government's part, provided it respects the rule against supplementing its reasons and bolstering their factual foundation, it can respond with additional evidence of its own to refute the allegations made by the party seeking review.

(2) Relevance of Evidence to a *Bodner* Review

[56] The Attorney General contends that the British Columbia courts were wrong to conclude that the Cabinet submission is relevant to the *Bodner* review sought by the Provincial Court Judges' Association. The attorneys general of Canada and of several provinces intervened to make similar submissions.

[57] Evidence is relevant when it has “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more

servir d'éléments de preuve additionnels pour « invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa réponse » ou pour corriger d'éventuelles déficiences dans le fondement factuel sur lequel il l'a fait reposer : par. 27 et 36.

[55] Même si ce point n'a pas été soulevé expressément dans l'arrêt *Bodner*, la partie qui sollicite un contrôle du type qui y est décrit — c'est-à-dire généralement les juges dont la rémunération est en jeu — peut également soumettre certains éléments de preuve additionnels pertinents quant aux questions dont doit décider le tribunal saisi du contrôle. La partie qui sollicite un contrôle peut, par exemple, chercher à présenter des éléments de preuve pour contrer une preuve pertinente présentée par le gouvernement. Elle peut présenter des éléments qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, elle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Le gouvernement, pour sa part, à condition qu'il respecte la règle interdisant qu'il étoffe ses motifs ou leur fondement factuel, peut répondre au moyen d'éléments de preuve additionnels pour réfuter les allégations formulées par la partie qui sollicite le contrôle.

(2) Pertinence de la preuve aux fins d'un contrôle de type *Bodner*

[56] Le procureur général soutient que les tribunaux de la province ont eu tort de conclure que le mémoire au Cabinet est pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner* recherché par l'Association. Les procureurs généraux du Canada et de plusieurs provinces sont intervenus pour présenter des arguments semblables.

[57] La preuve est pertinente [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse

likely than that proposition would be in the absence of that evidence”: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 36, quoting D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31. Put another way, [TRANSLATION] “a fact is relevant, in particular, if it is a fact in issue, if it contributes to rationally proving a fact in issue or if its purpose is to help the court assess the probative value of testimony”: J.-C. Royer and C. Piché, *La preuve civile* (5th ed. 2016), at para. 215.

[58] Evidence is thus relevant to a proceeding when it relates to a fact that is in issue in the proceeding. The pleadings, which must be read generously and in light of the governing law, define what is in issue: see *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 41.

[59] Generally, what is in issue in a *Bodner* review is whether a government failed to meet its constitutional obligations flowing from the principle of judicial independence in its response to a commission’s recommendations. The relevance of any proposed additional evidence must therefore be tested in relation to the issues that the court must determine on *Bodner* review.

[60] To be relevant, the proposed evidence must contain something that tends to establish a fact concerning one of the steps of the test established in *Bodner*. For instance, if the party seeking *Bodner* review contests the reasonableness of the factual foundation relied on by a government, the proposed evidence must either tend to support or undermine the reasonableness of that foundation. Likewise, if the party seeking *Bodner* review alleges disrespect for the commission process or that the government’s response is grounded in an improper or colourable purpose, the proposed evidence must either tend to establish the legitimacy of the government’s response or its illegitimacy. Finally, if the government introduces evidence of its good faith and commitment to the process, the applicant’s proposed evidence may be tendered to undermine that evidence: see, e.g., *Provincial Court Judges’ Assn. of British Columbia*

qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraît sans elle » : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 31. Autrement dit, « un fait est notamment pertinent s’il s’agit d’un fait en litige, s’il contribue à prouver d’une façon rationnelle un fait en litige ou s’il a pour but d’aider le tribunal à apprécier la force probante d’un témoignage » : J.-C. Royer et C. Piché, *La preuve civile* (5^e éd. 2016), par. 215.

[58] Ainsi, c’est lorsqu’elle se rapporte à un fait en litige dans une instance que la preuve est pertinente au débat. Les actes de procédure, qui doivent être lus de manière libérale et à la lumière du droit applicable, définissent ce qui est en litige : voir *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41.

[59] En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d’une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l’indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi du dossier.

[60] Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à démontrer un fait qui est en lien avec une des étapes de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner*. Par exemple, si la partie qui sollicite le contrôle conteste le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel un gouvernement s’est appuyé pour formuler sa réponse, les éléments de preuve proposés doivent tendre soit à confirmer soit à mettre en doute le caractère raisonnable de ce fondement. De la même façon, si la partie qui demande un contrôle de type *Bodner* allègue que le mécanisme d’examen par la commission n’a pas été respecté ou que la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé, les éléments de preuve proposés doivent tendre à établir la légitimité de la réponse du gouvernement ou, au contraire, son illégitimité. Finalement, si le gouvernement présente des éléments

v. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130.

[61] However, as I will explain, the requirement of relevance alone — even as it pertains to the limited set of issues properly considered on a *Bodner* review — fails to adequately protect the competing constitutional imperatives that arise when a party seeking *Bodner* review requests production of a confidential Cabinet document.

(3) Confidential Cabinet Documents in the *Bodner* Context

[62] Since a *Bodner* review often concerns decisions in which Cabinet plays a part, a party seeking review may request the production of a confidential Cabinet document as additional evidence to show that the government's response does not meet the applicable constitutional requirements. Although the normal course would be for the judge to consider a description of the proposed evidence or examine it to determine whether it is relevant to the *Bodner* review, special considerations arise when the party seeking *Bodner* review asks the government to produce a document related to Cabinet deliberation and decision making.

[63] Unlike an action or an application for judicial review brought against the government by a private party, a *Bodner* review usually opposes two different branches of the state — the judiciary and the executive — as parties in the application. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 7, Lamer C.J. underscored that while litigation is always “a very serious business”, “it is even more serious [where it ensues] between two primary organs of our constitutional system — the executive and the judiciary — which both serve important and interdependent roles in the administration of justice”. Such litigation may prove

prouvant sa bonne foi et son engagement à l'égard du processus, le demandeur peut présenter en retour des éléments de preuve pour miner cette preuve : voir, p. ex., *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130.

[61] Toutefois, comme je l'expliquerai, l'exigence de la pertinence à elle seule — même lorsque la preuve a trait à l'ensemble limité de questions qu'il y a lieu d'examiner dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner* — ne protège pas adéquatement les impératifs constitutionnels opposés qui entrent en jeu lorsqu'une partie sollicitant le contrôle demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

(3) Documents confidentiels du Cabinet dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*

[62] Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet à titre d'élément de preuve additionnel pour démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles applicables. S'il est vrai que, normalement, le juge prend en considération une description des éléments de preuve proposés ou en examine le contenu pour déterminer s'ils sont pertinents aux fins du contrôle de type *Bodner*, des considérations particulières entrent en jeu lorsqu'il est question de la production par le gouvernement d'un document se rapportant aux délibérations et au processus décisionnel du Cabinet.

[63] Contrairement à une action ou à une demande de contrôle judiciaire présentée contre le gouvernement par une partie privée, un contrôle de type *Bodner* oppose généralement deux branches différentes de l'État — le judiciaire et l'exécutif — comme parties à l'instance. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 7, le juge en chef Lamer a souligné que, s'il est vrai qu'un litige est toujours « une démarche très sérieuse », elle « est d'autant plus sérieuse du fait que les litiges opposent deux organes fondamentaux de notre régime constitutionnel — l'exécutif et le judiciaire — qui jouent

necessary to hold the government to its constitutional obligations in jurisdictions where the commission's recommendations have not been made binding. *Bodner* review is the mechanism for ensuring that the government respects the commission process and for safeguarding the public confidence in the administration of justice that process serves to protect.

[64] But as this Court warned in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 89, 97-98, 103 and 109, the outcome of an action brought by one branch of the state against another can effectively alter the separation of powers. Such proceedings call for special prudence to keep courts from overstepping the bounds of the judicial role.

[65] Canadian constitutional law has long recognized that sovereign power in this country is divided not only between Parliament and the provincial legislatures, but also among the executive, legislative and judicial branches of the state: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 33. Although there are limited areas of overlap, the branches play fundamentally distinct roles and have accordingly developed different core competencies: *Provincial Judges Reference*, at para. 139; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 29.

[66] As this Court underscored in *Criminal Lawyers' Association*, at para. 29, "each branch will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others". Several doctrines work

tous deux des rôles importants et interdépendants en matière d'administration de la justice ». De tels litiges peuvent s'avérer nécessaires pour obliger le gouvernement à respecter ses obligations constitutionnelles dans les juridictions où les recommandations d'une commission n'ont pas force obligatoire. Le contrôle de type *Bodner* est le mécanisme qui vise à garantir que les gouvernements respectent le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger.

[64] Cela dit, dans l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 89, 97-98, 103 et 109, la Cour a déjà formulé une mise en garde toujours pertinente au sujet du fait que l'issue d'une action intentée par une branche de l'État contre une autre peut avoir pour effet concret d'altérer la séparation des pouvoirs. Des procédures de cette nature commandent une prudence toute particulière, car il faut veiller à ce que les tribunaux n'outrepassent pas leur fonction judiciaire.

[65] Le droit constitutionnel canadien reconnaît depuis longtemps que le pouvoir souverain, en ce pays, se divise non seulement entre le Parlement et les législatures, mais aussi entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33. Malgré l'existence de chevauchements limités dans certaines matières, les trois branches de l'État remplissent des fonctions fondamentalement différentes et ont acquis, en conséquence, des compétences essentielles distinctes : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 139; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29.

[66] Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association*, par. 29, « un pouvoir ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui ». Plusieurs doctrines jouent de manière

to prevent undue interference, including the secrecy afforded judicial deliberations (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796), and the recognition of the privileges, powers and immunities enjoyed by the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies: *Constitution Act, 1867*, preamble and s. 18; *New Brunswick Broadcasting Co.; Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687. These doctrines are a corollary to the separation of powers because they help to protect each branch's ability to perform its constitutionally-assigned functions.

[67] The executive, too, benefits from a degree of protection against undue interference. Deliberations among ministers of the Crown are protected by the constitutional convention of Cabinet confidentiality. Constitutional conventions do not have direct legal effect: *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 880-83; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98. However, as I will explain in greater detail, the common law respects the confidentiality convention and affords the executive public interest immunity over deliberations among ministers of the Crown: see *Carey*; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paras. 18-19 and 60.

[68] Where the executive plays a role in formulating a government's response to a judicial compensation commission's recommendations, Cabinet will generally determine the position taken by the executive. Ministers' deliberations concerning their appreciation of the recommendations and how the government should respond will usually be protected by Cabinet confidentiality.

[69] A document reflecting on Cabinet deliberations concerning a government's response may well

à empêcher les ingérences indues, notamment celle assurant le caractère secret des délibérations judiciaires (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796), ainsi que celles relatives à la reconnaissance des privilèges, pouvoirs et immunités dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives : *Loi constitutionnelle de 1867*, préambule et art. 18; *New Brunswick Broadcasting Co.; Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687. Ces doctrines sont un corollaire à la séparation des pouvoirs parce qu'elles contribuent à protéger la capacité de chaque branche de s'acquitter des fonctions qui lui sont attribuées par la Constitution.

[67] Le pouvoir exécutif bénéficie lui aussi d'un certain degré de protection contre les ingérences indues. Les délibérations entre ministres sont ainsi protégées par la convention constitutionnelle relative à la confidentialité des délibérations du Cabinet. Notons que les conventions constitutionnelles n'ont pas d'effet juridique direct : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 880-883; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98. Toutefois, comme je l'expliquerai plus amplement, la common law respecte cette convention relative à la confidentialité et offre à l'exécutif une immunité d'intérêt public à l'égard des délibérations entre ministres : voir *Carey*; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 18-19 et 60.

[68] Lorsque l'exécutif joue un rôle dans la formulation de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges, le Cabinet détermine généralement la position qu'adopte l'exécutif. Les discussions entre ministres au sujet de la façon dont ils perçoivent les recommandations et de la réponse que le gouvernement devrait y donner sont normalement protégées par la confidentialité des délibérations du Cabinet.

[69] Il se peut très bien qu'un document qui rend compte des délibérations du Cabinet à propos de

be relevant, even if only to negate the claim that the government failed to meet its constitutional obligations. If the government sought to have the document admitted in support of an affidavit speaking to its good faith and its commitment to the process of the sort described in *Bodner*, at para. 36, the document would undoubtedly be considered relevant. It is difficult, then, to see why the same should not also be true where the party seeking *Bodner* review looks to have the document admitted to challenge the government's claims of good faith and commitment to the process or to raise the question whether the government acted for legitimate reasons or with an improper or colourable purpose.

[70] Thus, if relevance were the sole consideration, confidential Cabinet documents would routinely be part of the record in every *Bodner* review. For example, the Cabinet document would either tend to lend credence to the contention that a government's response failed to meet its constitutional requirements — or tend to refute that contention. In my view, something more than relevance is needed to strike the appropriate balance between respecting Cabinet confidentiality and maintaining the overall integrity of *Bodner* review.

[71] As I have said, *Bodner* review generally opposes two branches of the state: the members of the judiciary challenging the government's response and the attorney general defending it. Where the response is the product of the legislature or a collaboration between the executive and legislature, the interests of the three branches may, whether directly or indirectly, be at stake. Yet, given our constitutional structure, a member of the judiciary will also necessarily be charged with hearing and determining the application for *Bodner* review: see *Provincial Judges Reference*, at para. 180; *Bodner*, at para. 29. Owing to the doctrine of necessity, this is so even if the judge charged with hearing the application is directly affected by the commission's recommendations and the government's response: see *Reference*

la réponse d'un gouvernement soit pertinent, ne serait-ce que pour réfuter l'allégation que celui-ci a manqué à ses obligations constitutionnelles. Si le gouvernement cherchait à faire admettre le document à l'appui d'un affidavit tendant à établir sa bonne foi et son engagement à l'égard du mécanisme du genre décrit au par. 36 de l'arrêt *Bodner*, le document serait sans aucun doute jugé pertinent. Par conséquent, il est difficile de concevoir comment il n'en irait pas de même lorsqu'une partie qui sollicite le contrôle de type *Bodner* cherche à faire admettre le document pour contester les allégations de bonne foi et d'engagement à l'égard du mécanisme mises de l'avant par le gouvernement ou pour soulever la question de la légitimité des motifs de l'action du gouvernement ou celle du caractère illégitime ou déguisé de son but.

[70] En conséquence, si la pertinence était le seul critère déterminant, les documents confidentiels du Cabinet feraient systématiquement partie des dossiers de contrôles de type *Bodner*. Par exemple, le document du Cabinet pourrait soit tendre à étayer la prétention que la réponse d'un gouvernement n'a pas respecté les exigences constitutionnelles qui s'y appliquent, soit tendre à réfuter cette prétention. Selon moi, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*.

[71] Comme je l'ai évoqué précédemment, un contrôle de type *Bodner* met généralement en opposition deux branches de l'État : les membres de la magistrature contestent la réponse du gouvernement et le procureur général la défend. Lorsque la réponse émane de la législature ou d'une collaboration entre elle et l'exécutif, les intérêts des trois branches peuvent être en jeu, que ce soit directement ou indirectement. Or, compte tenu de la structure constitutionnelle de notre État, un membre de la magistrature sera également nécessairement appelé à entendre la demande de contrôle de type *Bodner* et à la trancher : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 29. Du fait de la doctrine de la nécessité, il en est ainsi même si le juge saisi de la demande est directement touché

re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 5.

[72] Routine judicial inspection of a confidential Cabinet document would reveal to a member of the judiciary the content of Cabinet deliberations. Although any inspection of a confidential Cabinet document undermines Cabinet confidentiality to some extent, judicial inspection of a document that concerns Cabinet deliberations about the judiciary would undermine it more significantly. That is especially so where the judge is directly affected by the response resulting from those deliberations. As with adjudication of the *Bodner* review itself, judicial inspection is appropriate in this context only where it is strictly necessary.

[73] In my view, these special considerations should be accommodated at two distinct stages.

[74] First, a threshold showing is required.

[75] Before the reviewing court can examine the document, the party seeking *Bodner* review must first establish that there is some basis to believe that the Cabinet document in question may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

[76] This threshold is met if the party seeking review can show that there is reason to believe that the Cabinet document may contain something that would undermine the validity of the government response. This requires the party seeking review to point to something in the record, including otherwise admissible evidence, that supports its view that the document may tend to show that the government response failed to meet one or more parts of the test established in *Bodner*.

par les recommandations de la commission et par la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 5.

[72] Une consultation systématique d'un document confidentiel du Cabinet par un juge révélerait à un membre de la magistrature la teneur des délibérations du Cabinet. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Cela est d'autant plus vrai lorsque le juge est directement touché par la réponse résultant de ces délibérations. Comme lorsqu'il est question de trancher un contrôle de type *Bodner* lui-même, la consultation du document par un juge est appropriée dans ce contexte, uniquement lorsqu'elle est strictement nécessaire.

[73] À mon avis, ces considérations particulières devraient être prises en compte à deux étapes différentes.

[74] En premier lieu, une démonstration préliminaire est nécessaire.

[75] Ainsi, avant que le juge saisi du contrôle de type *Bodner* puisse examiner le document, la partie qui le demande doit établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet en question peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[76] Cette démonstration préliminaire est faite si la partie qui sollicite le contrôle parvient à établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet peut contenir des renseignements susceptibles de miner la validité de la réponse du gouvernement. Cette exigence oblige la partie demandant le contrôle à faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

[77] Meeting this threshold does not require the party to have knowledge or information about the content of the Cabinet submission. Nor does it require that the party point to something in the record that explicitly refers to the Cabinet submission or its contents. It would be unfair to require the party to establish the contents of a confidential document: see, in the public interest immunity context, *Carey*, at p. 678.

[78] The party can, however, rely on additional evidence and the rest of the record, including submissions to the commission, to support its contention that the threshold is met. For instance, the party might point to statements made by ministers or others that suggest that the government's response may have been grounded in reasons other than those formally expressed, that the government may have relied on a flawed or incomplete factual foundation or that the government may have shown disrespect for the commission process. The party may also be able to rely on additional evidence introduced by the government that suggests that a document concerning Cabinet deliberations may disclose reliance on improper purpose. But it is not enough to simply say that the document was before the executive in its capacity as decision-maker or that it would provide additional background or context for the reviewing court.

[79] If the party seeking review makes the requisite showing — that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner* — the government must produce it for the court's examination.

[80] Second, the reviewing court must then examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet one of the parts of the test mandated in *Bodner*. In other words, the

[77] Pour satisfaire à cette exigence, la partie n'a pas à avoir connaissance de la teneur du mémoire au Cabinet ou à détenir des renseignements à son sujet. Elle n'a pas non plus à mettre en évidence un élément du dossier qui fait explicitement référence au mémoire en cause ou à son contenu. En effet, il serait injuste d'exiger que la partie fasse la preuve de la teneur d'un document confidentiel : voir, dans le contexte de l'immunité d'intérêt public, *Carey*, p. 678.

[78] En revanche, la partie peut se fonder sur des éléments de preuve additionnels et sur le reste du dossier — y compris les mémoires présentés à la commission — au soutien de sa prétention qu'il a été satisfait à l'exigence d'une démonstration préliminaire. À titre d'exemple, elle pourra s'appuyer sur des déclarations de ministres ou d'autres personnes qui donnent à penser que la réponse du gouvernement était possiblement fondée sur d'autres motifs que ceux exprimés officiellement, que le gouvernement s'est peut-être appuyé sur un fondement factuel déficient ou lacunaire, ou qu'il a pu faire preuve d'un manque de respect envers le mécanisme d'examen par une commission. La partie peut aussi être en mesure de s'appuyer sur d'autres éléments de preuve produits par le gouvernement qui suggèrent qu'un document portant sur les délibérations du Cabinet pourrait révéler que la réponse a été fondée sur un objectif illégitime. Il ne suffit toutefois pas d'affirmer que l'exécutif, à titre de décideur, disposait du document, ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

[79] Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d'un examen par le tribunal.

[80] En deuxième lieu, le tribunal de révision doit examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par

document must, taken with the record as a whole and in light of the applicant's theory of the case, be of assistance in challenging the legitimacy of the government's reasons, the reasonableness of the factual foundation it relied on, the respect the government has shown the commission process or whether the objectives of the process have been achieved. It may suggest that the government response was based upon an improper or colourable purpose. To be clear, the cogency of the evidence need not be considered at this stage of the analysis.

[81] Even if the document meets this test, production of the document remains subject to any other rule of evidence that bars its disclosure, such as solicitor-client privilege (which was raised in the courts below in the companion appeal) or public interest immunity (which was raised in this Court in both appeals).

[82] The Provincial Court Judges' Association submits that *Bodner* review is meaningless without the production of confidential Cabinet documents to illuminate the true reasons for the government's response, which may differ from its publicly-articulated reasons. The Provincial Court Judges' Association says that without an understanding of the actual basis on which the decision rests, the reviewing court will be unable to determine whether the government's response satisfies constitutional requirements.

[83] I do not agree that *Bodner* review is ineffective without any relevant Cabinet submission being included in the record. Though necessarily limited in scope, *Bodner* review is a robust form of review. The test requires that the government justify a *departure* from the commission's recommendations. The government must give legitimate and rational reasons for doing so and sound reasoning must be supported by a reasonable factual foundation. The government's response must demonstrate respect for the judicial office, for judicial independence, and for

l'arrêt *Bodner*. En d'autres termes, le document doit, considéré conjointement avec le dossier pris dans son ensemble et à la lumière de la théorie de la cause du demandeur, se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, le respect dont le gouvernement a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission ou l'atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme. Le document peut suggérer que la réponse du gouvernement se fondait sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, la valeur probante de l'élément de preuve en cause n'a pas à être prise en compte à cette étape de l'analyse.

[81] Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celles relatives au secret professionnel de l'avocat (qui a été soulevé devant les juridictions d'instances inférieures dans le pourvoi connexe) ou à l'immunité d'intérêt public (qui a été soulevée devant notre Cour dans les deux pourvois).

[82] L'Association plaide qu'un contrôle de type *Bodner* est dépourvu de signification en l'absence de documents confidentiels du Cabinet pour mettre en lumière les véritables motifs qui sous-tendent la réponse du gouvernement, et qui peuvent différer de ceux invoqués publiquement. Selon elle, à défaut d'un moyen de comprendre le véritable fondement sur lequel s'appuie la décision, le tribunal de révision ne sera pas en mesure de déterminer si la réponse du gouvernement satisfait aux exigences constitutionnelles.

[83] Je ne suis pas d'accord pour dire qu'un contrôle de type *Bodner* est inefficace si aucun mémoire au Cabinet pertinent ne figure dans le dossier. En effet, même si sa portée est nécessairement limitée, ce type de contrôle est rigoureux. L'analyse requiert que le gouvernement justifie de *s'écarter* des recommandations d'une commission. Le gouvernement est tenu d'invoquer à cette fin des motifs légitimes et rationnels qui doivent découler d'un raisonnement solide et doivent reposer sur un fondement factuel raisonnable. La réponse du gouvernement doit également

the commission process; as well, the broader objectives of the process must be achieved.

[84] Thus, the party seeking *Bodner* review may well be able to make a strong case for overturning a government's response based on the public reasons given by the government. The party seeking *Bodner* review may also rely on additional admissible evidence to make their case, such as statements made by ministers or others, including more general statements made outside the commission process, about judges or their remuneration, and historical patterns, including the government's responses to past commission recommendations. Those forms of evidence might well support the contention that the government relied on an illegitimate reason for departing from the commission's recommendations or that its response does not "reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately". They might also support the contention that the government did not show appropriate respect for the underlying public interest in judicial independence and in having an effective commission process.

[85] I underscore that it is never enough for the government to simply repeat the submissions it made to the commission: *Bodner*, at para. 23. That does not justify a departure from the commission's recommendations. Similarly, a government that consistently rejects a commission's recommendations will put in question whether it is respecting the commission process and, as a result, whether the process is achieving its objectives. Although across-the-board salary increases or reductions that affect judges have been found to meet the rationality standard, a government that does not take into account the distinctive nature of judicial office and treats judges simply as a class of civil servant will fail to engage with the principle of judicial independence: *Provincial Judges*

dénoter du respect envers les fonctions judiciaires, l'indépendance de la magistrature et le mécanisme d'examen par une commission, mais il faut en outre qu'il ait été satisfait aux objectifs plus larges du recours à ce mécanisme.

[84] Ainsi, la partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* peut fort bien disposer d'arguments solides en faveur de l'annulation de la réponse d'un gouvernement à partir des motifs que celui-ci a invoqués publiquement. La partie en question peut aussi s'appuyer sur des éléments de preuve additionnels admissibles pour établir le bien-fondé de sa prétention, par exemple les déclarations de ministres ou d'autres acteurs — notamment des propos d'ordre plus général tenus en dehors du mécanisme d'examen par la commission — au sujet des juges ou de leur rémunération, ou encore certains types de tendances historiques, y compris les réponses du gouvernement aux recommandations de commissions antérieures. De tels éléments de preuve peuvent fort bien étayer l'allégation voulant que la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission s'appuie sur des motifs illégitimes, ou que sa réponse ne « démontr[e pas] un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent ». Ces éléments peuvent également appuyer l'affirmation selon laquelle le gouvernement n'a pas fait montre du respect voulu envers l'intérêt du public sous-jacent relatif à l'indépendance judiciaire et à ce que le recours à une commission soit efficace.

[85] Je souligne qu'il ne suffit jamais que le gouvernement se borne à répéter les observations qu'il a présentées devant une commission : *Bodner*, par. 23. Cela ne saurait justifier qu'il se soit écarté des recommandations de cette dernière. De la même façon, un gouvernement qui rejette systématiquement les recommandations d'une commission soulève un doute quant à son respect envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, et, en conséquence, quant à l'atteinte des objectifs d'un tel recours. Même s'il a été jugé que des augmentations ou des réductions de salaire généralisées qui touchent les juges satisfont à la norme de la rationalité, un gouvernement qui ne tient pas compte du caractère distinctif de la charge judiciaire et qui traite la

Reference, at paras. 143, 157 and 184; *Bodner*, at para. 25. More rarely, the level of remuneration itself may call the government's response into question: see *Provincial Judges Reference*, at para. 135.

[86] A government response that does not *meaningfully* engage with the commission process and its recommendations risks failing the *Bodner* test. As *Bodner*, at para. 31, makes clear, the reviewing court must ultimately be satisfied that the objectives of the commission process — namely, depoliticizing decisions about judicial remuneration and preserving judicial independence — have been met.

[87] To summarize, the object of *Bodner* review is the government's response to the commission's recommendations, which will generally consist of the government's decision to depart from the commission's recommendations and the reasons given for that decision. The submissions to the commission, the commission's recommendations, and the government's response accordingly form the core of the record on *Bodner* review. Certain forms of additional evidence are admissible if they are relevant to determining whether any part of the *Bodner* test has been met, including whether the government's response is grounded in an improper or colourable purpose. However, where a party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document, the party must first establish there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*. Only then will the reviewing court examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet its constitutional obligations. If the document does provide such evidence, the court must then determine whether any

magistrature comme une simple catégorie de fonctionnaires perd de vue le principe de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 143, 157 et 184; *Bodner*, par. 25. Dans des cas plus rares, c'est le niveau de rémunération lui-même qui peut faire douter de la validité de la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 135.

[86] Au demeurant, une réponse d'un gouvernement qui ne démontre pas un engagement *sérieux* à l'égard du mécanisme d'examen par une commission et des recommandations de celle-ci risque de ne pas satisfaire aux exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner*. Comme l'affirme clairement cet arrêt, au par. 31, le tribunal de révision doit en définitive être convaincu que les objectifs du recours à une commission — c'est-à-dire la dépolitisation des décisions concernant la rémunération des juges et la préservation de l'indépendance judiciaire — ont été atteints.

[87] Bref, le contrôle de type *Bodner* concerne la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission — qui consistera généralement en une décision de ce gouvernement de s'écarter des recommandations en question — et les motifs invoqués pour justifier cette décision. Les mémoires présentés à la commission, les recommandations de cette dernière et la réponse du gouvernement constituent donc l'essence du dossier constitué en vue du contrôle de type *Bodner*. Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris pour savoir si la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il y a des raisons de croire que ce document contient des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit une

other rule of evidence, such as public interest immunity, bars its production.

(4) Application

[88] Since the Provincial Court Judges' Association seeks production of a confidential Cabinet submission, the first issue is whether it has made the requisite threshold showing.

[89] The Provincial Court Judges' Association points to prior litigation involving judicial remuneration in which the Attorney General produced a Cabinet submission concerning the government's response to a commission's recommendations: see *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*. The Supreme Court of British Columbia in that case found that the submission revealed an "inappropriate emphasis" on the need to maintain a link between judicial salaries and public sector salaries: para. 81. The Provincial Court Judges' Association argues that this history makes the Cabinet submission in the present case relevant to resolve the issue of whether the government engaged with and showed respect for the commission process.

[90] I am not persuaded. The case relied on by the Provincial Court Judges' Association was decided nearly a decade ago. It does not follow that because a Cabinet submission revealed that the government relied on an inappropriate consideration 10 years ago, it may have relied on a like consideration in the present case. Indeed, the government would be expected to learn from its past mistakes. Something more would be required for there to be reason to believe that the submission may contain evidence that would tend to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

preuve qui tend à démontrer que le gouvernement a failli à ses obligations constitutionnelles. Si c'est le cas, le tribunal doit alors décider si une autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt public, en empêche la production.

(4) Application

[88] En l'espèce, dans la mesure où l'Association demande la production d'un mémoire au Cabinet confidentiel, il faut décider en premier lieu si elle a fait la démonstration préliminaire requise.

[89] L'Association invoque un précédent ayant mis en cause la rémunération des juges, dans le cadre duquel le procureur général avait produit un mémoire au Cabinet qui traitait de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : voir *Provincial Court Judges' Association of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le mémoire en question révélait que l'on avait accordé une [TRADUCTION] « importance indue » à la nécessité d'assurer un lien entre les traitements des juges et ceux des employés du secteur public : par. 81. Selon ce qu'avance l'Association, il ressort de ce précédent que le mémoire au Cabinet, en l'espèce, est un élément pertinent pour résoudre la question de savoir si le gouvernement est engagé et a fait preuve de respect à l'égard du mécanisme d'examen par la commission.

[90] Je ne suis pas convaincue. La cause invoquée par l'Association a été jugée il y a presque une décennie. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'un mémoire au Cabinet a révélé que le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime il y a 10 ans, il pourrait aujourd'hui s'être fondé en l'espèce sur une considération de même nature. En effet, on peut s'attendre à ce que le gouvernement ait appris de ses erreurs passées. Il faut donc davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[91] Although it is not determinative, I note that neither the executive nor the Legislative Assembly put the Cabinet submission in issue. Neither the government's response nor the Legislative Assembly's resolution refers to the Cabinet submission. Nor, in contrast with the affidavit filed in a past round of litigation opposing the Attorney General and Provincial Court Judges' Association, is there any reference to the Cabinet submission in the affidavit filed in support of the Attorney General's response to the petition for review. Nor is there anything on the face of the record that indicates the Cabinet submission may contain some evidence which tends to show that the government failed to meet a constitutional requirement.

[92] In my view, the Provincial Court Judges' Association has failed to make the requisite showing. It has not provided any evidence or pointed to any circumstances that suggest that the Cabinet submission may indicate that the government did not meet the standard required by *Bodner*. It was therefore not necessary for the Attorney General to produce the document for examination by this Court.

[93] This would effectively dispose of this appeal.

[94] It is therefore unnecessary in this case to determine whether public interest immunity would otherwise apply so as to permit the Attorney General to refuse to produce the Cabinet submission. However, since the parties and interveners in both appeals have made extensive submissions about the law of public interest immunity, I will examine how public interest immunity applies to confidential Cabinet documents sought in a *Bodner* review and why, in my view, it is not necessary to revisit this Court's public interest immunity doctrine as it applies in this context.

C. *Public Interest Immunity*

[95] There is a strong public interest in maintaining the confidentiality of deliberations among ministers

[91] Bien que ce ne soit pas déterminant, je signale que ni l'exécutif ni l'Assemblée législative n'ont soulevé la question du mémoire au Cabinet. Et, à l'instar de la résolution de l'Assemblée législative, la réponse du gouvernement ne fait pas davantage mention de ce document. En outre, à la différence de l'affidavit produit dans le cadre d'une série de litiges antérieurs ayant opposé le procureur général et l'Association, celui présenté en l'espèce au soutien de la réponse du procureur général à la demande de contrôle judiciaire ne fait aucune référence au mémoire au Cabinet. Rien non plus à la face même du dossier n'indique que ce mémoire pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle.

[92] À mon avis, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise. Elle n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Il n'était donc pas nécessaire que le procureur général produise le document en vue de son examen par la Cour.

[93] Voilà qui serait suffisant pour trancher le présent pourvoi.

[94] Il est donc inutile, en l'espèce, de décider si l'immunité d'intérêt public s'appliquerait par ailleurs de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet. Toutefois, puisque les parties et les intervenants dans les deux pourvois connexes dont la Cour est saisie ont présenté des observations détaillées à propos du droit relatif à l'immunité d'intérêt public, j'examinerai de quelle façon celle-ci s'applique aux documents confidentiels du Cabinet visés dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, et pour quelles raisons, à mon avis, il n'est pas nécessaire de réexaminer la doctrine de l'immunité d'intérêt public telle qu'elle s'applique dans le contexte en question.

C. *Immunité d'intérêt public*

[95] Il est manifestement dans l'intérêt du public de maintenir la confidentialité des délibérations

of the Crown: *Carey*, at pp. 647 and 656-59; *Babcock*, at paras. 18-19. As a matter of constitutional convention, Cabinet deliberations are confidential: N. d’Ombain, “Cabinet secrecy” (2004), 47 *Canadian Public Administration* 332, at pp. 334-35. Federal ministers swear an oath as Privy Counsellors to “honestly and truly declare [their] mind and [their] opinion” and to “keep secret all matters . . . secretly treated of” in Cabinet: see C. Forcese and A. Freeman, *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy* (2nd ed. 2011), at p. 352. Provincial and territorial ministers swear a similar oath as executive counsellors.

[96] Ministers enjoy freedom to express their views in Cabinet deliberations, but are expected to publicly defend Cabinet’s decision, even where it differs from their views: see A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics* (2nd ed. 2014), at pp. 106-7; d’Ombain, at p. 335. The confidentiality of Cabinet deliberations helps ensure that they are candid and frank and that what are often difficult decisions and hard-won compromises can be reached without undue external interference: see Forcese and Freeman, at p. 352; d’Ombain, at p. 335. If Cabinet deliberations were made public, ministers could be criticized for publicly defending a policy inconsistent with their private views, which would risk distracting ministers and undermining public confidence in government.

[97] Grounded in constitutional convention as much as in practical considerations, this confidentiality applies whether those deliberations take place in formal meetings of the Queen’s Privy Council for Canada,⁶ or a province or territory’s Executive Council, or in meetings of Cabinet or of committees composed of ministers, such as Treasury Board. The confidentiality extends not only to records of

⁶ Although the Queen’s Privy Council for Canada established by s. 11 of the *Constitution Act, 1867*, includes members who are not ministers of the Crown, confidentiality also extends to its proceedings.

entre ministres : *Carey*, p. 647 et 656-659; *Babcock*, par. 18-19. Selon la convention constitutionnelle, les délibérations du Cabinet sont confidentielles : N. d’Ombain, « Cabinet secrecy » (2004), 47 *Administration publique du Canada* 332, p. 334-335. Les ministres fédéraux prêtent serment, comme conseillers privés, [TRADUCTION] « [d’]exprimer [. . .] honnêtement et en toute vérité, [leur] sentiment et [leur] opinion » et de « [tenir] secret [. . .] tout ce dont il sera traité secrètement » durant les réunions du Cabinet : voir C. Forcese et A. Freeman, *The Laws of Government : The Legal Foundations of Canadian Democracy* (2^e éd. 2011), p. 352. Les ministres des provinces et des territoires prêtent un serment semblable à titre de conseillers exécutifs.

[96] Les ministres jouissent de la liberté d’exprimer leurs opinions durant les délibérations du Cabinet, mais on s’attend à ce qu’ils défendent publiquement la décision du Cabinet, même si elle diffère de celles qu’ils auraient prises : voir A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions : The Marriage of Law & Politics* (2^e éd. 2014), p. 106-107; d’Ombain, p. 335. La confidentialité des délibérations du Cabinet aide à faire en sorte que les ministres s’expriment en toute transparence et franchise et qu’ils puissent parvenir sans ingérence externe indue à des décisions souvent difficiles et à des compromis durement acquis : voir Forcese et Freeman, p. 352; d’Ombain, p. 335. Si les délibérations du Cabinet étaient rendues publiques, des ministres pourraient être critiqués pour avoir défendu publiquement une politique incompatible avec leurs propres opinions, ce qui risquerait de distraire les ministres et de miner la confiance du public dans le gouvernement.

[97] Ancré dans une convention constitutionnelle autant que dans des considérations d’ordre pratique, ce principe de confidentialité s’applique, que les délibérations en question se déroulent dans le cadre de réunions officielles du Conseil privé de la Reine pour le Canada⁶ ou du Conseil exécutif d’une province ou d’un territoire, ou encore dans le contexte de réunions du Cabinet ou de comités formés de ministres,

⁶ Bien que le Conseil privé de la Reine pour le Canada, établi par l’art. 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprend des membres autres que les ministres, le principe de confidentialité s’applique également à ses délibérations.

Cabinet deliberations, but also to documents that reflect on the content of those deliberations: *Babcock*, at para. 18.

[98] The common law protects the confidentiality of Cabinet deliberations through the doctrine of public interest immunity: *Babcock*, at para. 60. Public interest immunity forms part of federal common law and the common law of each province and territory: see *Babcock*, at paras. 19, 23 and 26. As with any common law rule, Parliament or a legislature may limit or do away with public interest immunity, provided it clearly expresses its intention to do so: *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215, at p. 228; *Babcock*, at para. 20; see, more generally, *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 21.⁷

[99] In *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, and in *Carey*, this Court rejected absolute Crown privilege and instead recognized a qualified public interest immunity. Public interest immunity prevents the disclosure of a document where the court is satisfied that the public interest in keeping the document confidential outweighs the public interest in its disclosure: see *Carey*, at pp. 653-54 and 670; *Babcock*, at para. 19; see also *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 97.⁸

tel le Conseil du Trésor. Le principe de confidentialité s'étend aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet, mais aussi aux documents faisant état de la teneur de ces délibérations : *Babcock*, par. 18.

[98] La common law protège la confidentialité des délibérations du Cabinet grâce à la doctrine de l'immunité d'intérêt public : *Babcock*, par. 60. Cette immunité fait partie de la common law fédérale, mais aussi de celle de chaque province et territoire : voir *Babcock*, par. 19, 23 et 26. Cela dit, comme pour toute autre règle de common law, le législateur fédéral ou provincial peut restreindre ou écarter l'immunité d'intérêt public, pourvu qu'il exprime clairement son intention en ce sens : *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215, p. 228; *Babcock*, par. 20; voir, de façon plus générale, *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 21⁷.

[99] Dans l'affaire *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, tout comme dans l'arrêt *Carey*, la Cour a rejeté l'idée d'un privilège de la Couronne qui serait absolu. Elle a plutôt reconnu l'existence d'une immunité restreinte d'intérêt public. Cette dernière empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur l'intérêt du public à ce qu'il soit divulgué : voir *Carey*, p. 653-654 et 670; *Babcock*, par. 19; voir également *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 97⁸.

⁷ Provincial legislatures have generally preserved public interest immunity: see, e.g., *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 283; *Crown Liability and Proceedings Act, 2019*, S.O. 2019, c. 7, Sch. 17, s. 13(2); *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 9; *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11. By contrast, Parliament has partially displaced public interest immunity in ss. 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5: see *Babcock*, at paras. 21 et seq.; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110.

⁸ The same considerations generally apply to testimony. However, ministers and former ministers serving as members of the Senate, House of Commons or a legislative assembly benefit from a limited form of testimonial immunity as a matter of parliamentary privilege: see *Vaid* at para. 29; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezona Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.).

⁷ Les législatures ont généralement maintenu l'immunité d'intérêt public : voir, p. ex., *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 283; *Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l'intéressant*, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, par. 13(2); *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9; *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11. En revanche, le Parlement a partiellement modifié cette immunité d'intérêt public aux art. 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 : voir *Babcock*, par. 21 et suiv.; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110.

⁸ Les mêmes considérations s'appliquent généralement aux témoignages. Toutefois, les ministres, actuels et anciens, qui siègent comme membres du Sénat, de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative bénéficient d'une forme limitée d'immunité testimoniale qui relève du privilège parlementaire : voir *Vaid*, par. 29; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezona Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.).

[100] Although this Court rejected claims of absolute Crown privilege in *Smallwood* and *Carey*, it did not “accord the individual an automatic right to discovery of sensitive and confidential documents held by the state”: *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, at para. 54. *Smallwood* and *Carey* thus require a careful balancing of the competing public interests in confidentiality and disclosure: see *Babcock*, at para. 19; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 35. These competing public interests must be weighed with reference to a specific document in the context of a particular proceeding.

[101] In *Carey*, at pp. 670-73, this Court described the main factors relevant to balancing the public interests in confidentiality and disclosure of documents concerning public decision making, including at the Cabinet level:

- (1) the level of the “decision-making process”;
- (2) the “nature of the policy concerned”;
- (3) the “particular contents of the documents”;
- (4) the timing of disclosure;
- (5) the “importance of producing the documents in the interests of the administration of justice”; and
- (6) whether the party seeking the production of the documents “alleges unconscionable behaviour on the part of the government”.

[102] Although public interest immunity may be raised by any party or by the reviewing court itself, the government has the burden of establishing that a document should not be disclosed because of public interest immunity: *Carey*, at pp. 653 and 678. The government should put in a detailed affidavit

[100] Cela dit, même si dans les arrêts *Smallwood* et *Carey* elle a rejeté des revendications de privilège absolu de la Couronne, la Cour n’a pas pour autant « accord[é] à l’individu un droit automatique à la communication de documents confidentiels et de nature délicate en la possession de l’État » : *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, par. 54. Les arrêts *Smallwood* et *Carey* ont établi la nécessité de mettre soigneusement en balance les intérêts opposés du public, soit, d’une part, l’intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d’autre part, celui à ce qu’ils soient divulgués : voir *Babcock*, par. 19; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 35. Ces intérêts opposés du public doivent être évalués en fonction d’un document précis, dans le cadre d’une instance donnée.

[101] Dans l’arrêt *Carey*, p. 670-673, la Cour a décrit dans les termes qui suivent les principaux facteurs pertinents pour l’exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation de documents ayant trait au processus décisionnel d’un pouvoir public, y compris au niveau du Cabinet :

- (1) le palier du « processus décisionnel »;
- (2) la « nature de la politique en question »;
- (3) la « teneur précise des documents »;
- (4) le moment où sera divulgué le document;
- (5) l’« importance qu’il y a à produire les documents dans l’intérêt de l’administration de la justice »;
- (6) la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents « allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement ».

[102] Bien que l’immunité d’intérêt public puisse être soulevée par n’importe laquelle des parties ou par le tribunal de révision lui-même, c’est au gouvernement qu’il incombe d’établir qu’un document est visé par cette immunité et qu’il ne devrait donc pas être divulgué : *Carey*, p. 653 et 678. Le

to support its claim of public interest immunity: pp. 653-54.

[103] As a general rule, when it is clear to the reviewing court, based on a government's submissions, that public interest immunity applies to a document, it need not inspect the document: *Carey*, at pp. 671 and 681. If, however, the court has doubts about whether public interest immunity applies, the court should inspect the document in private to resolve its doubts: pp. 674 and 681; see also *Somerville v. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734, at paras. 156 and 204; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, at para. 145. Indeed, even if the court is persuaded that public interest immunity does not apply, the court should nevertheless inspect the document in private to ensure that it does not inadvertently order the disclosure of a document which should in fact remain confidential: see *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at p. 971. If, having inspected the document, the court concludes that the contents, or any part of the contents, are not protected by public interest immunity, the court can order production accordingly.

(1) Public Interest Immunity in the Context of Bodner Review

[104] As noted in *Carey*, the determination of public interest immunity often requires the reviewing court to examine the document in question. Since in the *Bodner* context the court will generally have examined the document to determine whether it should otherwise be part of the record, the document will usually already be before the court.

[105] Accordingly, the court must, looking to the factors identified in *Carey* and any other pertinent factors, determine whether the public interest in the Cabinet document's disclosure outweighs the public interest in its remaining confidential. In such a context, at least three *Carey* factors — the level of decision-making process to which the document relates, the nature of the policy on which the document bears and the contents of the document — will

gouvernement doit présenter un affidavit détaillé pour appuyer sa prétention relative à l'immunité d'intérêt public : p. 653-654.

[103] En règle générale, lorsqu'il est manifeste pour le tribunal de révision, compte tenu des observations présentées par un gouvernement, que l'immunité d'intérêt public s'applique à un document, nul n'est besoin pour lui de le consulter : *Carey*, p. 671 et 681. Si, toutefois, le tribunal a des doutes quant à savoir si cette immunité s'applique, il consulte le document en privé pour dissiper tout doute à cet égard : p. 674 et 681; voir aussi *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734, par. 156 et 204; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, par. 145. De fait, même s'il est convaincu que l'immunité d'intérêt public ne s'applique pas, le tribunal consulte tout de même le document en privé pour s'assurer de ne pas ordonner par mégarde la divulgation d'un document qui devrait en réalité rester confidentiel : voir *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), p. 971. Si, après avoir consulté le document, le tribunal conclut que son contenu, ou une partie de son contenu, n'est pas protégé par l'immunité d'intérêt public, il peut en conséquence en ordonner la production.

(1) Immunité d'intérêt public dans le contexte d'un contrôle de type Bodner

[104] Comme l'a précisé l'arrêt *Carey*, le tribunal de révision a souvent à examiner le document visé pour pouvoir se prononcer sur la question de l'immunité d'intérêt public. Puisque généralement, dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, le tribunal a déjà examiné le document pour décider s'il devrait par ailleurs faire partie du dossier, il en sera habituellement déjà saisi.

[105] En conséquence, le tribunal doit alors, en tenant compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* et de tout autre facteur pertinent, déterminer si l'intérêt du public à ce que le document du Cabinet soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. En pareilles circonstances, au moins trois des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* — le palier du processus décisionnel auquel le document se rapporte, la nature de la politique sur laquelle

often weigh in favour of keeping the document confidential.

[106] Aside from decisions made by the Queen or her representatives, the Cabinet decision-making process is the highest level of decision making within the executive: see *Carey*, at p. 670; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at pp. 546-47.

[107] As the British Columbia courts acknowledged in the present case, judicial remuneration is an important and sensitive area of public policy, implicating not only the use of public money, but also the administration of justice and ultimately, judicial independence. The British Columbia courts did not find this to be a factor weighing in favour of continued confidentiality: B.C.S.C. reasons, at para. 42; C.A. reasons, at para. 22; for similar statements by the Nova Scotia courts in the proceedings that gave rise to the companion appeal, see also *Nova Scotia Provincial Judges' Association v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, at para. 144; *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, at paras. 44-46. I cannot agree with such an approach. As this Court explained in *Carey*, at pp. 671-72, the nature of the policy on which the document bears may weigh in favour of continued confidentiality to varying degrees depending on its sensitivity and significance. A government's decision about how to respond to a judicial compensation commission's recommendations concerns not merely a matter of implementation, but involves the "formulation of policy on a broad basis": see *Carey*, at p. 672; see also *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at para. 58. That said, as I explain below, when the policy concerns a constitutional requirement relating to the justice system, and, thus, the administration of justice, as is the case in the *Bodner* context, this may *also* weigh in favour of disclosure.

porte le document et la teneur du document — jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité du document.

[106] Exception faite des décisions émanant de la Reine ou de ses représentants, le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif : voir *Carey*, p. 670; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, p. 546-547.

[107] Comme l'ont reconnu les tribunaux de la Colombie-Britannique dans la présente cause, la rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible, qui touche non seulement à l'utilisation des deniers publics, mais également à l'administration de la justice et, ultimement, à l'indépendance judiciaire. Les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas conclu qu'il s'agit d'un facteur qui pèse en faveur de la préservation de la confidentialité : motifs de la C.S. C.-B., par. 42; motifs de la C.A., par. 22; pour des affirmations au même effet par les tribunaux de Nouvelle-Écosse dans les procédures qui ont donné lieu au pourvoi connexe, voir aussi *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, par. 144; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, par. 44-46. Je ne peux souscrire à une telle approche. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Carey*, p. 671-672, la nature de la politique sur laquelle porte le document peut militer en faveur de la préservation de la confidentialité à des degrés divers selon sa sensibilité et son importance. La décision d'un gouvernement à propos de la réponse à donner aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges ne concerne pas simplement une question de mise en œuvre, mais consiste en la « création d'une politique au sens large » : voir *Carey*, p. 672; voir aussi *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 58. Cela dit, comme je l'explique ci-après, lorsque la politique concerne une exigence constitutionnelle en lien avec le système judiciaire et, par conséquent, avec l'administration de la justice comme c'est le cas dans le contexte *Bodner*, cela peut *aussi* militer en faveur de la divulgation.

[108] The contents of a document concerning Cabinet deliberations may well reflect the views of individual ministers of the Crown and reveal disagreement among ministers. Cabinet documents may also reveal considerations that were put before Cabinet. As a result, their contents will frequently be highly sensitive: see *Babcock*, at para. 18.

[109] Depending on the contents of the document, the timing may also weigh in favour of keeping the document confidential. A document that simply reveals that Cabinet made a decision to reject a recommendation made by a judicial compensation commission will bear little confidentiality once that decision is publicly announced. By contrast, ministers can rightly expect that a document that weighs several different possible responses to the commission's recommendations and proposes a particular response will remain confidential for some prolonged time even after the decision is publicly announced.

[110] In this case, the British Columbia courts appear to have treated the government's failure to assert a specific harm that would result from the Cabinet submission's disclosure as being conclusive of the need for disclosure: see master reasons, at para. 23; B.C.S.C. reasons, at para. 46; C.A. reasons, at para. 22.

[111] Because of the strong public interest in Cabinet confidentiality, the disclosure of a Cabinet document undermines that confidentiality and is, at least to some degree, harmful. As *Carey* recognized, certain Cabinet documents may, owing to their contents, raise additional concerns, as might be the case where they relate to defence or national security or refer to specific points of disagreement among ministers. It will often be helpful to the court for the government to be as specific as possible in raising the potential for such harm: pp. 653-54 and 671. But the government's failure to identify some specific harm resulting from a confidential Cabinet document's disclosure does not *automatically* mean the document must be disclosed. The focus must

[108] La teneur d'un document concernant les délibérations du Cabinet peut fort bien rendre compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux. Les documents du Cabinet peuvent en outre révéler des considérations portées à l'attention du Cabinet. En conséquence, leur contenu est souvent très sensible : voir *Babcock*, par. 18.

[109] Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité. Ainsi, un document qui révèle uniquement que le Cabinet a pris la décision de rejeter une des recommandations formulées par une commission d'examen de la rémunération des juges ne revêt guère un caractère confidentiel une fois cette décision annoncée publiquement. En revanche, les ministres peuvent à bon droit s'attendre à ce qu'un document qui fait état de plusieurs réponses différentes possibles aux recommandations de la commission et de leur évaluation, pour n'en retenir qu'une seule, demeure confidentiel pendant une période prolongée, même après l'annonce publique de la décision.

[110] En l'espèce, les tribunaux de la Colombie-Britannique semblent avoir considéré que le défaut du gouvernement d'avoir invoqué un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation du mémoire au Cabinet est décisif quant à la nécessité de le divulguer : voir les motifs de la protonotaire, par. 23; les motifs de la C.S. C.-B., par. 46; les motifs de la C.A., par. 22.

[111] Vu l'intérêt important du public à ce que la confidentialité des délibérations du Cabinet soit maintenue, la divulgation d'un document du Cabinet mine cette confidentialité, et elle est, au moins dans une certaine mesure, préjudiciable. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Carey*, certains documents du Cabinet peuvent, en raison de leur teneur, soulever des préoccupations supplémentaires, par exemple lorsqu'ils se rapportent à la défense ou à la sécurité nationale, ou lorsqu'ils font référence à certains points précis de désaccord entre certains ministres. Souvent, il est utile pour le tribunal que le gouvernement justifie de la façon la plus détaillée possible sa prétention relative au risque que survienne un tel préjudice : p. 653-654 et 671. Cependant, le

remain on whether the public interest in the document's disclosure outweighs the public interest in its remaining confidential.

[112] Given the strong public interest in keeping documents concerning Cabinet deliberations confidential, a strong countervailing public interest will usually be necessary to justify their disclosure. The strength of the public interest in disclosure will often turn on the interests of the administration of justice, a factor identified in *Carey*.

[113] The notion of the "interests of the administration of justice" undoubtedly encompasses a broad set of considerations: see *Carey*, at pp. 647-48 and 671. Two stand out in the *Bodner* context: "... the importance of the case and the need or desirability of producing the documents to ensure that [the case] ... can be adequately and fairly presented" (*Carey*, at p. 671).

[114] In the companion case, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that disclosure of the report is in the public interest because the government knew its response to the commission's recommendations would be subject to review and because the review would focus on matters vital to the administration of justice and to the relationship between two branches of government: paras. 44-46.

[115] These considerations cut both ways. Although there is no doubt that *Bodner* reviews are of great importance, the fact that a party seeks production of a relevant confidential Cabinet document in the context of a *Bodner* review is not itself a general basis for disclosure. Such an approach would effectively trump the public interest in the confidentiality of Cabinet deliberations in every *Bodner* review.

défaut du gouvernement de faire état d'un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation d'un document confidentiel du Cabinet ne signifie pas *automatiquement* que le document doit être divulgué. Le tribunal doit toujours chercher à savoir avant tout si l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[112] Par ailleurs, du fait de cet intérêt important du public à garder confidentiels les documents relatifs aux délibérations du Cabinet, une autre forme d'intérêt du public tout aussi important sera nécessaire pour faire contrepoids et justifier leur divulgation. L'importance de l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué tiendra souvent à l'intérêt de l'administration de la justice, un facteur par ailleurs relevé dans l'arrêt *Carey*.

[113] À n'en pas douter, la notion d'« intérêt de l'administration de la justice » embrasse un vaste éventail de considérations : voir *Carey*, p. 647-648 et 671. Deux d'entre elles, cependant, se démarquent dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, à savoir : « ... l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable » (*Carey*, p. 671).

[114] Dans le pourvoi connexe, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la divulgation du rapport en cause est dans l'intérêt du public dans la mesure où le gouvernement savait que sa réponse aux recommandations de la commission ferait l'objet d'un contrôle judiciaire, et où ce contrôle porterait principalement sur des questions essentielles à l'administration de la justice et aux rapports existant entre deux des branches du gouvernement : par. 44-46.

[115] Ces considérations peuvent cependant jouer dans les deux sens. En effet, même s'il ne fait aucun doute que les contrôles de type *Bodner* sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans le cadre d'un tel contrôle ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Une telle approche se traduirait concrètement,

It would also conflate the importance of the *issues* canvassed on such a review with the importance of the *evidence* provided by the Cabinet document to the disposition of those issues.

[116] In the *Bodner* context, the reviewing court's analysis of the factors bearing on the public interest in disclosure must necessarily be informed by its conclusion on the nature and probative value of the evidence. A document may provide some evidence that the government failed to meet one of the parts of the *Bodner* test, but the importance of the evidence may vary widely. When considering the interests of the administration of justice, the focus must therefore remain on the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation.

[117] A document may contain information not otherwise available such that its exclusion from evidence would undermine the court's ability to adjudicate the issues on their merits: see *Carey*, at pp. 654 and 673; *Commonwealth v. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604 (H.C.A.), at p. 619. A document that tends to establish that the government set out to provide misleading public reasons for its response to the commission's recommendations; that the government relied on a fundamentally flawed factual foundation; that the government acted with an improper or colourable purpose; or that the government was indifferent or disrespectful towards the commission process will be highly probative. Such a document bears so directly — and so determinately — on the issues that the reviewing court needs to resolve on *Bodner* review that to exclude the document would be contrary to the interests of the administration of justice: see *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394 (H.L.), at p. 435. Given the important constitutional interests at stake, the public interest in disclosure would almost certainly outweigh the public interest in the document's remaining confidential. Excluding such a document

à chaque contrôle de ce type, par une mise en échec de l'intérêt du public à ce que les délibérations du Cabinet demeurent confidentielles. Elle reviendrait aussi à confondre l'importance des *questions* à examiner dans un tel contrôle avec l'importance de la *preuve* apportée par le document du Cabinet pour y répondre.

[116] Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, l'analyse par le tribunal de révision des facteurs pouvant avoir une incidence sur l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué doit nécessairement être inspirée par sa conclusion au sujet de la nature et de la valeur probante du document visé. De fait, un document peut fournir certains éléments de preuve que le gouvernement n'a pas satisfait à une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Toutefois, l'importance de tels éléments de preuve peut varier considérablement. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige.

[117] Il se peut aussi qu'un document renferme des renseignements dont le tribunal ne pourrait autrement prendre connaissance, de telle sorte que son exclusion de la preuve nuirait à la capacité du tribunal de trancher au fond les questions en litige : voir *Carey*, p. 654 et 673; *Commonwealth c. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604 (H.C.A.), p. 619. Le document qui tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au mécanisme d'examen par une commission aura ainsi une grande valeur probante. Un tel document porte si directement — et de manière si déterminante — sur les questions à trancher par le tribunal de révision dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner* que son exclusion serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice : voir *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394 (H.L.), p. 435. Compte tenu des importants intérêts constitutionnels en jeu, il est pratiquement

from evidence would keep the court from fulfilling its judicial role, jeopardize public confidence in the administration of justice, and ultimately threaten the rule of law. In such cases, where the probative value of the document is high, the public interest immunity analysis will lead to the same result as the production analysis set out above.

[118] By contrast, the public interest immunity analysis may lead to a different result for a Cabinet document that supports the contention that the government failed to meet one of its constitutional requirements, but whose impact on the *Bodner* review would be limited. The probative value of such evidence might not weigh heavily enough to warrant disclosure, especially if there were strong public interest in its remaining confidential. But such a document's exclusion from the record could hardly keep the reviewing court from adjudicating the issues on their merits. The public interest in disclosure of such a Cabinet document would thus not outweigh the public interest in its remaining confidential.

[119] As a general matter, the notion of “unconscionable behaviour” referred to in *Carey*, at p. 673, will only be pertinent in a limited set of cases. This factor is superadded to more general considerations involving the administration of justice. The conduct in question must be “harsh” or “improper”; though it need not be criminal, it must nevertheless be of a similar degree of seriousness: p. 673. In the *Bodner* context, this factor does little work independent from the factor relating to the interests of the administration of justice. The harshness or impropriety of the government's conduct would be canvassed in assessing whether the government acted with an improper or colourable purpose. A document that demonstrates unconscionable behaviour on the government's part would tend to establish its failure to meet its constitutional requirements in a highly probative manner and, for that reason, the public interest

certain que l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emportera sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. Qui plus est, écarter un tel document de la preuve empêcherait le tribunal de remplir sa fonction judiciaire, en plus de mettre en péril la confiance du public dans l'administration de la justice et, ultimement, de menacer la primauté du droit. Dans de tels cas, lorsque la valeur probante du document est forte, l'analyse de l'immunité d'intérêt public mène au même résultat que l'analyse de l'opportunité de la production énoncée précédemment.

[118] En revanche, l'analyse de l'immunité d'intérêt public peut mener à un résultat différent s'il est question d'un document du Cabinet qui étaye la prétention selon laquelle le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire, mais dont l'incidence sur un contrôle de type *Bodner* serait limitée. Il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation, surtout s'il existe un intérêt important du public à ce que le document demeure confidentiel. Cela dit, le fait d'exclure ce genre de document du dossier peut difficilement empêcher le tribunal de réviser de trancher au fond les questions en litige. L'intérêt du public à ce qu'un tel document du Cabinet soit divulgué ne l'emporterait donc pas sur celui à ce qu'il reste confidentiel.

[119] Généralement parlant, la notion de « conduite peu scrupuleuse » dont il était question dans la décision *Carey*, p. 673, n'est pertinente que dans un nombre limité de cas. Ce facteur se surajoute en réalité à des considérations plus générales liées à l'administration de la justice. Pour être pertinente, la conduite en question doit être « sévère » ou « abusive » et, sans pour autant être criminelle, elle doit avoir un degré de gravité comparable : p. 673. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, pareil facteur joue un rôle très limité indépendamment du facteur relatif aux intérêts de l'administration de justice. Le caractère sévère ou abusif de la conduite du gouvernement est examiné au moment d'évaluer s'il avait un objectif illégitime ou déguisé. Un document qui démontre une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement tendra à établir de façon très probante qu'il n'a pas satisfait aux exigences

in its disclosure would almost certainly outweigh the public interest in its remaining confidential.

[120] Accordingly, I disagree with the suggestion of the Attorney General of British Columbia and other attorneys general that this Court's public interest immunity case law results in routine, almost inevitable, disclosure of confidential Cabinet documents, and should thus be revisited. Properly applied in the *Bodner* context, public interest immunity requires a careful balancing of the public interests in confidentiality and disclosure. Since the public interest in the confidentiality of documents concerning Cabinet deliberations is often particularly strong, the public interest in their disclosure will usually need to be stronger still to warrant their disclosure.

V. Disposition

[121] I would allow the appeal without costs and quash the master's order for production of the Cabinet submission. The Provincial Court Judges' Association's petition can now be adjudicated on its merits without consideration of the Cabinet submission.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Vancouver.

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

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

constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire; c'est pourquoi, dans un tel cas, l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte presque assurément sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[120] Par conséquent, je ne souscris pas à l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique et des autres procureurs généraux selon lequel la jurisprudence de la Cour en matière d'immunité d'intérêt public donne lieu à une divulgation systématique, voire presque inévitable, des documents confidentiels du Cabinet, et qu'elle devrait par conséquent être réexaminée par la Cour. Appliquée correctement dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, l'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance les intérêts du public à l'égard de la confidentialité et de la divulgation. Dans la mesure où l'intérêt du public à ce que les documents se rapportant aux délibérations du Cabinet demeurent confidentiels est souvent important, celui à ce qu'ils soient divulgués doit habituellement l'être encore davantage pour que leur divulgation soit justifiée.

V. Dispositif

[121] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire. La demande de la Provincial Court Judges' Association peut maintenant être tranchée sur le fond sans tenir compte du mémoire au Cabinet.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelant : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Arvay Finlay, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Taxpayers Federation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Attorney General of Nova Scotia representing Her Majesty The Queen in Right of the Province of Nova Scotia and Governor in Council *Appellants*

v.

Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia, as represented by the Nova Scotia Provincial Judges' Association *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Canadian Superior Courts Judges Association,
Canadian Bar Association,
Canadian Association of Provincial Court Judges,
Canadian Taxpayers Federation and
Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) v. JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT AND FAMILY COURT OF NOVA SCOTIA

2020 SCC 21

File No.: 38459.

2019: December 9; 2020: July 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial government

Procureur général de la Nouvelle-Écosse représentant Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse et gouverneur en conseil *Appellants*

c.

Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia, représentés par la Nova Scotia Provincial Judges' Association *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association canadienne des juges des cours supérieures,
Association du Barreau canadien,
Association canadienne des juges des cours provinciales,
Fédération canadienne des contribuables et
Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT AND FAMILY COURT OF NOVA SCOTIA

2020 CSC 21

N° du greffe : 38459.

2019 : 9 décembre; 2020 : 31 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Présentation au gouvernement de la province par une commission d'examen de la

concerning salaries, benefits and pensions of provincial judges — Attorney General providing report to Cabinet concerning commission's recommendations — Order in council varying commission's recommendation concerning judges' salaries — Judges applying for judicial review of order in council — Whether Attorney General's report should form part of record on judicial review — Whether production of report precluded on grounds of public interest immunity.

In November 2016, the Nova Scotia judicial compensation commission recommended an approximately 5.5 percent increase in the salaries of provincial judges in 2017-18, a 1.2 percent increase in 2018-19 and a 2.2 percent increase in 2019-20. The provincial Attorney General provided a report to Cabinet concerning the commission's recommendations. The Lieutenant Governor in Council then made an order in council, based on the report and recommendation of the Attorney General, reducing the rate of salary increase to nil in 2017-18 and 2018-19 and to one percent in 2019-20. The Provincial Judges' Association applied for judicial review of the order in council, and moved for a declaration that the Attorney General's report should be part of the record on judicial review. The motion judge granted the declaration in part, concluding that all but the portions of the report that were protected by solicitor-client privilege should form part of the record on judicial review. The Court of Appeal dismissed the Attorney General's appeal.

Held: The appeal should be allowed in part and the motion judge's declaration modified such that only the discussion of government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan should be included in the record.

The framework that governs whether confidential Cabinet documents can form part of the record on a review pursuant to *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 4, [2005] 2 S.C.R. 286, was developed in the companion appeal, *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506. Applying that framework in the present appeal, there is some basis to believe that certain components of the Attorney General's report — the discussion of government-wide implications and the communications plan — may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement of the *Bodner*

rémunération des juges de recommandations concernant les traitements, les avantages et les pensions des juges provinciaux — Remise au Cabinet par la procureure générale d'un rapport concernant ces recommandations — Modification par voie de décret de la recommandation de la commission relative aux traitements des juges — Dépôt par les juges d'une demande de contrôle judiciaire du décret — Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle judiciaire? — L'immunité d'intérêt public fait-elle obstacle à la production du rapport?

En novembre 2016, la commission sur la rémunération des juges de la Nouvelle-Écosse a recommandé une augmentation d'environ 5,5 p. 100 des traitements des juges provinciaux pour l'exercice financier 2017-2018, de même que des augmentations de 1,2 p. 100 en 2018-2019 et de 2,2 p. 100 en 2019-2020. La procureure générale de la province a remis au Cabinet un rapport au sujet des recommandations de la commission. Le lieutenant-gouverneur en conseil a ensuite pris, sur la base du rapport et de la recommandation de la procureure générale, un décret réduisant à zéro le taux d'augmentation salariale pour les exercices financiers 2017-2018 et 2018-2019 et à un pour cent pour l'exercice 2019-2020. La Provincial Judges' Association a demandé le contrôle judiciaire du décret ainsi qu'un jugement déclarant que le rapport de la procureure générale devrait faire partie du dossier du contrôle judiciaire. La juge des requêtes a accordé en partie le jugement déclaratoire, concluant que toutes les parties du rapport, sauf les portions protégées par le secret professionnel de l'avocat, devaient faire partie du dossier du contrôle judiciaire. La Cour d'appel a rejeté le pourvoi du procureur général.

Arrêt : L'appel est accueilli en partie et le jugement déclaratoire de la juge des requêtes est modifié de façon à indiquer que seulement l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale ainsi que le plan de communications doivent être versés au dossier.

Le cadre d'analyse qui permet de déterminer si des documents confidentiels du Cabinet peuvent faire partie du dossier lors d'un contrôle conforme à l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 4, [2005] 2 R.C.S. 286, a été élaboré dans le pourvoi connexe *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506. L'application de ce cadre d'analyse au présent appel révèle qu'il existe des raisons de croire que certaines portions du rapport de la procureure générale — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — pourraient contenir des éléments de

test. Production of these components of the report is not precluded on grounds of public interest immunity, as the public interest in these parts remaining confidential is outweighed by the public interest in their being disclosed.

The party seeking to have a confidential Cabinet document produced must first establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner*. Only then will the government be required to produce the document for judicial inspection.

In the present case, the government's reasons for varying the commission's salary increase recommendation may raise some concerns about whether the government failed to meaningfully engage with the commission's recommendations and about the government's respect for the commission process. Further, the government appears to have implemented precisely the increase it proposed in its submissions to the commission, again raising the issue of whether the government respected the commission process. Finally, there is also a reference to the Attorney General's report in the preamble to the order in council that provides the government's response, indicating that the Lieutenant Governor in Council may have relied on the report in formulating the response. In these circumstances, the Association meets the threshold for judicial inspection.

The next step in the analysis is to determine whether the Attorney General's report does in fact provide some evidence which tends to show that the government's response does not comply with the requirements set out in *Bodner*. The paragraph in the report that discusses government-wide implications and the communications plan appendix set out the bases on which the decision to accept or vary the commission's recommendations could be criticized, as well as related political considerations, including the impacts of salary increases for judges on labour negotiations with public sector unions. The inclusion of these considerations provides some basis to support the contention that the government's response fell short of its constitutional requirements and could be of assistance to the Association in calling into question the respect the government has shown the commission process and the propriety of the government's motivation for rejecting the

preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. Aucune raison liée à l'immunité d'intérêt public ne fait obstacle à la production de ces portions du rapport, étant donné que l'intérêt du public à ce que ces portions demeurent confidentielles est supplanté par l'intérêt du public à ce qu'elles soient divulguées.

La partie qui demande la production d'un document confidentiel du Cabinet doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que ce document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*. C'est uniquement dans ce cas que le gouvernement devra produire le document pour consultation par le tribunal.

En l'espèce, les motifs avancés par le gouvernement pour justifier la modification de la recommandation de la commission relative à l'augmentation des traitements des juges peuvent faire craindre que le gouvernement n'ait pas analysé de façon concrète les recommandations de la commission, ni fait preuve de respect envers son mécanisme d'examen. De plus, le gouvernement semble avoir mis en œuvre précisément l'augmentation qu'il avait proposée dans ses observations à la commission, ce qui, une fois de plus, soulève la question de savoir s'il a respecté le mécanisme d'examen de la commission. Enfin, il y a aussi une mention du rapport de la procureure générale dans le préambule du décret qui énonce la réponse du gouvernement, ce qui indique qu'il est possible que le lieutenant-gouverneur en conseil se soit appuyé sur le rapport pour formuler sa réponse. Dans les circonstances, l'Association a fait la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document par un juge.

La prochaine étape de l'analyse consiste à déterminer si le rapport de la procureure générale fournit effectivement certains éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner*. Le paragraphe du rapport qui analyse les implications à l'échelle gouvernementale de même que le plan de communications en annexe mentionnent les raisons pour lesquelles la décision d'accepter ou de modifier les recommandations de la commission pourrait être critiquée ainsi que des considérations politiques connexes, y compris l'incidence d'augmentations des traitements des juges sur les négociations collectives avec les syndicats du secteur public. L'inclusion de ces considérations appuie dans une certaine mesure la prétention selon laquelle la réponse du gouvernement ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles et pourrait aider l'Association à mettre en doute le respect manifesté

commission's recommendations. Thus, subject to public interest immunity, the discussion of government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix should be included in the record.

Public interest immunity protects the confidentiality of Cabinet deliberations if the public interest in the document remaining confidential outweighs the public interest in its being disclosed. The companion appeal explains the main factors relevant to balancing these interests, and how they apply in the context of a *Bodner* review.

In the instant case, several factors weigh in favour of the government-wide implications and communications plan remaining confidential. These components of the Attorney General's report relate to a decision at the highest level of the executive. The government's response to the commission's recommendations involves important policy choices. In terms of the timing of disclosure, although the decision to vary the commission's recommended salary increase has already been made and publicly announced, the details of the considerations before Cabinet have not yet been made public and can be expected to remain confidential. As well, the documents' contents may reveal matters that were discussed in Cabinet, and can be expected to remain confidential.

However, in terms of the interests of the administration of justice, this factor favours the disclosure of the government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix. Some of the considerations mentioned in these components of the report were not rational or legitimate bases on which to vary or reject the commission's recommendations. Their inclusion in the record would help the reviewing court determine whether the government's response was grounded in an improper purpose and whether the commission process has been respected and its purposes have been achieved. By contrast, their exclusion would undermine the reviewing court's ability to deal with central issues on *Bodner* review. Thus, the public interest in disclosure outweighs the public interest in continued confidentiality.

par le gouvernement à l'égard du mécanisme d'examen de la commission, ainsi que la légitimité des motifs avancés par le gouvernement pour rejeter les recommandations de celle-ci. En conséquence, sauf application de la règle de l'immunité d'intérêt public, l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale ainsi que le plan de communications en annexe devraient être versés au dossier.

L'immunité d'intérêt public protège la confidentialité des délibérations du Cabinet si l'intérêt du public dans le maintien de la confidentialité d'un document l'emporte sur l'intérêt du public dans sa divulgation. Le pourvoi connexe énonce les principaux facteurs pertinents pour soupeser ces intérêts et explique comment ils s'appliquent dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*.

Dans la présente affaire, plusieurs facteurs militent en faveur du maintien de la confidentialité de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications. Ces portions du rapport de la procureure générale se rapportent à une décision prise au plus haut palier de l'exécutif. La réponse du gouvernement à l'égard des recommandations de la commission implique d'importantes décisions de politique générale. En ce qui a trait au moment de la divulgation, bien que la décision de modifier la hausse de rémunération des juges recommandée par la commission ait déjà été prise, puis annoncée publiquement, le détail des considérations soumises au Cabinet n'a pas encore été rendu public et il est permis de s'attendre à ce que ces renseignements demeurent confidentiels. De même, le contenu des documents est susceptible de révéler des questions qui ont été discutées au sein du Cabinet et il est permis de s'attendre à ce qu'il demeure confidentiel.

Toutefois, pour ce qui est des intérêts liés à l'administration de la justice, ce facteur milite en faveur de la divulgation de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale, ainsi que du plan de communications en annexe. Certaines des considérations mentionnées dans ces portions du rapport ne constituaient pas des fondements rationnels ou légitimes justifiant de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission. Leur inclusion au dossier aiderait le tribunal de révision à déterminer si la réponse du gouvernement reposait sur un objectif illégitime, et si le mécanisme d'examen par la commission a été respecté et les objectifs de celui-ci réalisés. En revanche, leur exclusion du dossier nuirait à la capacité du tribunal de révision à décider les questions centrales du contrôle de type *Bodner*. L'intérêt du public dans leur divulgation l'emporte donc sur l'intérêt du public dans le maintien de leur confidentialité.

Cases Cited

Applied: *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; **explained:** *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; **referred to:** *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act, S.N.S. 1998, c. 7, s. 1 [en. 1989, c. 238, ss. 21J, 21K].
Financial Measures (2016) Act, S.N.S. 2016, c. 2, s. 9 [rep. & sub. 1989, c. 238, ss. 21J, 21K].
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, c. 235, s. 7(1)(q) "Lieutenant Governor in Council".
Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 7.10(a).
 O.C. 2017-24, preamble.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.
Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238, ss. 21E, 21H(2), 21J, 21K.
Public Service Act, R.S.N.S. 1989, c. 376, s. 29.

Authors Cited

Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020). *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*. Halifax, November 2016 (online: https://novascotia.ca/just/Court_Services/_docs/Judges-Salaries-2017-2020.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC21_1_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Oland and Beveridge JJ.A.), 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, 30

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; **arrêt expliqué :** *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act, S.N.S. 1998, c. 7, art. 1 [ad. 1989, c. 238, art. 21J, 21K].
Financial Measures (2016) Act, S.N.S. 2016, c. 2, art. 9 [abr. & rempl. 1989, c. 238, art. 21J, 21K].
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, c. 235, art. 7(1)(q) « Lieutenant Governor in Council ».
 O.C. 2017-24, préambule.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.
Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238, art. 21E, 21H(2), 21J, 21K.
Public Service Act, R.S.N.S. 1989, c. 376, art. 29.
Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse, règle 7.10(a).

Doctrine et autres documents cités

Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020). *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*. Halifax, November 2016 (en ligne : https://novascotia.ca/just/Court_Services/_docs/Judges-Salaries-2017-2020.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC21_1_eng.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Oland et Beveridge), 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359,

C.P.C. (8th) 1, 48 Admin. L.R. (6th) 315, [2018] N.S.J. No. 448 (QL), 2018 CarswellNS 814 (WL Can.), affirming a decision of Smith J., 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, 20 C.P.C. (8th) 112, [2018] N.S.J. No. 76 (QL), 2018 CarswellNS 154 (WL Can.). Appeal allowed in part.

Edward A. Gores, Q.C., and Andrew D. Taillon, for the appellants.

Susan Dawes and Kristen Worbanski, for the respondents.

Michael H. Morris and Marilyn Venney, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sarah Kraicer and Andrea Bolieiro, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussières and Robert Desroches, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain and Jean-Simon Schoenholz, for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska and Neil Abraham, for the intervener the Canadian Bar Association.

Steven M. Barrett and Colleen Bauman, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

Adam Goldenberg and Stephanie Willsey, for the intervener the Canadian Taxpayers Federation.

Andrew K. Lokan and Lauren Pearce, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

30 C.P.C. (8th) 1, 48 Admin. L.R. (6th) 315, [2018] N.S.J. No. 448 (QL), 2018 CarswellNS 814 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Smith, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, 20 C.P.C. (8th) 112, [2018] N.S.J. No. 76 (QL), 2018 CarswellNS 154 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

Edward A. Gores, c.r., et Andrew D. Taillon, pour les appelants.

Susan Dawes et Kristen Worbanski, pour les intimés.

Michael H. Morris et Marilyn Venney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et Andrea Bolieiro, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et Robert Desroches, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Thomson Irvine, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain et Jean-Simon Schoenholz, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska et Neil Abraham, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Steven M. Barrett et Colleen Bauman, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Adam Goldenberg et Stephanie Willsey, pour l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables.

Andrew K. Lokan et Lauren Pearce, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal, along with its companion appeal, *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506, requires that this Court balance several constitutional imperatives: the financial dimension of judicial independence, the shared responsibility of the executive and legislature to make decisions about public money, and the public interest in having the executive conduct its internal business in confidence.

[2] The appeals concern whether a confidential Cabinet document can form part of the record on judicial review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations. Further, they raise the issue of whether the production of such a Cabinet document is nevertheless precluded on grounds of public interest immunity.

[3] In this case, the Nova Scotia courts examined the report to Cabinet of the Attorney General of Nova Scotia, found that it was relevant and concluded that it was not protected by public interest immunity. The courts declared that the portions of the report not subject to solicitor-client privilege form part of the record on judicial review and must be produced by the Attorney General.

[4] This appeal falls to be resolved in accordance with the framework developed in the companion appeal. That framework governs whether confidential Cabinet documents can form part of the record on a review pursuant to *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286,¹ a limited form of judicial

¹ *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi, ainsi que le pourvoi connexe, *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506, requièrent de notre Cour qu'elle mette en équilibre plusieurs impératifs constitutionnels : la dimension financière de l'indépendance judiciaire, la responsabilité que partagent l'exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics et l'intérêt du public à ce que l'exécutif puisse mener ses affaires internes confidentiellement.

[2] Les pourvois portent sur la question de savoir si un document confidentiel du Cabinet peut faire partie du dossier en cas de contrôle judiciaire de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. Ils soulèvent en outre la question de savoir si la production d'un tel document du Cabinet est néanmoins interdite pour des raisons liées à l'immunité d'intérêt public.

[3] En l'espèce, les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont examiné le rapport soumis au Cabinet par la procureure générale de l'époque en Nouvelle-Écosse et ils ont jugé qu'il s'agissait d'un document pertinent et non protégé par l'immunité d'intérêt public. Les tribunaux ont déclaré que les portions du rapport non visées par le secret professionnel de l'avocat font partie du dossier du contrôle judiciaire et doivent être produites par le procureur général.

[4] Le présent pourvoi doit être tranché conformément au cadre élaboré dans le pourvoi connexe. Ce cadre permet de déterminer si des documents confidentiels du Cabinet peuvent faire partie du dossier lors d'un contrôle conformément à l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286¹,

¹ *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286.

review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations.

[5] Applying that framework in this appeal, I conclude that there is some basis to believe that the Attorney General's report may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement of the *Bodner* test. The public reasons given for the government's decision to depart from the commission's recommended increase in judicial remuneration provide some basis to believe that the government may have relied on improper considerations and may not have respectfully engaged with the commission process.

[6] Having inspected the Attorney General's report, I find that only two components, the discussion of government-wide implications and the communications plan, provide some evidence that the government may have failed to meet the *Bodner* test. The rest of the report is either protected by solicitor-client privilege or provides no such evidence, and will not form part of the record.

[7] Since the discussion of government-wide implications and the communications plan reflect matters that may have been considered by Cabinet, I turn finally to public interest immunity, and find that the public interest in these parts of the Attorney General's report remaining confidential is outweighed by the public interest in their being disclosed. Although there are several factors weighing in favour of these parts' continued confidentiality, they are outweighed by their importance to the court's determination of the merits of the application for *Bodner* review.

[8] As a result, only components of the Attorney General's report — the discussion of government-wide implications and the communications plan — should be produced as part of the evidence on *Bodner*

une forme limitée de contrôle judiciaire appliquée à l'égard de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges.

[5] Appliquant ce cadre d'analyse au présent appel, je conclus qu'il existe des raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. Les motifs avancés publiquement pour justifier la décision du gouvernement d'écarter la hausse de rémunération recommandée par la commission font naître des raisons de croire que le gouvernement pourrait s'être fondé sur des considérations illégitimes et ne pas avoir respecté le mécanisme d'examen de la commission.

[6] Après consultation du rapport de la procureure générale, j'arrive à la conclusion que seulement deux portions de celui-ci — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — contiennent certains éléments de preuve indiquant que le gouvernement pourrait ne pas avoir satisfait à l'analyse établie dans *Bodner*. Pour ce qui est du reste du rapport, il est soit protégé par le secret professionnel de l'avocat, soit dénué d'éléments de preuve de ce genre, et il ne fera pas partie du dossier.

[7] Comme l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications font état de questions susceptibles d'avoir été considérées par le Cabinet, je me penche finalement sur la question de l'immunité d'intérêt public, et je conclus que l'intérêt du public à ce que ces portions du rapport de la procureure générale demeurent confidentielles est supplanté par l'intérêt du public à ce qu'elles soient divulguées. Bien que plusieurs facteurs militent en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions, ils sont supplantés par l'importance de celles-ci pour permettre au tribunal de statuer au fond sur le contrôle de type *Bodner*.

[8] Par conséquent, seules certaines portions du rapport de la procureure générale — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — doivent être produites en

review. That said, these excerpts are merely some evidence for the Supreme Court of Nova Scotia to consider in deciding the merits of the judicial review of the government's response.

[9] For the following reasons, I would allow the appeal in part.

I. Background

A. *Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238*

[10] In the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), this Court set out the constitutional baseline for making changes to judicial remuneration. The *Provincial Court Act* implements that baseline in Nova Scotia.

[11] In Nova Scotia, the triennial Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (the commission) is charged with making recommendations concerning the salaries, benefits and pensions of judges of the Provincial Court and Family Court based on prescribed factors and other factors the commission considers relevant: *Provincial Court Act*, s. 21E. The commission makes its recommendations in a report to the Minister of Justice who forwards the report to the Lieutenant Governor in Council: ss. 21H(2) and 21K(1).²

[12] Before 2016, the commission's recommendations were binding. The recommendations were

² In Nova Scotia, the offices of Attorney General and Minister of Justice are held by the same person: *Public Service Act*, R.S.N.S. 1989, c. 376, s. 29. The *Provincial Court Act* employs the term "Governor in Council", which the *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, s. 7(1)(q) defines as interchangeable with the term "Lieutenant Governor in Council". To avoid confusion with the Governor General in Council, usually referred to in federal law as "Governor in Council", and to ensure these reasons can more easily be understood by readers in other provinces, I will refer to Nova Scotia's Lieutenant Governor in Council.

preuve dans le cadre du contrôle de type *Bodner*. Cela dit, ces extraits ne sont que quelques-uns des éléments de preuve qu'examinera la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse afin de se prononcer sur le fond du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement.

[9] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

I. Contexte

A. *Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238*

[10] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), notre Cour a énoncé les exigences constitutionnelles de base à respecter en vue de la modification de la rémunération des juges. La *Provincial Court Act* met en œuvre ces exigences en Nouvelle-Écosse.

[11] En Nouvelle-Écosse, une commission triennale appelée Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (commission) est chargée de formuler des recommandations à propos des traitements, avantages et pensions des juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille sur la base des facteurs prescrits et des autres facteurs que la commission juge pertinents : *Provincial Court Act*, art. 21E. La commission présente ses recommandations dans un rapport adressé au ministre de la Justice, qui le transmet à son tour au lieutenant-gouverneur en conseil : art. 21H(2) et 21K(1).²

[12] Avant 2016, les recommandations de la commission avaient un caractère contraignant. Elles

² En Nouvelle-Écosse, les postes de procureur général et de ministre de la Justice sont détenus par la même personne : *Public Service Act*, R.S.N.S. 1989, c. 376, art. 29. La *Provincial Court Act* emploie le terme « *Governor in Council* » (gouverneur en conseil), que l'al. 7(1)(q) de l'*Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, décrit comme étant interchangeable avec le terme « *Lieutenant Governor in Council* » (lieutenant-gouverneur en conseil). Pour éviter toute confusion avec le terme gouverneur général en conseil, habituellement appelé « gouverneur en conseil » en droit fédéral, et pour veiller à ce que les lecteurs des autres provinces comprennent plus aisément les présents motifs, je vais utiliser le terme lieutenant-gouverneur en conseil dans ceux-ci.

automatically implemented, unless they required legislative changes. If so, the Minister of Justice was to introduce the necessary legislation in the House of Assembly: see *An Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act*, S.N.S. 1998, c. 7, s. 1, enacting *Provincial Court Act*, ss. 21J and 21K.

[13] In 2016, the Nova Scotia legislature amended the *Provincial Court Act* to give the Lieutenant Governor in Council the power to vary or reject the commission's recommendations: see *Financial Measures (2016) Act*, S.N.S. 2016, c. 2, s. 9, repealing and replacing *Provincial Court Act*, ss. 21J and 21K.

[14] Once it receives the commission's report, the Lieutenant Governor in Council "shall, without delay, confirm, vary or reject each of the recommendations" made by the commission: *Provincial Court Act*, s. 21K(2). If a recommendation is varied or rejected, reasons for so doing must be provided: s. 21K(3). The Lieutenant Governor in Council "shall, without delay, cause the confirmed and varied recommendations to be implemented": s. 21K(4).

B. *Government's Response*

[15] In its submissions to the commission, the Nova Scotia government took the position that a salary increase "consistent with the public service wage mandate" of no increase in the first two years and a one percent rise in the final year "would be appropriate in all of the circumstances": Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020), *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020* (November 2016) (online), at para. 39.

[16] In its November 2016 report, the commission noted that the salary of Provincial Court judges was lower than that of judges in every other province and territory, save Newfoundland and Labrador. The commission recommended an approximately

étaient automatiquement mises en œuvre, sauf si elles requéraient des modifications de nature législative. En pareils cas, le ministre de la Justice devait déposer le projet de loi nécessaire à l'Assemblée législative : voir *An Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act*, S.N.S. 1998, c. 7, art. 1, qui édicte les art. 21J et 21K de la *Provincial Court Act*.

[13] En 2016, la législature de la Nouvelle-Écosse a modifié la *Provincial Court Act* pour accorder au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission : voir la *Financial Measures (2016) Act*, S.N.S. 2016, c. 2, art. 9, qui abroge et remplace les art. 21J et 21K de la *Provincial Court Act*.

[14] Une fois qu'il reçoit le rapport de la commission, le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « doit, sans délai, confirmer, modifier ou rejeter chacune des recommandations » formulées par la commission : *Provincial Court Act*, art. 21K(2). En cas de modification ou de rejet d'une recommandation, cette décision doit être motivée : art. 21K(3). Le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « doit, sans délai, faire mettre en œuvre les recommandations confirmées ou modifiées » : art. 21K(4).

B. *Réponse du gouvernement*

[15] Dans ses observations à la commission, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a affirmé qu'une augmentation des traitements [TRADUCTION] « conforme aux prescriptions salariales applicables à la fonction publique » — à savoir aucune augmentation au cours des deux premières années et une augmentation d'un pour cent dans la dernière année — « serait convenable eu égard à l'ensemble des circonstances » : Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020), *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020* (novembre 2016) (en ligne), par. 39.

[16] Dans son rapport de novembre 2016, la commission a signalé que le traitement versé aux juges de la Cour provinciale était inférieur à celui versé à leurs homologues dans les autres provinces et territoires, à l'exception de Terre-Neuve-et-Labrador.

5.5 percent increase in the salaries of Provincial Court judges in the 2017-18 fiscal year and an increase in line with Statistics Canada's Consumer Price Index for Nova Scotia in 2018-19 and 2019-20. Based on the methodology prescribed by the commission, this recommendation would have resulted in a 1.2 percent increase in 2018-19 and a 2.2 percent increase in 2019-20, for a total increase of approximately 8.9 percent over three years.³

[17] In December 2016, the Attorney General provided a report to Cabinet concerning the commission's recommendations. The report was filed under seal in this Court, as it had been in the courts below. The Supreme Court of Nova Scotia included a detailed summary of the report in its reasons: 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, at paras. 146-76.

[18] In February 2017, the Lieutenant Governor in Council made an order varying the commission's recommendation concerning the salaries of provincial judges: O.C. 2017-24. The order in council reduces the rate of salary increase to nil in the 2017-18 and 2018-19 fiscal years and to one percent in the 2019-20 fiscal year. The preamble to the order states that the order is made by the Lieutenant Governor in Council "on the report and recommendation of the Attorney General and Minister of Justice".

[19] The respondents, the Judges of the Provincial Court and Family Court, represented by the Nova Scotia Provincial Judges' Association, applied for judicial review of the order in council, seeking an order quashing the order in council, an order confirming the commission's recommendations and declarations

Elle a recommandé une augmentation d'environ 5,5 p. 100 des traitements des juges de la Cour provinciale pour l'exercice financier 2017-2018, de même qu'une augmentation basée sur l'indice des prix à la consommation de Statistique Canada pour la Nouvelle-Écosse en 2018-2019 et 2019-2020. Selon la méthodologie établie par la commission, cette recommandation aurait donné lieu à des augmentations de 1,2 p. 100 en 2018-2019 et de 2,2 p. 100 en 2019-2020, le tout aurait représenté une hausse totale d'environ 8,9 p. 100 sur trois ans³.

[17] En décembre 2016, la procureure générale de l'époque a remis au Cabinet un rapport au sujet des recommandations de la commission. Le rapport a été déposé sous scellés devant notre Cour, tout comme il l'avait été devant les juridictions inférieures. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a inséré un résumé détaillé du rapport dans ses motifs : 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, par. 146-176.

[18] En février 2017, le lieutenant-gouverneur en conseil a pris un décret modifiant la recommandation de la commission portant sur les traitements versés aux juges de la Cour provinciale : O.C. 2017-24. Le décret réduit à zéro le taux d'augmentation salariale pour les exercices financiers 2017-2018 et 2018-2019, et à un pour cent pour l'exercice 2019-2020. Aux termes du préambule du décret, celui-ci est pris par le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « sur rapport et recommandation de la procureure générale et ministre de la Justice ».

[19] Les intimés, les juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille, représentés par la Nova Scotia Provincial Judges' Association (Association), ont demandé le contrôle judiciaire du décret et sollicité une ordonnance cassant le décret, une ordonnance confirmant les recommandations de la

³ The government's response, which was prepared a few months after the commission's report, estimates that the commission's recommendation would result in an approximately 9.5 percent increase: A.R., vol. 2, Tab 2A, at p. 7. Had it gone into effect, the actual increase would have been 0.6 percent less because inflation was slightly lower than the 2.0 percent per year the government estimated: see the methodology described by the commission in the *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*, at para. 53.

³ Dans sa réponse, préparée quelques mois après le rapport de la commission, le gouvernement estime que la recommandation de la commission se traduirait par une augmentation d'à peu près 9,5 p. 100 : d.a., vol. 2, onglet 2A, p. 7. Si l'on avait donné effet à la recommandation, la hausse réelle aurait été inférieure de 0,6 p. 100, étant donné que le taux d'inflation a été légèrement inférieur au taux de 2 p. 100 par année envisagé par le gouvernement : voir la méthodologie décrite par la commission dans le document *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*, au par. 53.

that the government has interfered with judicial independence. In their application, the judges requested production of the Attorney General's report referred to in the order in council.

[20] The Attorney General filed a record in the Supreme Court of Nova Scotia that did not include the report. The Provincial Judges' Association moved for a declaration that the report is part of the record on judicial review under the *Civil Procedure Rules*, r. 7.10(a).

II. Procedural History

A. *Supreme Court of Nova Scotia, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117 (Smith J.)*

[21] The Supreme Court of Nova Scotia granted in part the declaration sought by the Provincial Judges' Association. Justice Smith explained that the review contemplated by *Bodner* requires that the reviewing court determine whether the government's participation and response in the totality of the process demonstrates good faith and meaningful participation. The court referred to the general rule that the record on judicial review includes every document that was before a decision-maker and relied on by it in reaching its decision, subject to exceptions that subtract from the record, such as deliberative secrecy, which did not apply here.

[22] Turning to public interest immunity, Smith J. found that, while the decision making process took place at a very high level, the balance of the factors identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, favoured disclosure. The court concluded that portions of the report contain legal advice from the Attorney General and are protected by solicitor-client privilege. The court declared that all but these portions of the report should form part of the record on judicial review and directed the Attorney General to produce the non-privileged portions of the report.

commission ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que le gouvernement a porté atteinte à l'indépendance judiciaire. Dans leur demande, les juges ont réclamé la production du rapport de la procureure générale mentionné dans le décret.

[20] La procureure générale a déposé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse un dossier qui ne comprenait pas le rapport en question. L'Association a demandé par voie de requête, en vertu de l'al. 7.10(a) des *Règles de procédure civile*, un jugement déclarant que le rapport fait partie du dossier du contrôle judiciaire.

II. Historique des procédures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117 (la juge Smith)*

[21] La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé en partie le jugement déclaratoire sollicité par l'Association. La juge Smith a expliqué que le contrôle envisagé par l'arrêt *Bodner* requiert du tribunal de révision qu'il décide si, au regard du mécanisme dans sa totalité, la participation et la réponse du gouvernement témoignent de la bonne foi et de l'engagement concret de celui-ci à ce processus. La cour a cité la règle générale selon laquelle, en cas de contrôle judiciaire, le dossier comprend tous les documents dont disposait le décideur et sur lesquels ce dernier s'est appuyé pour prendre sa décision, sous réserve des exceptions qui ont pour effet d'en soustraire des éléments, par exemple le secret des délibérations, exception qui ne s'applique pas en l'espèce.

[22] En ce qui concerne l'immunité d'intérêt public, la juge Smith a statué que, bien que le processus décisionnel se soit déroulé en très haut lieu, le reste des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, militaient en faveur de la divulgation. Elle a conclu que certaines portions du rapport renferment des avis juridiques de la procureure générale et sont, de ce fait, protégées par le secret professionnel de l'avocat. Elle a déclaré que toutes les parties du rapport, sauf les portions ainsi protégées, devaient faire partie du dossier du contrôle judiciaire, et elle a ordonné au procureur général de les produire.

B. *Nova Scotia Court of Appeal, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359 (Fichaud, Oland and Beveridge J.J.A.)*

[23] The Nova Scotia Court of Appeal found no error in the reviewing court's conclusion that the report was relevant or in its analysis of public interest immunity. The Court of Appeal added that disclosure of the report was in the public interest because the government knew its response to the commission's recommendations would be subject to judicial review and because the review would focus on matters vital to the administration of justice and to the relationship between two branches of government. Justice Fichaud, writing for the Court of Appeal, affirmed the conclusion that portions of the report are protected by solicitor-client privilege.

III. Issues

[24] This appeal raises two issues: (a) whether the Attorney General's report should form part of the record on *Bodner* review and (b) whether the report is nevertheless protected by public interest immunity such that it should not be produced.

[25] The Provincial Judges' Association did not cross-appeal the Court of Appeal's holding that portions of the report are subject to solicitor-client privilege, that there was no waiver of such privilege and that those portions would therefore not form part of the record on *Bodner* review. Accordingly, the Court of Appeal's conclusions on these points are not on appeal before this Court. They are final.

IV. Analysis

[26] I begin with a preliminary point. Although the government's response takes the form of an order made by the Lieutenant Governor in Council under the *Provincial Court Act*, that order is based on

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359 (les juges Fichaud, Oland et Beveridge)*

[23] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'a relevé aucune erreur dans la conclusion du tribunal de révision portant que le rapport est pertinent, ni dans son analyse de l'immunité d'intérêt public. La cour a ajouté que la divulgation du rapport est dans l'intérêt du public, parce que le gouvernement savait que sa réponse aux recommandations de la commission ferait l'objet d'un contrôle judiciaire et parce que le contrôle s'attacherait à des questions vitales pour l'administration de la justice et la relation entre deux branches du gouvernement. Le juge d'appel Fichaud, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a confirmé la conclusion selon laquelle certaines portions du rapport sont protégées par le secret professionnel de l'avocat.

III. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève deux questions : (a) Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle de type *Bodner*? (b) Le rapport est-il néanmoins protégé par l'immunité d'intérêt public, de sorte qu'il ne devrait pas être produit?

[25] L'Association n'a pas formé de pourvoi incident contre les conclusions de la Cour d'appel portant que certaines portions du rapport sont visées par le secret professionnel de l'avocat, qu'il n'y a pas eu de renonciation à ce privilège et que ces portions du rapport ne feront donc pas partie du dossier lors du contrôle de type *Bodner*. Par conséquent, les conclusions de la Cour d'appel sur ces points ne sont pas visées par le pourvoi devant notre Cour. Elles sont définitives.

IV. Analyse

[26] Je ferai d'abord une remarque préliminaire. Bien que la réponse du gouvernement prenne la forme d'un décret pris par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la *Provincial Court Act*, ce

advice given by Cabinet. Since its advice is nearly always binding, Cabinet effectively determines what decision will be made by the Lieutenant Governor in Council: see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 546-47. The document at issue in this appeal concerns the process Cabinet followed to settle on its advice.

[27] This appeal falls to be decided in accordance with the framework governing the production of confidential Cabinet documents on *Bodner* review established in the companion appeal, *B.C. Provincial Court Judges*. Although the parties to this appeal framed the debate as being concerned with relevance, as I explained in *B.C. Provincial Court Judges*, relevance alone is not sufficient to balance the competing constitutional interests at stake when a party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document.

[28] Thus, the party seeking to have the confidential Cabinet document produced must first establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner*, understood, as they must be, as building on *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, and the *Provincial Judges Reference*. Only then will the government be required to produce the document for judicial inspection. Having inspected the document, the reviewing court determines whether the document in fact provides some evidence which tends to show that the government failed to comply with a requirement described in *Bodner*. If the document provides such evidence, the court can order production as part of the record, subject to public interest immunity or any other applicable rule of evidence invoked by the government.

décret repose sur un avis du Cabinet. Puisque l'avis du Cabinet est pratiquement toujours contraignant, c'est dans les faits le Cabinet qui détermine la décision que prendra le lieutenant-gouverneur en conseil : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 546-547. Le document en litige dans le présent pourvoi a trait au processus qu'a suivi le Cabinet pour arrêter son avis.

[27] Le présent pourvoi doit être tranché conformément au cadre établi dans le pourvoi connexe, *B.C. Provincial Court Judges*, cadre qui régit la production de documents confidentiels du Cabinet lors d'un contrôle de type *Bodner*. Bien que les parties au présent pourvoi aient affirmé que le débat portait sur la pertinence, comme je l'ai expliqué dans *B.C. Provincial Court Judges*, la pertinence ne permet pas à elle seule de réaliser le juste équilibre entre les intérêts constitutionnels opposés en jeu quand une partie sollicitant un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

[28] En conséquence, la partie qui demande la production d'un document confidentiel du Cabinet doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que ce document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*, interprétées, comme il se doit, comme ayant pour effet d'ajouter à l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, et au *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*. C'est uniquement dans ce cas que le gouvernement devra produire le document pour consultation par le tribunal de révision. Après avoir consulté le document, le tribunal de révision décide s'il renferme en fait des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement ne s'est pas conformé à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*. Si le document contient de tels éléments de preuve, le tribunal peut ordonner la production du document, en tant que partie du dossier, sous réserve de l'application de l'immunité d'intérêt public ou de toute autre règle de preuve applicable invoquée par le gouvernement.

A. *Should the Attorney General's Report Be Part of the Record on Bodner Review?*

[29] As I recounted in the companion appeal, *B.C. Provincial Court Judges*, the constitutional principle of judicial independence includes financial security as one of its core characteristics: *Provincial Judges Reference*, at para. 118. One component of financial security is that, absent a “dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances”, a government cannot change judicial remuneration parameters without first seeking the recommendations of a judicial compensation commission: *Provincial Judges Reference*, at paras. 133 and 137; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 31. For the commission to be effective, its recommendations must “have a meaningful effect on the determination of judicial salaries”: *Provincial Judges Reference*, at para. 175; see also *Bodner*, at para. 29, and *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 33.

[30] The government must formally respond to the commission’s report and give specific reasons justifying any departure from the commission’s recommendations: *Provincial Judges Reference*, at paras. 179-80; *Bodner*, at paras. 18-22; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 35; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 34. The government’s response is subject to “a limited form of judicial review” on a standard of “rationality”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 183-84; *Bodner*, at paras. 29 and 42; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 35.

[31] The test for determining whether the government’s response meets the rationality standard is threefold:

- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission’s recommendations?

A. *Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle de type Bodner?*

[29] Comme je l’ai rappelé dans le pourvoi connexe *B.C. Provincial Court Judges*, la sécurité financière constitue l’une des caractéristiques essentielles du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 118. Un aspect de la sécurité financière est qu’en l’absence de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires », le gouvernement ne peut modifier la rémunération des juges sans d’abord solliciter les recommandations d’une commission d’examen de la rémunération des juges : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 133 et 137; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 31. Pour que la commission fonctionne efficacement, ses recommandations doivent « avoir un effet concret sur la détermination des traitements des juges » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 175; voir également *Bodner*, par. 29, et *B.C. Provincial Court Judges*, par. 33.

[30] Le gouvernement doit répondre formellement au rapport de la commission et exposer des motifs précis justifiant tout écart par rapport aux recommandations de la commission : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 179-180; *Bodner*, par. 18-22; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 35; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 34. La réponse du gouvernement est soumise à « une forme limitée de contrôle judiciaire » selon une norme de « rationalité » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 183-184; *Bodner*, par. 29 et 42; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 35.

[31] L’analyse applicable pour décider si la réponse du gouvernement respecte la norme de la rationalité comporte trois étapes :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s’écarter des recommandations de la commission?

- (2) Do the government’s reasons rely on a reasonable factual foundation? and
- (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission — preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration — been achieved?

(*Bodner*, at para. 31; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 36)

[32] As I explained in the companion appeal, although the *Bodner* test focuses on the government’s response, this does not mean that the reviewing court can ignore the broader context and the court is not necessarily limited to consideration of the government’s response: see *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 40-45. The third part of the *Bodner* test examines whether the government has respected the commission process such that its purposes have been achieved. And, importantly, the government’s response cannot stand if it shown to have been grounded in an improper or colourable purpose, which reflects a concern that is deeply rooted in this Court’s judicial independence case law and permeates the whole of the *Bodner* test. In *Bodner* itself, this Court considered whether the reasons given by the Alberta, New Brunswick, Ontario and Quebec governments were “based on purely political considerations”, “reveal political or discriminatory motivations” or “evidence any improper political purpose or intent to manipulate or influence the judiciary”: *Bodner*, at paras. 66, 96 and 159; see also paras. 68 and 123.

[33] Although the record on *Bodner* review consists primarily of submissions made to the commission, the commission’s report and the government’s response, the record can also include additional

- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
- (3) Dans son ensemble, le mécanisme d’examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l’indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints?

(*Bodner*, par. 31; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 36)

[32] Comme je l’ai expliqué dans le pourvoi connexe, bien que l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner* soit axée sur la réponse du gouvernement, cela ne veut pas dire que le tribunal de révision peut faire abstraction du contexte général; en effet, il n’est pas nécessairement tenu de considérer uniquement la réponse du gouvernement : voir *B.C. Provincial Court Judges*, par. 40-45. La troisième étape de l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner* consiste à déterminer si le gouvernement a respecté le mécanisme d’examen par une commission de façon à permettre la réalisation des objectifs du recours à ce mécanisme. Autre considération importante, la validité de la réponse du gouvernement ne saurait être confirmée s’il est démontré qu’elle repose sur un objectif illégitime ou déguisé (les qualificatifs « malhonnête ou spécieux » ont parfois été utilisés), principe qui témoigne d’un souci profondément ancré dans la jurisprudence de notre Cour relative à l’indépendance judiciaire et qui imprègne toute l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner*. Dans cet arrêt, notre Cour s’est demandé si les motifs fournis par les gouvernements de l’Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l’Ontario et du Québec étaient « dictés par des considérations purement politiques », s’ils « rév[é]laient] qu’ils [étaient] dictés par des considérations politiques ou discriminatoires » ou s’ils « dénot[aient] l’existence d’un objectif politique illégitime [ou] une intention de manipuler ou d’influencer la magistrature » : *Bodner*, par. 66, 96 et 159; voir également les par. 68 et 123.

[33] Quoique, dans le cadre d’un contrôle de type *Bodner*, le dossier se compose principalement des observations présentées à la commission, du rapport de celle-ci et de la réponse du gouvernement, il peut

evidence relevant to the issues on *Bodner* review: *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 53-55.

[34] *Bodner* review generally opposes two branches of the state as parties to the litigation: the executive and the judiciary challenging the government's response. Determining the relevance of additional evidence where it is disputed may, in the normal course, require inspection of the proposed evidence by a member of the judiciary. Any inspection of a confidential Cabinet document has the potential to undermine Cabinet confidentiality. However, because the judiciary is directly interested in the litigation, the inspection of a confidential Cabinet document relating to the government's response to a judicial compensation commission's recommendations has the potential to significantly undermine Cabinet confidentiality: *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 70-72. As a result of these considerations, the companion appeal establishes a special set of rules that govern when a party applying for *Bodner* review seeks the production of a confidential Cabinet document.

[35] Before the reviewing court inspects the document, the party seeking a *Bodner* review must first point to some circumstance or evidence that supports its view that the document may tend to show that the government's response failed to meet one of the parts of the *Bodner* test: *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 75. This does not require the party to have knowledge or information about the content of a confidential Cabinet document. As I explained in *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 78, the party can rely on evidence of statements made by ministers or others and broader circumstances, including historical patterns in government responses to commission recommendations. The court may look to the entire record, including the submissions the government made to the commission, in determining whether the circumstances meet the threshold for judicial inspection. The government's response itself may to supply some basis to believe that the confidential

également comprendre d'autres éléments de preuve pertinents à l'égard des questions à examiner lors d'un tel contrôle : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 53-55.

[34] Généralement, un contrôle de type *Bodner* oppose deux branches de l'État : d'une part, l'exécutif, d'autre part, les membres de la magistrature qui contestent la réponse du gouvernement. La détermination de la pertinence d'éléments de preuve additionnels, lorsque celle-ci est mise en question, peut, dans le cours normal des choses, requérir qu'un juge consulte les éléments de preuve proposés. Toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet est susceptible de porter atteinte à la confidentialité des délibérations du Cabinet. Toutefois, étant donné que le pouvoir judiciaire a un intérêt direct dans le litige, la consultation par un de ses membres d'un document confidentiel du Cabinet se rapportant à la réponse du gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges est susceptible d'entraîner une atteinte considérable : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 70-72. En raison de ces considérations, l'arrêt rendu dans le pourvoi connexe établit un ensemble particulier de règles qui s'appliquent lorsqu'une partie sollicitant un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

[35] Avant que le tribunal ne consulte le document en question, la partie sollicitant le contrôle de type *Bodner* doit d'abord démontrer l'existence de circonstances ou d'éléments de preuve appuyant sa prétention selon laquelle ce document pourrait tendre à démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas à l'une des étapes de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner* : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 75. Il n'est pas nécessaire, pour faire cette démonstration, que la partie connaisse le contenu du document confidentiel du Cabinet ou dispose de renseignements sur le contenu de celui-ci. Comme je l'ai expliqué au par. 78 de l'arrêt *B.C. Provincial Court Judges*, la partie peut s'appuyer sur des déclarations faites par des ministres ou d'autres personnes, ainsi que sur des éléments concernant le contexte plus large, y compris de tendances se dégageant des réponses antérieures du gouvernement aux recommandations de la commission. Pour

Cabinet document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

[36] In its notice of application, the Provincial Judges' Association pleads that the government's reasons fail to explain the choice to *depart* significantly from the commission's recommendation of an 8.9 percent increase in judicial salaries over three years, which aimed to bring them more in line with salaries in other provinces. In the respondents' view, the reasons do not justify the government's decision to limit the increase to one percent in the last year of a triennial cycle.

[37] For their part, the government's reasons repeatedly criticize the commission process and the recommendations in strong terms. The reasons contend that the commission proceeded in a "results-oriented and formulaic manner to achieve an outcome", adding that there was "no rational basis for its conclusion": A.R., vol. 2, at pp. 8-10. The reasons also criticize the commission's reliance on an "adversarial interest arbitration" model drawn based on collective bargaining, warning that, "as a consequence", "public confidence in the actual and apparent independence, objectivity and effectiveness [of the commission] could be called into question": A.R. vol. 2, at pp. 12-13.

[38] Although the government acknowledges that the commission could have provided constitutionally valid reasons for not staying within the scope of the

décider si les circonstances invoquées permettent de faire la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document par un membre de la magistrature, le tribunal peut considérer l'ensemble du dossier, notamment les observations que le gouvernement a présentées à la commission. Il est possible que la réponse du gouvernement elle-même fournisse certaines raisons de croire que le document confidentiel du Cabinet pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[36] Dans son avis de demande, l'Association plaide que les motifs du gouvernement n'expliquent pas la décision de ce dernier de *s'écarter* considérablement de la recommandation de la commission d'augmenter les traitements des juges de 8,9 p. 100 sur trois ans dans le but de les faire concorder davantage avec les traitements versés dans les autres provinces. De l'avis des intimés, les motifs ne justifient pas la décision du gouvernement de limiter l'augmentation à un pour cent pour la dernière année d'un cycle triennal.

[37] Pour leur part, les motifs avancés par le gouvernement critiquent de façon répétée et en termes sévères les recommandations de la commission et le mécanisme d'examen par une commission. Selon ces motifs, la commission a procédé [TRADUCTION] « suivant une formule axée sur les résultats en vue d'arriver à une conclusion donnée », ajoutant qu'il n'existait « aucun fondement rationnel étayant sa conclusion » : d.a., vol. 2, p. 8-10. Les motifs reprochent aussi à la commission d'avoir recouru à une forme [TRADUCTION] « [d']arbitrage antagoniste entre intérêts opposés », basée sur le modèle de la négociation collective, prévenant qu'« en conséquence », « la confiance du public dans l'indépendance, l'objectivité et l'efficacité — réelles et perçues — [de la commission] pourraient être mises en doute » : d.a., vol. 2, p. 12-13.

[38] Bien que le gouvernement reconnaisse qu'il aurait été possible à la commission de fournir des motifs valables sur le plan constitutionnel pour

province's fiscal plan, the government concludes that the commission erred or exceeded its jurisdiction in failing to stay within the fiscal plan and "chose to, in effect, usurp the statutory authority of the Minister of Finance": A.R., vol. 2, at p. 15 (emphasis added).

[39] As a result, the government varied the commission's recommendation substantially, freezing judicial salaries for 2017-18 and 2018-19 and adopting a one percent increase for 2019-20 "to approximate the salary already set for Crown Attorneys, the funding increase for physicians, and the proposed increase of other Nova Scotians receiving salaries out of public funds, including members of the Legislative Assembly": A.R., vol. 2, at pp. 18-19.

[40] The issue is whether these reasons, in the broader context of this case, supply some basis to believe that the Attorney General's report may contain evidence that tends to show that the government failed to comply with one of its constitutional requirements in responding to the commission's recommendations.

[41] It is open to the respondents to rely on the government's reasons to argue that the government did not take sufficient account of the distinctive nature of judicial office in concluding that judicial salaries should increase only in line with the rest of the public sector. While across-the-board restraints on increases in salaries could be found to be rational, this Court has cautioned that "judicial independence can be threatened by measures which treat judges . . . identically to other persons paid from the public purse": *Provincial Judges Reference*, at paras. 158 and 184. Similarly, although this Court accepted in *Bodner* that comparisons with the salaries of civil servants could be appropriate, this Court also warned that the government's response must *always* take

justifier sa décision de déborder du cadre budgétaire de la province, le gouvernement conclut que la commission a soit fait erreur soit outrepassé sa compétence en dérogeant à ce cadre et qu'elle [TRADUCTION] « a choisi, dans les faits, d'usurper le pouvoir conféré par la loi au ministre des Finances » : d.a., vol. 2, p. 15 (je souligne).

[39] En définitive, le gouvernement a modifié considérablement la recommandation de la commission, gelant les traitements des juges pour les exercices 2017-2018 et 2018-2019 et décrétant une augmentation de leurs traitements d'un pour cent pour l'exercice 2019-2020 [TRADUCTION] « afin qu'ils concordent avec le salaire déjà fixé pour les procureurs de la Couronne, l'augmentation de l'enveloppe destinée aux médecins et la hausse proposée à l'égard des autres personnes en Nouvelle-Écosse qui sont rémunérées sur les fonds publics, y compris les députés de l'Assemblée législative » : d.a., vol. 2, p. 18-19.

[40] Il s'agit de décider si, dans le contexte plus large de la présente espèce, les motifs susmentionnés fournissent des raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement ne s'est pas conformé à une de ses obligations constitutionnelles lorsqu'il a répondu aux recommandations de la commission.

[41] Il est loisible aux intimés de se fonder sur les motifs du gouvernement pour soutenir que ce dernier n'a pas tenu suffisamment compte de la nature distincte des fonctions judiciaires lorsqu'il a conclu que les traitements des juges devraient augmenter uniquement au même rythme que les salaires dans le reste du secteur public. Bien qu'il soit possible que des restrictions générales en matière d'augmentation salariale puissent être jugées rationnelles, notre Cour a formulé la mise en garde suivante : . . . « l'indépendance de la magistrature peut être menacée par des mesures qui [...] traitent les juges [et les] autres personnes rémunérées sur les fonds publics [...] de façon identique » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 158 et 184. De même, quoique

into account the distinctive nature of judicial office: *Bodner*, at paras. 26, 75 and 123-26.

[42] As this Court made clear in *Bodner*, at paras. 23, 25 and 38, the government must respond to the commission's recommendations, taking those recommendations into account and dealing with the issues at stake in a meaningful way. In *Bodner* itself, the Quebec government's failure to address certain key justifications for the commission's recommendations proved fatal to the rationality of its response: para. 159. Here, the government's reasons identify a number of possible errors in the commission's comparison with judicial salaries in New Brunswick. The government's study of the factual foundations relied on by the commission is appropriate and expressly contemplated by *Bodner*, at paras. 26 and 36. But it is also arguable that the government may not have engaged in a meaningful way with the commission's analysis of the increase in the cost of living in Nova Scotia or its broader comparison of judicial salaries in Nova Scotia with those across the country, which formed the central justification for its recommendation. The legitimacy of the Nova Scotia government's reasons may also be assessed in light of the extent of the departure from the commission's recommendation.

[43] The government may of course disagree with the commission's recommendations and its reasoning. However, the government is also expected to show respect for the commission process such that the objectives of that process — depoliticization and judicial independence — can be achieved: *Bodner*, at paras. 25-26 and 30-31. Here, the government's reasons themselves may raise some concerns about whether the government failed to meaningfully engage with the commission's recommendations and

notre Cour ait accepté dans *Bodner* que des comparaisons avec les salaires des fonctionnaires pourraient s'avérer opportunes, elle a également souligné que la réponse du gouvernement doit *toujours* tenir compte de la nature distincte des fonctions judiciaires : *Bodner*, par. 26, 75 et 123-126.

[42] Comme l'a clairement indiqué notre Cour aux par. 23, 25 et 38 de l'arrêt *Bodner*, le gouvernement doit répondre aux recommandations de la commission, les prendre en compte et traiter concrètement des questions en jeu. Dans l'affaire *Bodner* elle-même, l'omission du gouvernement du Québec de répondre à certains des principaux motifs justifiant les recommandations de la commission s'est révélée fatale à la rationalité de sa réponse : par. 159. En l'espèce, les motifs du gouvernement font état d'un certain nombre d'erreurs possibles dans la comparaison faite par la commission avec les salaires versés aux juges au Nouveau-Brunswick. L'étude effectuée par le gouvernement sur les fondements factuels invoqués par la commission est appropriée et expressément envisagée dans l'arrêt *Bodner*, aux par. 26 et 36. Mais il est également possible de soutenir que le gouvernement ne s'est pas penché de manière concrète sur l'analyse réalisée par la commission en ce qui concerne la hausse du coût de la vie en Nouvelle-Écosse ou sur la comparaison plus large effectuée par celle-ci entre les traitements versés aux juges de la province et ceux versés aux juges dans le reste du pays, comparaison qui constitue la justification centrale de sa recommandation. La légitimité des motifs avancés par le gouvernement de la Nouvelle-Écosse peut également être évaluée au regard de la mesure dans laquelle celui-ci s'écarte de la recommandation de la commission.

[43] Il est évidemment loisible au gouvernement de ne pas être d'accord avec la commission quant aux recommandations qu'elle a formulées et au raisonnement qu'elle a suivi. Cependant, on attend de lui qu'il fasse montre de respect envers le mécanisme d'examen par une commission de manière à permettre la réalisation des objectifs de ce mécanisme — la dépolitisation et l'indépendance de la magistrature : *Bodner*, par. 25-26 et 30-31. Ici, les motifs mêmes avancés par le gouvernement peuvent faire craindre

about the government's respect for the commission process.

[44] Further, the government in this case appears to have implemented precisely the increase it proposed in its submissions to the commission, again raising the issue of whether the government respected the commission process: see *Bodner*, at para. 23; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 85. In doing so, like the Quebec government in *Bodner* itself, the Nova Scotia government “appears to have been content to restate its original position without answering certain key justifications for the [commission’s] recommendations”: para. 159. This is an important factor to consider in determining whether the threshold is met.

[45] Finally, I note that there is also a reference to the Attorney General’s report in the preamble to the order in council that forms the government’s response. While such a reference indicates that the Lieutenant Governor in Council may have relied on the Attorney General’s report in formulating its response, this alone would not likely have been sufficient to meet the threshold. It remains simply a factor to be considered.

[46] In my view, in these circumstances, the Association meets the threshold for judicial inspection of the document in question. There is some basis to believe that the Attorney General’s report may contain evidence which tends to show that the government in fact fell short of its constitutional obligations as required under this Court’s jurisprudence on judicial independence.

[47] The next step in the analysis is therefore to determine whether the Attorney General’s report does in fact provide some evidence which tends to show that the government’s response does not comply with

que le gouvernement n’ait pas analysé de façon concrète les recommandations de la commission, ni fait preuve de respect envers son mécanisme d’examen.

[44] De plus, le gouvernement semble en l’espèce avoir mis en œuvre précisément l’augmentation qu’il avait proposée dans ses observations à la commission, ce qui, une fois de plus, soulève la question de savoir s’il a respecté le mécanisme d’examen de la commission : voir *Bodner*, par. 23; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 85. Ce faisant, à l’instar du gouvernement du Québec dans l’affaire *Bodner*, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse « semble s’être contenté de reformuler sa position initiale, sans opposer de réponse à certains des principaux motifs justifiant les recommandations [de la commission] » : par. 159. Il s’agit d’un facteur important à prendre en considération pour décider si la démonstration préliminaire requise a été faite.

[45] Enfin, je note qu’il y a aussi une mention du rapport de la procureure générale dans le préambule du décret qui forme la réponse du gouvernement. Bien que cette mention indique qu’il est possible que le lieutenant-gouverneur en conseil se soit appuyé sur le rapport de la procureure générale pour formuler sa réponse, ce fait ne suffirait vraisemblablement pas à lui seul pour que la démonstration préliminaire requise soit réalisée. Il constitue simplement un facteur parmi d’autres à prendre en considération.

[46] Je suis d’avis que, dans les circonstances, l’Association a fait la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document en question par un membre de la magistrature. Il existe certaines raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement a dans les faits manqué aux obligations constitutionnelles qui lui incombent suivant la jurisprudence de notre Cour relative à l’indépendance judiciaire.

[47] La prochaine étape de l’analyse consiste donc à déterminer si le rapport de la procureure générale fournit effectivement certains éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement

the requirements set out in *Bodner: B.C. Provincial Court Judges*, at para. 80.

[48] The report, which was filed under seal, is available for examination by this Court. We are in a position to inspect the document and decide whether it should be produced, thus providing further guidance on the application of this framework. Like the Nova Scotia courts, I do not comment on the portions of the report protected by solicitor-client privilege and focus solely on the non-privileged portions.

[49] As the Supreme Court of Nova Scotia’s summary of the report makes clear, most of the non-privileged portions of the report supply background information intended to provide context to the Lieutenant Governor in Council about the decision it had to make under the *Provincial Court Act*. Apart from the discussion of government-wide implications and the communications plan, the balance of the non-privileged portions of the report provides no evidence that the government’s response fails to comply with the requirements described in *Bodner*. Those portions contain nothing bearing on the legitimacy of the public reasons given by the government for departing from the commission’s recommendation. They shed no light on the reasonableness of the factual foundation relied upon by government. They do not evince disrespect for the commission process. Nor do they suggest improper motivation. Those non-privileged portions of the report need not be produced.

[50] The paragraph under the heading “government-wide implications” in the Attorney General’s report acknowledges that the commission’s role is “unique” owing to judicial independence, but adds that “any salary increases provided to any group may have impacts on current labour negotiations for Government”.

ne satisfait pas aux exigences énoncées dans l’arrêt *Bodner : B.C. Provincial Court Judges*, par. 80.

[48] Le rapport a été déposé sous scellés auprès de la Cour et est ainsi à notre disposition pour examen. Nous sommes donc en mesure de le consulter afin de décider s’il doit être produit, et ainsi de donner des indications supplémentaires sur l’application de ce cadre. Tout comme les tribunaux de la Nouvelle-Écosse, je vais m’abstenir de commenter les portions du rapport qui sont protégées par le secret professionnel de l’avocat et me concentrer uniquement sur les portions qui ne le sont pas.

[49] Comme l’indique clairement le résumé du rapport que fait la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, la plupart des portions du rapport non protégées par le secret professionnel de l’avocat fournissent des renseignements généraux qui visaient à exposer au lieutenant-gouverneur en conseil le contexte de la décision qu’il devait prendre en vertu de la *Provincial Court Act*. Exception faite de l’analyse des implications à l’échelle gouvernementale et du plan de communications, le reste des portions non protégées du rapport ne fournissent aucun élément de preuve démontrant que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences décrites dans l’arrêt *Bodner*. Elles ne renferment rien qui a trait à la légitimité des motifs invoqués publiquement par le gouvernement pour s’écarter de la recommandation de la commission. Elles n’apportent aucun éclairage sur le caractère raisonnable du fondement factuel invoqué par le gouvernement. Elles ne révèlent pas un manque de respect envers le mécanisme d’examen de la commission. Elles ne suggèrent pas non plus de motivation illégitime. Ces portions non protégées du rapport n’ont pas à être produites.

[50] Le paragraphe qui figure sous la rubrique « implications à l’échelle gouvernementale » dans le rapport de la procureure générale reconnaît que la commission joue un rôle [TRADUCTION] « unique » vu le principe de l’indépendance judiciaire, mais il précise également que « toute augmentation salariale consentie à un groupe risque d’avoir une incidence sur les négociations collectives auxquelles prend part actuellement le gouvernement ».

[51] As for the communications plan, it is an appendix to the Attorney General's report, which was prepared by the Department of Justice's Communications Director and approved by the Deputy Attorney General and the Attorney General. The communications plan does not provide any advice or recommendations, but rather identifies the "communications challenges" that would result from accepting, rejecting or varying the commission's recommendations. It was put before Cabinet for its consideration in determining the government's response to the commission's recommendations. The communications plan sets out the bases on which the decision to accept or vary the commission's recommendations could be criticized, as well as related political considerations.

[52] If the government were to accept the recommendations, the communications plan warns that the salary increase may not be acceptable to the public. The plan cautions that if the government accepts the recommendations, the public may question why the government amended the legislation to make the commission's recommendations non-binding, if the government is not prepared to depart from them. Finally, the plan suggests that public sector unions may use the salary increase to "bolster [their] case for higher wages" because the recommended increase is higher than that for public sector employees more generally.

[53] The communications plan warns that if the government rejects or varies the recommendations, as it ultimately did, the Judges of the Provincial Court and Family Court will likely apply for judicial review. The plan explains that even so, the public will likely see the government as "firm and consistent on finances and wages for individuals supported by taxpayers" and that public sector unions will not be able to use the salary increase in support of their case for higher wages.

[51] Quant au plan de communications, il s'agit d'une annexe au rapport de la procureure générale qui a été préparée par le directeur des communications du ministère de la justice et approuvée par le sous-procureur général et la procureure générale. Le plan de communications ne fournit ni conseil ni recommandation, mais fait plutôt état de [TRADUCTION] « défis sur le plan des communications » que soulèveraient l'acceptation, le rejet ou la modification des recommandations de la commission. Il a été remis au Cabinet pour que celui-ci l'examine lorsqu'il déciderait de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission. Le plan de communications mentionne les raisons pour lesquelles la décision d'accepter ou de modifier ces recommandations pourrait être critiquée, ainsi que des considérations politiques connexes.

[52] Le plan avise le gouvernement que, si ce dernier décide d'accepter les recommandations, l'augmentation salariale pourrait ne pas être considérée acceptable par le public. Il le prévient également que, s'il accepte les recommandations, le public pourrait se demander pourquoi le gouvernement a pris la peine de modifier la loi pour rendre les recommandations non contraignantes s'il n'est pas disposé à s'écarter de celles-ci. Enfin, le plan suggère que les syndicats du secteur public pourraient invoquer l'augmentation salariale [TRADUCTION] « au soutien de [leurs] arguments en faveur de salaires plus élevés », étant donné que l'augmentation recommandée est supérieure à celle consentie aux employés du secteur public en général.

[53] Le plan de communications prévient le gouvernement que, s'il rejette ou modifie les recommandations — ce qu'a fait ce dernier en définitive —, les juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille présenteront probablement une demande de contrôle judiciaire. Le plan précise toutefois que, même si cela se produit, le public considèrera vraisemblablement que le gouvernement agit de manière [TRADUCTION] « ferme et cohérente en matières financières et à l'égard des salaires versés aux personnes payées par les contribuables », et que les syndicats du secteur public ne pourront pas utiliser l'augmentation salariale au soutien de leurs arguments en faveur d'une majoration des salaires.

[54] In my view, the inclusion of these considerations in the discussion of government-wide implications and in the communications plan provides some basis to support the contention that government's response to the commission's recommendations fell short of its constitutional requirements. In particular, the suggestion that if the government accepts the commission's recommendations, it will be criticized for not availing itself of the option given to it by the Nova Scotia legislature to vary or reject the commission's recommendations, is hardly a rational basis for departing from those recommendations. It would undermine the legitimacy of the government's response if Cabinet relied on these considerations. Whether it did so will be a matter for the Supreme Court of Nova Scotia to decide on the merits.

[55] Of course, the government can undoubtedly take into account broader considerations of public policy in formulating its response to the commission's recommendations. Indeed, the government is due deference by the reviewing court, owing to its "unique position and accumulated expertise and its constitutional responsibility for management of the province's financial affairs": *Bodner*, at para. 30.

[56] But it is far from clear that the government can depart from the commission's recommendations simply because it fears that accepting them would have a detrimental impact on public sector labour negotiations. In *Bodner*, at para. 160, this Court described the Quebec government's response to a similar commission's recommendations in these terms:

After the [commission] submitted its report, the [g]overnment's perspective and focus remained the same. Its position is tainted by a refusal to consider the issues relating to judicial compensation on their merits and a desire to keep them within the general parameters of its public sector labour relations policy. The [g]overnment did not seek to consider what should be the appropriate level of compensation for judges, as its primary concerns were to avoid

[54] À mon avis, l'inclusion de ces considérations dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications appuie dans une certaine mesure la prétention selon laquelle la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles. En particulier, l'argument voulant que, si le gouvernement accepte les recommandations de la commission, il sera critiqué parce qu'il ne s'est pas prévalu de la faculté que lui a donnée la législature de la Nouvelle-Écosse de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission, ne saurait guère servir de fondement rationnel le justifiant de s'écarter ces recommandations. La légitimité de la réponse du gouvernement serait compromise si le Cabinet s'est fondé sur ces considérations. La question de savoir s'il l'a fait est une question qu'il appartiendra à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de trancher lors de l'instruction au fond.

[55] Il va de soi que le gouvernement peut prendre en compte des considérations d'intérêt général plus larges lorsqu'il formule sa réponse aux recommandations de la commission. D'ailleurs, le tribunal de révision doit faire montre de déférence envers le gouvernement, vu « la position unique et l'expertise accumulée du gouvernement et sa responsabilité constitutionnelle en matière de gestion des finances de la province » : *Bodner*, par. 30.

[56] Il est toutefois loin d'être clair que le gouvernement peut s'écarter des recommandations de la commission simplement parce qu'il craint que le fait de les accepter entraînerait des répercussions néfastes sur les négociations collectives dans le secteur public. Dans *Bodner*, par. 160, notre Cour a décrit ainsi la réponse du gouvernement du Québec à des recommandations d'une commission similaire :

Après le dépôt du rapport [de la commission], le [g]ouvernement a maintenu son point de vue et ses priorités. Sa position est viciée par son refus d'examiner quant au fond les questions relatives à la rémunération des juges et par son désir de continuer d'y appliquer les paramètres généraux de sa politique en matière de relations du travail dans le secteur public. Le [g]ouvernement n'a pas cherché à déterminer quel serait le niveau de traitement approprié

raising expectations in other parts of the public sector and to safeguard the traditional structure of its pay scales.

[57] Thus, in this case, the considerations highlighted in the discussion of government-wide implications and in the communications plan could be of assistance to the Association in calling into question the respect the government has shown the commission process and the propriety of the government's motivation for rejecting the commission's recommendations. These components of the Attorney General's report provide sufficient context to enable the reviewing court to understand and assess this evidence.

[58] In the end, the Supreme Court of Nova Scotia will make the determination on the merits. It will reach a conclusion, based on the entire record, about whether and how these considerations informed the government's response.

[59] But, in my view, the discussion of government-wide implications and the communications plan provide some evidence that tends to show that the government failed to meet its constitutional requirements described in *Bodner*. Thus, subject to public interest immunity, these parts of the Attorney General's report should be included in the record.

B. *Public Interest Immunity*

[60] The government claims public interest immunity over the Attorney General's report as a document prepared for Cabinet discussion. Accordingly, the final issue is whether public interest immunity bars the production of the discussion of government-wide implications and the communications plan as part of the record.

[61] Public interest immunity protects the confidentiality of Cabinet deliberations: *Carey*, at pp. 655-59

pour les juges; sa principale préoccupation demeurerait de ne pas élever les attentes dans d'autres secteurs de la fonction publique et de préserver la structure traditionnelle des échelles salariales.

[57] Par conséquent, en l'espèce, les considérations soulignées dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications pourraient aider l'Association à mettre en doute le respect manifesté par le gouvernement à l'égard du mécanisme d'examen de la commission, ainsi que la légitimité des motifs avancés par le gouvernement pour rejeter les recommandations de celle-ci. Ces portions du rapport de la procureure générale fournissent suffisamment de contexte pour permettre au tribunal de révision de comprendre cette preuve et de l'évaluer.

[58] En définitive, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse statuera au fond sur cette question. Elle décidera, au regard de l'ensemble du dossier, si ces considérations ont influé sur la réponse du gouvernement et de quelle manière.

[59] Toutefois, je suis d'avis que l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications fournissent certains éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait aux obligations constitutionnelles qui lui incombent et qui sont décrites dans l'arrêt *Bodner*. En conséquence, sauf application de la règle de l'immunité d'intérêt public, ces portions du rapport de la procureure générale devraient être versées au dossier.

B. *Immunité d'intérêt public*

[60] Le gouvernement revendique l'immunité d'intérêt public à l'égard du rapport de la procureure générale au motif qu'il s'agit d'un document préparé pour discussion au sein du Cabinet. Par conséquent, la question ultime consiste à déterminer si cette immunité fait obstacle à la production au dossier de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications.

[61] L'immunité d'intérêt public protège la confidentialité des délibérations du Cabinet : *Carey*,

and 670-71; *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 67 and 98. The Nova Scotia legislature has not displaced the common law doctrine of public interest immunity and, indeed, in the context of proceedings against the Crown, has preserved it: *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.

[62] The common law test is whether the public interest in the document remaining confidential outweighs the public interest in its being disclosed: *Carey*, at pp. 653-54 and 670; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 19; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 99. The main factors relevant to balancing the competing public interests in confidentiality and disclosure of documents concerning Cabinet decision making were described in *Carey*, at pp. 670-73:

- (1) the level of the “decision-making process”;
- (2) the “nature of the policy concerned”;
- (3) the “particular contents of the document”;
- (4) the timing of disclosure;
- (5) the “importance of producing the documents in the interests of the administration of justice”; and
- (6) whether the party seeking the production of the documents “alleges unconscionable behaviour on the part of the government”.

In the companion appeal, I explained how these factors apply in the context of a *Bodner* review: see *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 106-19.

[63] The burden is on the government to establish that a document should not be disclosed because of public interest immunity: *Carey*, at pp. 653 and 678; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 102. The government should put in a detailed affidavit to support its claim of public interest immunity and it will often be helpful for the government to be as specific as possible in identifying harm that would result from disclosure: *Carey*, at pp. 653-54 and 671; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 102.

p. 655-659 et 670-671; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 67 et 98. La législature de la Nouvelle-Écosse n’a pas écarté l’immunité d’intérêt public prévue par la common law et, en fait, elle l’a maintenue dans le contexte des poursuites visant l’État : *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.

[62] Le critère de common law consiste à se demander si l’intérêt du public dans le maintien de la confidentialité du document l’emporte sur l’intérêt du public dans sa divulgation : *Carey*, p. 653-654 et 670; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 19; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 99. Les principaux facteurs pertinents pour soupeser ces intérêts publics opposés dans le cas d’un document concernant le processus décisionnel du Cabinet ont été décrits ainsi dans l’arrêt *Carey*, p. 670-673 :

- (1) le palier du « processus décisionnel »;
- (2) la « nature de la politique en question »;
- (3) la « teneur précise des documents »;
- (4) le moment de la divulgation;
- (5) l’« importance qu’il y a à produire les documents dans l’intérêt de l’administration de la justice »; et
- (6) la question de savoir si la partie qui demande la production du document « allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement ».

Dans le pourvoi connexe, j’ai expliqué la façon dont ces facteurs s’appliquent dans le contexte d’un contrôle de type *Bodner* : voir *B.C. Provincial Court Judges*, par. 106-119.

[63] Il incombe au gouvernement de démontrer qu’un document ne devrait pas être divulgué parce qu’il est visé par l’immunité d’intérêt public : *Carey*, p. 653 et 678; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 102. Le gouvernement devrait déposer un affidavit contenant suffisamment de renseignements pour étayer sa revendication de l’immunité d’intérêt public, et il sera souvent utile que le gouvernement décrive en termes aussi précis que possible le préjudice qui découlerait de la divulgation du document : *Carey*, p. 653-654 et 671; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 102.

[64] Here, the Secretary of the Executive Council's affidavit simply confirms the communication of the Attorney General's report to Cabinet and confirms that the Nova Scotia government was asserting public interest immunity over the entire report and solicitor-client privilege over parts of it. While it provides evidence that the Attorney General's report was provided to Cabinet, such an affidavit provides scant assistance in assessing a claim of public interest immunity.

[65] Nonetheless, several of the factors identified in *Carey* weigh in favour of the government-wide implications and communications plan remaining confidential. These components relate to a decision at the highest level of the executive made by the Lieutenant Governor by and with the advice of the Executive Council. The government's response to a judicial compensation commission's recommendations involves important policy choices.

[66] Although the decision to vary the commission's recommended increase in judicial remuneration has been made and publicly announced, the details of the considerations that were before Cabinet, including those in the communications plan, have not been made public. Ministers are entitled to expect that those considerations will remain confidential for decades.

[67] The discussion of government-wide implications in the Attorney General's report must be taken to reflect her views. While the communications plan does not speak to the differing views of individual ministers, it is not simply factual background. Its contents may reveal matters that were discussed and considered in Cabinet. Such contents, too, can be expected to remain confidential. Thus, this factor also weighs in favour of preserving the confidentiality of these components of the report.

[64] En l'espèce, l'affidavit de la secrétaire du Conseil exécutif ne fait que confirmer que le rapport de la procureure générale a été communiqué au Cabinet et que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse invoquait l'immunité d'intérêt public à l'égard de l'ensemble du rapport et le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certaines portions de celui-ci. Bien qu'un tel affidavit constitue un élément de preuve de la remise au Cabinet du rapport de la procureure générale, il est d'une utilité limitée dans l'appréciation du bien-fondé d'une revendication de l'immunité d'intérêt public.

[65] Néanmoins, plusieurs des facteurs mentionnés dans *Carey* militent en faveur du maintien de la confidentialité de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications. Ces sections se rapportent à une décision prise au plus haut palier de l'exécutif par le lieutenant-gouverneur, sur l'avis du Conseil exécutif. La réponse du gouvernement à l'égard des recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges implique d'importantes décisions de politique générale.

[66] Bien que la décision de modifier la hausse de rémunération des juges recommandée par la commission ait déjà été prise, puis annoncée publiquement, le détail des considérations soumises au Cabinet pour prendre cette décision, y compris celles figurant dans le plan de communications, n'a pas été rendu public. Les ministres ont le droit de s'attendre à ce que ces considérations demeurent confidentielles pendant des décennies.

[67] L'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale doit être considérée comme reflétant les vues de cette dernière. Bien que le plan de communications ne fasse pas état de points de vue divergents exprimés par des ministres, il ne constitue pas un simple exposé factuel. Son contenu est susceptible de révéler des questions qui ont été discutées et considérées au sein du Cabinet. Il est permis de s'attendre à ce que de tels renseignements demeurent eux aussi confidentiels. Par conséquent, il s'agit d'un autre facteur militant en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions du rapport.

[68] Turning to the interests of the administration of justice, the most important consideration is the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation and the extent to which its exclusion from the record would undermine the court's ability to adjudicate the issues on their merits.

[69] I am satisfied that the exclusion of these components of the Attorney General's report from the record would impact the reviewing court's ability to determine the merits of the *Bodner* review.

[70] Some of the considerations mentioned in the discussion of government-wide implications and in the communications plan were not rational or legitimate bases on which to vary or reject the commission's recommendations. If the Supreme Court of Nova Scotia concludes that Cabinet relied on these considerations in reaching its decision, then these documents would tend to show that one or more of the requirements from *Bodner* was not met. The fact that the legislature gave the Lieutenant Governor in Council the power to vary or reject the commission's recommendations is not itself a reason to vary recommendations. Likewise, the impact of accepting a recommendation on labour negotiations is generally not a legitimate basis for varying a recommendation made by a commission: see *Bodner*, at para. 160. The communications plan indicates that the government may have been concerned about the risk of an uninformed public reaction.

[71] Thus, the inclusion of these components of the Attorney General's report in the record would help the reviewing court determine whether the government's response was grounded in an improper purpose and whether the third part of the *Bodner* test, which considers whether the commission process has been respected such that the purposes of that process have been achieved, has been met. The exclusion of these parts of the report from the record may leave the reviewing court with an incorrect understanding of the considerations that may have informed the government's response. It may also raise the question

[68] Pour ce qui est des intérêts liés à l'administration de la justice, la considération la plus importante est la mesure dans laquelle le document porte sur ce qui est l'objet de l'instance et la mesure dans laquelle son exclusion du dossier nuirait à la capacité du tribunal à statuer au fond sur les questions en litige.

[69] Je suis convaincue que le fait d'exclure du dossier ces portions du rapport de la procureure générale nuirait à la capacité du tribunal de révision de trancher au fond le contrôle de type *Bodner*.

[70] Certaines des considérations mentionnées dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications ne constituaient pas des fondements rationnels ou légitimes justifiant de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission. Si la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse conclut que le Cabinet s'est appuyé sur ces considérations pour prendre sa décision, ces documents tendraient alors à démontrer qu'une ou plusieurs des exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner* n'ont pas été respectées. Le fait que la législature a accordé au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission n'est pas en soi un motif justifiant la modification des recommandations. De même, l'incidence qu'aurait sur des négociations collectives le fait d'accepter une recommandation ne constitue généralement pas une raison légitime de modifier une recommandation formulée par une commission : voir *Bodner*, par. 160. Le plan de communications indique que le gouvernement était possiblement préoccupé par le risque de réactions de la part d'un public peu éclairé sur ces questions.

[71] En conséquence, l'inclusion au dossier de ces portions du rapport de la procureure générale aiderait le tribunal de révision à déterminer si la réponse du gouvernement reposait sur un objectif illégitime et s'il a été satisfait à la troisième étape de l'analyse établie dans *Bodner*, étape qui porte sur la question de savoir si le mécanisme d'examen par la commission a été respecté de telle façon que ses objectifs ont été réalisés. Le fait d'exclure du dossier ces portions du rapport pourrait faire en sorte que le tribunal de révision dispose d'un portrait inexact des considérations qui ont pu influencer sur la réponse

of whether the government provided legitimate reasons for departing from the commission's recommendations. I am accordingly of the view that the interests of the administration of justice favour the disclosure of the government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix.

[72] The level of decision making, the nature of the policy concerned, the contents of the discussion of government-wide implications and of the communications plan and the timing of the disclosure all weigh in favour of these components of the Attorney General's report remaining confidential. Because the policy concerns a constitutional requirement relating to the justice system, and, thus, the administration of justice, it also weighs in favour of disclosure. The exclusion of this evidence from the record would undermine the reviewing court's ability to deal with central issues on *Bodner* review: whether the government articulated legitimate reasons for departing from the commission's recommendations; whether the government's response was grounded in improper considerations and whether the government respected the commission process. The interests of the administration of justice thus strongly favour the disclosure of these parts of the Attorney General's report. I conclude that the public interest in their disclosure outweighs the public interest in their remaining confidential.

V. Disposition

[73] I would allow the appeal in part, but only to modify the Supreme Court of Nova Scotia's declaration, such that only two components of the Attorney General's report — i.e. the components titled "government-wide implications" and "communications plan" — should be included in the record. I would award the Provincial Judges' Association its costs in this Court. Within 10 days of this judgment, the Attorney General shall file in this Court a

du gouvernement. Cela pourrait également soulever la question de savoir si le gouvernement a fourni des motifs légitimes pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations de la commission. Je suis par conséquent d'avis que les intérêts liés à l'administration de la justice militent en faveur de la divulgation de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale, ainsi que du plan de communications en annexe.

[72] Le palier du processus décisionnel, la nature de la politique en question, la teneur précise de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications, ainsi que le moment de divulgation sont autant de facteurs qui militent en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions du rapport de la procureure générale. Étant donné que la politique porte sur une exigence constitutionnelle relative au système de justice et, de ce fait, à l'administration de la justice, elle constitue un facteur militant en faveur de la divulgation. Le fait d'exclure ces éléments de preuve du dossier nuirait à la capacité du tribunal de révision à décider les questions centrales du contrôle de type *Bodner* : Le gouvernement a-t-il justifié par des motifs légitimes sa décision de s'écarter des recommandations de la commission? La réponse du gouvernement reposait-elle sur des considérations illégitimes? Le gouvernement a-t-il respecté le mécanisme d'examen par une commission? Les intérêts liés à l'administration de la justice militent donc fortement en faveur de la divulgation de ces portions du rapport de la procureure générale. Je conclus que l'intérêt du public dans leur divulgation l'emporte sur l'intérêt du public dans le maintien de leur confidentialité.

V. Dispositif

[73] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, mais uniquement afin de modifier le jugement déclaratoire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de façon à indiquer que seulement deux portions du rapport de la procureure générale — c.-à-d. les portions intitulées « *government-wide implications* » (implications à l'échelle gouvernementale) et « *communications plan* » (plan de communications) — doivent être versées au dossier. Je suis en outre d'avis

new redacted version of volume 3 of the appellants' record, amended in accordance with these reasons. The Association's application for review of the government's response can now be determined on the merits in light of the amended record.

Appeal allowed in part with costs to the respondents.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondents: Myers, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Goldblatt Partners, Toronto.

d'adjudger les dépens devant notre Cour en faveur de l'Association. Le procureur général doit, dans les 10 jours suivant le prononcé du présent arrêt, déposer auprès de notre Cour une nouvelle version caviardée du volume 3 du dossier des appelants, modifiée conformément aux présents motifs. La demande de l'Association sollicitant le contrôle de la réponse du gouvernement peut maintenant être tranchée sur le fond à la lumière du dossier modifié.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur des intimés.

Procureur des appelants : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs des intimés : Myers, Winnipeg.

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

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Taxpayers Federation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca