Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2011 Vol. 3

3e cahier, 2011 Vol. 3

Cited as [2011] 3 S.C.R. 505-719

Renvoi [2011] 3 R.C.S. 505-719

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

CONTENTS

Alberta (Information and Privacy Commissioner) *v.* Alberta Teachers' Association 654

Administrative law — Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).

Administrative law — Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.

Lax Kw'alaams Indian Band *v.* Canada (Attorney General) 535

Aboriginal law — Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Civil procedure — Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of "lesser" rights was properly presented in pleadings.

Aboriginal law — Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.

Newfoundland and Labrador Nurses' Union *v.* Newfoundland and Labrador (Treasury Board) 708

Administrative law — Role and adequacy of reasons — Procedural fairness — Whether reasons satisfy Dunsmuir requirements for "justification, transparency and intelligibility".

Nor-Man Regional Health Authority Inc. *v.* Manitoba Association of Health Care Professionals 616

Labour relations — Grievances — Arbitral award — Standard of review — Arbitrator imposing estoppel on

Continued on next page

SOMMAIRE

Alberta (Information and Privacy Commissioner) *c.* Alberta Teachers' Association 654

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).

Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?

Alliance de la fonction publique du Canada *c.* Société canadienne des postes 572

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Parité salariale —Groupe professionnel largement féminin recevant une rémunération inférieure à celle versée au groupe professionnel largement masculin utilisé aux fins de comparaison — Conclusion d'inégalité salariale prononcée par le Tribunal canadien des droits de la personne — Conclusion infirmée par suite d'un contrôle judiciaire — Le Tribunal n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que le groupe largement féminin recevait une rémunération inférieure pour un travail de valeur égale.

Bande indienne des Lax Kw'alaams *c.* Canada (Procureur général) 535

Droit des Autochtones — Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Procédure civile — Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de

Suite à la page suivante

union's claim for redress under collective agreement — Whether arbitral award applying common law or equitable remedy is reviewable on standard of reasonableness or correctness.

Public Service Alliance of Canada *v.* Canada Post Corp. **572**

Human rights — Discriminatory practices — Equal wages — Largely female group of employees receiving lower pay than largely male comparator group — Canadian Human Rights Tribunal finding pay inequity — Finding overturned on judicial review — Tribunal committed no reviewable error in finding largely female group paid less for work of equal value.

Quebec (Attorney General) *v.* Canada (Human Resources and Social Development) **635**

Constitutional law — Federal paramountcy — Employment insurance — Recovery mechanism — Provincial statute providing that income replacement benefits received by injured worker exempt from seizure — Federal statute authorizing Employment Insurance Commission to issue requirement to pay in order to recover overpayments — Whether provincial provision constitutionally inoperative in relation to garnishment provided for in federal statute — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126(4) — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.

Crown law — Prerogatives — Immunity — Whether Employment Insurance Commission, as agent of Crown, protected by common law immunity, with result that s. 144 of Act respecting industrial accidents and occupational diseases inapplicable to federal Crown — Whether it is appropriate to consider doctrine of paramountcy before determining whether Crown immunity applies — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

R. *v.* Banwait **533**

Criminal law — Trial — Charge to jury — First degree murder — Trial judge properly instructed jury on relationship between planning and deliberation and murder.

R. *v.* Bouchard-Lebrun **575**

Criminal law — Defences — Mental disorder — Accused assaulting two individuals while in state of toxic psychosis resulting from voluntary consumption of drugs — Whether toxic psychosis whose symptoms are caused by state of self-induced intoxication can be "mental disorder" — Whether s. 33.1 of Criminal Code limits scope of defence of not criminally responsible on account of mental disorder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1.

Continued on next page

procédure ou d'une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moindre » a-t-elle été dûment demandée dans la plaidoirie écrite?

Droit des Autochtones — Obligation fiduciaire — Les données historiques étayent-elles l'existence d'une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?

Newfoundland and Labrador Nurses' Union *c.* Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) **708**

Droit administratif — Rôle et suffisance des motifs — Équité procédurale — Les motifs répondaient-ils aux critères de la justification de la décision et de la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel établis dans Dunsmuir?

Nor-Man Regional Health Authority Inc. *c.* Manitoba Association of Health Care Professionals **616**

Relations du travail — Griefs — Sentence arbitrale — Norme de contrôle — Arbitre ayant appliqué la préclusion à la demande de réparation présentée par le syndicat en vertu de la convention collective — La sentence arbitrale mettant en jeu une réparation de common law ou d'equity est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

Québec (Procureur général) *c.* Canada (Ressources humaines et Développement social) **635**

Droit constitutionnel — Prépondérance fédérale — Assurance-emploi — Mesure de recouvrement — Disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations de remplacement du revenu d'un accidenté du travail — Disposition législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi de faire une demande péremptoire de paiement pour recouvrer des sommes payées en trop — La disposition provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la saisie-arrêt prévue à la disposition fédérale? — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126(4) — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.

Droit de la Couronne — Prérogatives — Immunité — À titre de mandataire de la Couronne, la Commission de l'assurance-emploi bénéficie-t-elle d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles inapplicable à la Couronne fédérale? — Convient-il d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de déterminer si la Couronne peut invoquer une immunité? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Sarrazin **505**

Criminal law — Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Banwait **533**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Directives adéquates du juge du procès au jury quant au lien requis entre le meurtre et les notions de planification et de délibération.

R. *c.* Bouchard-Lebrun **575**

Droit criminel — Moyens de défense — Troubles mentaux — Accusé a agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de drogues — Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d'intoxication volontaire peut-elle constituer un « trouble mental »? — L'article 33.1 du Code criminel restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 33.1.

R. *c.* Sarrazin **505**

Droit criminel — Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Sarrazin and Darlind Jean *Respondents*

INDEXED AS: R. *v.* SARRAZIN

2011 SCC 54

File No.: 33917.

2011: April 18; 2011: November 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

N was shot in the forearm and the abdomen and suffered life-threatening injuries, particularly to his liver. N was released from the hospital and was expected to make a full recovery. Five days later, he died as a result of a blood clot. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in his blood, indicating cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death. Expert testimony indicated that N might have died from complications arising from the ingested cocaine. At trial, the defence argued that a reasonable doubt had been raised as to whether the victim's death was or was not related to the shooting — even if the evidence showed the accused intended to kill the victim, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact caused the victim's death. The accused argued that the correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would be to acquit the accused of murder,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Robert Sarrazin et Darlind Jean *Intimés*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SARRAZIN

2011 CSC 54

N° du greffe : 33917.

2011 : 18 avril; 2011 : 4 novembre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

N a été atteint de coups de feu à l'avant-bras et à l'abdomen et a subi des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. N a obtenu son congé de l'hôpital et l'on s'attendait à ce qu'il se rétablisse complètement. Cinq jours plus tard, il est décédé d'un caillot sanguin. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans son sang, ce qui indiquait que la cocaïne avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès. Selon le témoignage de l'expert, N aurait pu succomber par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne. Au procès, la défense a plaidé qu'un doute raisonnable avait été soulevé quant à la question de savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu — même si la preuve a montré que les intimés avaient eu l'intention de tuer la victime, la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir si les accusés avaient effectivement

but convict them of attempted murder. The trial judge declined to put the option of attempted murder to the jury, and the accused were convicted of second degree murder. The majority of the Court of Appeal ordered a new trial by concluding that the trial judge's failure to afford the jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict was reasonably available, constituted a reversible error. The minority found that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case and would have applied the curative proviso on the basis that the jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration.

Held (Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to the victim's death. If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the accused could be convicted of an attempt to murder. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options left open to them to consider. The accused had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

The dissenting judge in the Court of Appeal urged adoption of a more "holistic" approach to s. 686(1)(*b*)(iii) by lightening of the Crown's burden from a requirement to demonstrate an "overwhelming" case against the accused to the lesser standard of a "very strong" case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not "insignificant" are nevertheless "highly unlikely to have affected the result".

However, there is a significant difference between a legal error that can be confidently dismissed as "harmless", and an assessment that while the error is

causé le décès de la victime. Les accusés ont plaidé que le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre. Le juge de première instance a refusé de soumettre au jury la possibilité de déclarer les accusés coupables de tentative de meurtre, et ces derniers ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. En Cour d'appel, les juges de la majorité ont ordonné la tenue d'un nouveau procès, statuant que le refus du juge de première instance de donner au jury une possibilité d'envisager de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsqu'un tel verdict peut raisonnablement être prononcé, constituait une erreur donnant ouverture à révision. Le juge dissident a conclu que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce et il aurait appliqué la disposition réparatrice puisque le jury possédait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité.

Arrêt (les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les coups de feu ont contribué de façon appréciable à la mort de la victime. Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de tentative de meurtre. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d'appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

Le juge dissident en Cour d'appel a préconisé l'adoption, relativement au sous-al. 686(1)*b*)(iii), d'une approche plus « globale » et, à cette fin, d'alléger le fardeau du ministère public afin qu'il ne soit plus tenu de présenter contre l'accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et de permettre que les cours d'appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu'elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu d'influer sur le résultat ».

Il y a toutefois une différence importante entre une erreur de droit que l'on peut écarter en toute confiance parce qu'elle est « inoffensive », et une évaluation selon

prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) so prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown's burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an "overwhelming" case or a "harmless" error of law should not be relaxed.

The trial judge's error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence cannot be dismissed as "harmless" because it is impossible to be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, the verdict might not have been different. This is not a case where the triviality of the error itself or the lack of prejudice by a more serious error can justify the application of the curative proviso. A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. Accordingly, in the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy the trial judge's error in his instruction to the jury.

Per Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): The issue is not whether the evidence of guilt was "overwhelming", nor is the Court's task here to try to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. Failure to provide instructions on attempted murder would only have been relevant if the jury had a doubt about causation. The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt. The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both accused. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily

laquelle l'erreur, bien qu'elle soit préjudiciable, n'est pas (selon l'examen que fait a posteriori la cour d'appel) préjudiciable au point d'avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l'objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l'autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d'alléger le fardeau qu'a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu'une erreur de droit est « inoffensive ».

L'erreur commise par le juge de première instance en refusant d'exposer à l'appréciation du jury la possibilité d'un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve ne peut être considérée comme une erreur « inoffensive » car nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence de directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle le caractère anodin de l'erreur ou l'absence de préjudice résultant d'une erreur plus grave peuvent justifier l'application de la disposition réparatrice. L'omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories. Par conséquent, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour d'appel ne peut pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger l'erreur commise par le juge de première instance dans ses directives au jury.

Les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell (dissidents) : La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante », et la Cour n'a pas à prédire l'effet qu'un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. Il s'agit de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. L'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'aurait été pertinente que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité. De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité. Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un

reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the victim's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict. Appellate courts should not speculate at the jury's expense and impute to jurors a subconscious failure to fulfill their sworn duty. Nor should they simply assert that the trial judge's omitted instruction to the jury gave rise to an injustice. Therefore, the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*f*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 229(*a*), 660 to 662, 686(1)(*a*)(ii), (*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Epstein JJ.A.), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, setting aside the accused's convictions for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux accusés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort de la victime. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury. Les cours d'appel n'ont pas à faire des conjectures aux dépens du jury et à imputer aux jurés le fait d'avoir omis de façon inconsciente de s'acquitter de leur devoir solennel. Elles ne doivent pas non plus affirmer tout simplement que l'omission, par le juge du procès, de donner des directives au jury constitue une injustice. Par conséquent, le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*f*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229*a*), 660 à 662, 686(1)*a*)(ii), *b*)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Epstein), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcées contre les accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

James K. Stewart, for the appellant.

Russell Silverstein and *Ingrid Grant*, for the respondent Robert Sarrazin.

Philip Campbell and *Howard L. Krongold*, for the respondent Darlind Jean.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The respondents were convicted by a jury of second degree murder. They contend, and the Crown now concedes, that the trial judge failed to instruct the members of the jury on the full range of verdicts reasonably open to them on the law and the evidence. Even if the evidence showed that they *intended* to kill the victim, the respondents say, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact *caused* the victim's death. He might have died from complications arising from cocaine ingested minutes before death. The Ontario Court of Appeal agreed unanimously on this view of events that a verdict of *attempted* murder was open to the jury, but the trial judge did not leave it with that option. In these circumstances, the accused would ordinarily be entitled to a new trial. However, s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"), the "curative proviso", permits an appellate court to uphold a jury's verdict notwithstanding a trial judge's error of law, *provided* it is satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

[2] The question raised by the present appeal is whether this Court should relax the requirements for the application of the proviso, and whether, relaxed or not, the proviso applies in this case to deny the respondents the new trial ordered by the Ontario Court of Appeal.

[3] For the reasons that follow, I agree with the majority opinion in the Ontario Court of

James K. Stewart, pour l'appelante.

Russell Silverstein et *Ingrid Grant*, pour l'intimé Robert Sarrazin.

Philip Campbell et *Howard L. Krongold*, pour l'intimé Darlind Jean.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Un jury a reconnu les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers prétendent — et le ministère public le reconnaît maintenant — que le juge de première instance n'a pas donné aux jurés des directives sur tous les verdicts qu'ils pouvaient raisonnablement rendre au regard du droit et de la preuve. Même si la preuve a montré qu'ils *avaient eu l'intention* de tuer la victime, les intimés affirment que la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir s'ils *avaient causé* le décès de la victime. Il était possible que celle-ci ait succombé par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne quelques minutes avant son décès. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'unanimité que, avec une telle interprétation des événements, les jurés auraient pu rendre un verdict de *tentative* de meurtre, mais que le juge de première instance ne leur a pas donné ce choix. Dans ces circonstances, les accusés ont habituellement droit à un nouveau procès. Cependant, la « disposition réparatrice », le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »), permet à une cour d'appel de confirmer le verdict d'un jury, malgré une erreur de droit commise par le juge de première instance, *si* elle est convaincue qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

[2] La question que soulève le présent pourvoi consiste à décider si la Cour devrait assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice et si, assouplie ou non, cette disposition s'applique en l'espèce et a pour effet de refuser aux intimés le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de l'Ontario.

[3] Pour les motifs qui suivent, je souscris à l'opinion exprimée par les juges majoritaires de

Appeal. The rules governing the application of s. 686(1)(*b*)(iii) should not be relaxed. In my view, the proviso has no application in the circumstances of this case. As a result, the Crown's appeal should be dismissed.

I. Facts

[4] The victim, Apaid Noël, and the respondents were members of rival Haitian gangs in Montreal with a long history of violent acts against each other. In the early hours of February 19, 1998, the respondents Robert Sarrazin and Darlind Jean confronted Noël outside an Ottawa night club. One of the respondents was overheard to say [TRANSLATION] "You're going to die tonight". Sarrazin and Jean then left. They returned five minutes later. Sarrazin had armed himself with a sawed-off shotgun. After another brief verbal scuffle, Sarrazin pointed the weapon at Noël and fired the shotgun just as Noël reached out for it, shooting him in the forearm. As Jean and another person urged him to kill Noël, Sarrazin discharged the barrel into Noël's abdomen and fled. Noël collapsed and was rushed to hospital. The gunshot wound to his abdomen caused life-threatening injuries, particularly to his liver. Skilful surgical intervention and medical care saved his life, at least for a short time.

[5] Although Noël's post-operative progress was somewhat uneven, by March 13, 1998, he was doing well enough to be released from the hospital. Dr. Joel Freeman, his surgeon, expected that Noël would make a full recovery. Five days later, for reasons that are not entirely clear, he suddenly collapsed and died of a pulmonary thromboembolism (blood clot) that blocked the flow of blood to his lungs. Dr. Freeman described the death as a "freakish" medical happening. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in Noël's blood. This presence of the drug indicated cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death.

la Cour d'appel de l'Ontario. Les règles régissant l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii) ne devraient pas être assouplies. À mon avis, la disposition réparatrice ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce. Par conséquent, l'appel du ministère public devrait être rejeté.

I. Faits

[4] La victime, Apaid Noël, et les intimés étaient membres de gangs haïtiens rivaux de Montréal, gangs qui se livrent depuis longtemps à des actes de violence l'un contre l'autre. Aux petites heures du matin le 19 février 1998, les intimés Robert Sarrazin et Darlind Jean se sont trouvés en présence de M. Noël à l'extérieur d'une boîte de nuit à Ottawa. On a entendu un des intimés dire : « Tu vas mourir ce soir . . . » MM. Sarrazin et Jean sont alors partis. Ils sont revenus cinq minutes plus tard. M. Sarrazin s'était muni d'un fusil de chasse à canon tronqué. Après une autre brève engueulade, M. Sarrazin a pointé le fusil en direction de M. Noël et a fait feu au moment où ce dernier essayait d'attraper l'arme, l'atteignant à l'avant-bras. Alors que M. Jean et une autre personne insistaient pour qu'il tue M. Noël, M. Sarrazin a déchargé l'arme dans l'abdomen de la victime et a pris la fuite. M. Noël s'est effondré et a été amené d'urgence à l'hôpital. La décharge à l'abdomen de la victime lui a causé des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. Une intervention chirurgicale habile ainsi que des soins médicaux lui ont sauvé la vie, au moins pendant quelque temps.

[5] Même si, après l'opération, l'état de santé de M. Noël ne s'améliorait pas de façon constante, le 13 mars 1998, il allait suffisamment bien pour qu'on lui accorde son congé de l'hôpital. Le D[r] Joel Freeman, le chirurgien, s'attendait à ce que M. Noël se remette complètement. Cinq jours plus tard, pour des raisons qui ne sont pas tout à fait claires, ce dernier a soudainement perdu connaissance et il est décédé d'une thrombo-embolie pulmonaire (un caillot sanguin) qui a bloqué l'afflux du sang à ses poumons. Le D[r] Freeman a qualifié le décès de « bizarrerie » médicale. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans le sang de M. Noël. La présence de la cocaïne indiquait qu'elle avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès.

[6] Expert testimony indicated that the blood clot was probably related to the injuries sustained in the shooting, but, given that cocaine could cause hypercoagulability (propensity to develop blood clots), the pathologist called by the Crown refused at trial to rule out the possibility that the clot was *entirely* the result of the victim's consumption of cocaine. On cross-examination, Dr. Brian Johnston testified:

Q. Okay. So, given that we had a young man here with a clot, the source of which you could not determine definitively, you're not really able to rule out cocaine as having caused the clot to form, right?

A. I guess that is true, yes.

Q. Because, although -- it's a little difficult in Mr. Noël's case because he's had these injuries, he's had surgery, and then a month later he's deceased. It would be clearer if he'd had these injuries, had surgery, and a month later he walked out and was hit by a bus. We'd be able to say, you know, there's no relationship.

A. Correct.

Q. Here it is possible that his ingestion of cocaine is just like getting hit by that bus. The clot may have no relationship to any of the surgery or any of the injuries.

A. It's possible. I wouldn't think it'd be likely, but it's possible. [Emphasis added; A.R., vol. VIII, at p. 61.]

When pressed further, the pathologist added:

Q. So, you would agree that it is an issue in this particular case as to whether cocaine or the injury to the liver was the, I suppose the cause of the clot, you'd agree it's an issue about which reasonable pathologists could disagree.

A. Correct. [A.R., vol. VIII, at p. 78]

[7] The defence declined to call its own expert evidence on the causation issue but relied entirely

[6] Selon le témoignage des experts, le caillot sanguin était probablement lié aux blessures subies à la suite du coup de feu, mais, comme la cocaïne pouvait causer de l'hypercoagulabilité (une propension au développement de caillots sanguins), le pathologiste assigné par le ministère public a refusé au procès d'écarter la possibilité que le caillot ait résulté *entièrement* de la consommation de cocaïne de la victime. Durant son contre-interrogatoire, le D^r^ Brian Johnston a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Donc, comme nous avions un jeune homme souffrant d'un caillot, dont vous n'avez pu déterminer la source avec certitude, vous n'êtes pas vraiment en mesure d'écarter la possibilité que la cocaïne ait causé la formation du caillot, n'est-ce pas?

R. Je suppose que c'est juste, oui.

Q. Car, bien que -- c'est un peu difficile dans le cas de M. Noël puisqu'il a subi ces blessures, on l'a opéré puis, un mois plus tard, il est mort. Ce serait plus évident s'il avait subi ces blessures, avait été opéré, et un mois plus tard, à sa sortie, il s'était fait frapper par un autobus. Nous serions alors capables de dire, vous savez, qu'il n'y a aucun lien.

R. Exact.

Q. Dans ce cas, il est possible que l'ingestion de cocaïne soit exactement comme le fait de se faire heurter par l'autobus. Le caillot pourrait ne pas avoir de lien avec l'opération ou les blessures.

R. C'est possible. Je ne pense pas que ce soit probable, mais c'est possible. [Je souligne; d.a., vol. VIII, p. 61.]

Invité à préciser sa pensée, le pathologiste a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Ainsi, vous admettez que, dans ce cas précis, on peut se demander si c'est l'ingestion de cocaïne ou la blessure au foie qui a été, supposons, la cause du caillot, vous convenez qu'il s'agit d'une question sur laquelle des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre.

R. Exact. [d.a., vol. VIII, p. 78]

[7] La défense a choisi de ne pas présenter sa propre preuve d'experts sur le lien de causalité

on the comments of the Crown pathologist, which it said raised a reasonable doubt as to whether the victim's death was or was not related to the shooting.

II. Relevant Enactments ("The Curative Proviso")

[8] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(*b*) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . . .

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[9] The respondents were initially tried in 2000, found guilty of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years. Identity was the principal issue in that first trial. Causation was not an issue. In April 2005, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial primarily on the basis that the trial judge

et s'est fondée entièrement sur les commentaires du pathologiste assigné par le ministère public, lesquels, selon elle, soulevaient un doute raisonnable quant à savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu.

II. Dispositions législatives pertinentes (« la disposition réparatrice »)

[8] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit . . .

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[9] Les intimés ont subi en 2000 un premier procès au terme duquel ils ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans. Lors de ce procès, l'identité était la principale question en litige. Le lien de causalité n'était

had made errors in his ruling on the admissibility of certain evidence (75 O.R. (3d) 485).

[10] At the second trial (from which the present appeal is taken), the respondents again argued that the Crown had failed to prove that they were the individuals who had participated in the shooting. In addition, however, they now contended that the shooting of Apaid Noël on February 19, 1998 did not cause his death. In effect, they argued that even if the accused *intended* to kill the victim, they had not succeeded. The correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would have been to acquit the respondents of murder, but convict them of attempted murder.

[11] In pre-charge discussions, the trial judge expressed some uncertainty over whether a verdict of attempted murder was available as an included offence, but said that he would instruct the jury on that offence if all counsel agreed that he should do so. The defence requested such an instruction. After some debate about the state of the law, Crown counsel took the position that no such verdict was available because of the wording of s. 662(3) *Cr. C.* as interpreted in *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Accordingly, the trial judge declined to put attempted murder to the jury, but expressed to counsel serious concerns about the potential consequences of a decision not to do so:

What I was saying is that obviously if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . ., that will be a fatal error.

. . .

. . . If the Court of Appeal does not [agree with me], then there's a fatal error because obviously . . . it should

pas en cause. En avril 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès, principalement au motif que le juge de première instance, avait commis des erreurs dans sa décision sur l'admissibilité de certains éléments de preuve (75 O.R. (3d) 485).

[10] Au deuxième procès (dont découle le présent pourvoi), les intimés ont de nouveau plaidé que le ministère public n'avait pas prouvé leur participation à la fusillade. Toutefois, ils ont de plus avancé pour la première fois que la blessure par balle qu'Apaid Noël avait subie le 19 février 1998 n'avait pas causé son décès. En fait, ils ont soutenu que, même si les accusés *avaient eu l'intention* de tuer la victime, ils n'y étaient pas parvenus. Le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre.

[11] Dans les discussions qui ont précédé son exposé au jury, le juge de première instance a exprimé certains doutes quant à la possibilité que soit rendu un verdict de culpabilité de tentative de meurtre — en tant qu'infraction comprise —, mais il a dit qu'il donnerait au jury des directives relatives à cette infraction si tous les avocats convenaient qu'il devait le faire. La défense a demandé que ces directives soient données. À l'issue d'un débat sur l'état du droit, l'avocat du ministère public a affirmé qu'un tel verdict ne pouvait être prononcé en raison de l'interprétation donnée au par. 662(3) du *Code* dans l'arrêt *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Le juge a donc refusé d'exposer à l'appréciation du jury la tentative de meurtre, mais il a fait part aux avocats de ses sérieuses préoccupations quant aux conséquences possibles de cette décision :

[TRADUCTION] Ce que je disais, c'est que, de toute évidence, s'il s'avère que la tentative de meurtre est comprise dans l'infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s'agira d'une erreur fatale.

. . .

. . . Si la Cour d'appel n'est pas [d'accord avec moi], alors c'est une erreur fatale parce que, de toute évidence, [. . .]

have been left. So, that's where we are. [A.R., vol. XII, at pp. 21 and 22]

[12] After deliberating for five days, the jury convicted both respondents of second degree murder. They were sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years.

[13] The respondents have been in custody since their arrests in late February and early March 1998, respectively — a period of over 13 years.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (Doherty, Moldaver and Epstein JJ.A.)*

[14] The Court of Appeal was unanimous in upholding the availability in these circumstances of a verdict of attempted murder. The court divided on whether the verdict could nevertheless be upheld under s. 686(1)(*b*)(iii) *Cr. C.* Doherty J.A., and Epstein J.A. concurring, concluded that the trial judge's failure to instruct the jury that a finding of attempted murder was a possible verdict constituted an error of law which could not be saved by the curative proviso. The prosecution, he held, "cannot automatically rely on factual findings implicit in the jury's verdict" of second degree murder but must demonstrate

that there is no reasonable possibility that the verdict on the main charge was influenced by the misdirection or non-direction with respect to potential liability for an included offence. On this analysis, the failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error unless the Crown can show that it had an overwhelming case on the main charge. [para. 87]

In Doherty J.A.'s view, a new trial was necessary because

il aurait fallu la soumettre à l'appréciation du jury. Alors, voilà où nous en sommes. [d.a., vol. XII, p. 21 et 22]

[12] Le jury a délibéré pendant cinq jours avant de déclarer les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans.

[13] Les intimés sont détenus depuis leur arrestation, à la fin de février et au début de mars 1998 respectivement, soit depuis plus de 13 ans.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (les juges Doherty, Moldaver et Epstein)*

[14] La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité la possibilité pour le jury de prononcer un verdict de tentative de meurtre dans de telles circonstances. La cour était partagée sur la question de savoir si le verdict pouvait néanmoins être confirmé aux termes du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code*. Le juge Doherty, avec l'appui de la juge Epstein, a conclu que le refus du juge de première instance d'exposer aux jurés la possibilité de rendre un verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit qui ne pouvait pas être corrigée par l'application de la disposition réparatrice. Selon lui, le ministère public [TRADUCTION] « ne peut pas automatiquement s'appuyer sur des conclusions factuelles implicites dans le verdict [de meurtre au deuxième degré] prononcé par le jury », mais doit démontrer

qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict sur l'accusation principale ait été influencé par des directives erronées ou par l'absence de directives relativement à la responsabilité éventuelle à l'égard d'une infraction comprise. Selon cette analyse, le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision, à moins que le ministère public puisse démontrer qu'il avait une preuve accablante quant à l'accusation principale. [par. 87]

Selon le juge Doherty, il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour les raisons suivantes :

[m]anslaughter instructions directed at a possible doubt regarding the mental state required for murder do not allay my concern that the jury's finding of fact on the distinct question of causation may have been influenced by an instruction that a reasonable doubt regarding causation should lead to the appellants' outright acquittal. [para. 95]

[15] Moldaver J.A. (as he then was), though dissenting in the result, agreed with Doherty J.A. that the trial judge's failure to leave attempted murder with the jury constituted an error of law. However, he would have applied the curative proviso and dismissed the appeal, not on the basis of an overwhelming case against the accused, but rather on the basis that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case. In his view, the causation issue had been canvassed with the jury in depth by the Crown and defence counsel. The trial judge's charge to the jury on causation was exemplary. The jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration. If any of the jurors were troubled by the issue of causation, but considered it unpalatable to let the respondents go free, a compromise verdict (i.e. manslaughter or a hung jury) would have been expected. In the words of Moldaver J.A., it is "unreasonable, if not unfathomable, to think that a jury in those circumstances would render a verdict of murder, which would not only have been unresponsive to the [jury's] concern, but a dramatic betrayal of it" (para. 156).

[16] Further, in a footnote intended for the attention of this Court, Moldaver J.A. invited a relaxation of the present rules governing the prerequisites for the application of the curative proviso:

With respect, this is perhaps an area that the Supreme Court of Canada may wish to re-visit in view of the present-day complexity of the criminal law, the ever-increasing length of criminal trials, the practical difficulties involved in re-trying cases many years after the event, the added burden that lengthy re-trials

[TRADUCTION] Les directives sur l'homicide involontaire coupable en cas de doute relativement à l'état d'esprit requis pour le meurtre ne dissipent pas ma crainte que la conclusion de fait du jury sur la question distincte du lien de causalité ait pu être influencée par une directive selon laquelle un doute raisonnable quant au lien de causalité devrait mener à l'acquittement complet des appelants. [par. 95]

[15] Bien que dissident quant au résultat, le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour) partageait le point de vue du juge Doherty selon lequel le refus du juge de première instance d'exposer au jury le verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit. Cependant, il aurait appliqué la disposition réparatrice et rejeté l'appel, non pas sur le fondement d'une preuve accablante présentée contre les accusés, mais plutôt en raison du fait que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce. À son avis, les avocats du ministère public et de la défense avaient expliqué en détail au jury la question du lien de causalité. L'exposé du juge de première instance au jury sur la question du lien de causalité était exemplaire. Le jury avait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité. Si cette question troublait un des jurés, et qu'il estimait inacceptable de permettre aux intimés de s'en tirer, il aurait fallu qu'un verdict de compromis (c.-à-d. homicide involontaire coupable ou désaccord du jury) soit prononcé. Pour reprendre le propos du juge Moldaver, il est [TRADUCTION] « déraisonnable, voire incompréhensible, de penser qu'un jury dans ces circonstances prononcerait un verdict de meurtre qui, non seulement ne tiendrait pas compte des préoccupations [du jury], mais les trahirait carrément » (par. 156).

[16] De plus, dans une note en fin de texte à l'attention de notre Cour, le juge Moldaver a proposé un assouplissement des règles actuelles régissant les conditions d'application de la disposition réparatrice :

[TRADUCTION] Avec égards, voilà peut-être un domaine que la Cour suprême du Canada souhaite réexaminer compte tenu de la complexité actuelle du droit criminel, de la durée de plus en plus longue des procès criminels, des difficultés pratiques liées à une nouvelle instruction d'une affaire plusieurs années après les événements,

place on an already overburdened justice system, the right of victims to closure, the interests of finality and the public's overall confidence in the administration of justice. Perhaps in light of these modern-day realities, a more holistic approach to the application of the proviso would be preferable to the existing "pigeon-hole" model so that the proviso could be applied where an appellate court is satisfied that the evidence of guilt is very strong, although not quite overwhelming, *and* the legal error or errors, though not insignificant, are highly unlikely to have affected the result. [Underlining added; para. 107, footnote 13.]

In any event, whether or not the rules governing s. 686(1)(*b*)(iii) *Cr. C.* are to be relaxed, Moldaver J.A. would have applied it and upheld the convictions.

IV. Analysis

[17] The trial of these respondents boiled down to three issues — identification, intent and causation. Identification was resolved conclusively against them by the jury verdict and no more needs to be said about it. The jury must also have rejected any theory of accident and concluded that the respondents acted with murderous intent, that is to say that they either intended the death of Noël, or meant to cause him bodily harm which they knew would likely cause death and were reckless as to whether or not death resulted (s. 229(*a*) *Cr. C.*).

[18] Manslaughter occupies a different niche in the law of homicide. It does not require murderous intent. It requires only an objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3).

du fardeau supplémentaire qu'imposent au système judiciaire déjà surchargé de longs nouveaux procès, du droit des victimes de pouvoir tourner la page, de l'intérêt que présente le caractère définitif des décisions et de la confiance du public envers l'administration de la justice. Compte tenu de ces réalités modernes, il serait peut-être préférable d'adopter une approche plus globale à l'égard de l'application de la disposition réparatrice plutôt que l'approche actuelle de compartimentation de sorte que la disposition réparatrice pourrait être appliquée lorsqu'une cour d'appel est convaincue que la preuve de la culpabilité est très forte, bien qu'elle ne soit pas accablante, *et* qu'il est fort peu probable qu'une ou des erreurs de droit, bien qu'elles ne soient pas inoffensives, aient influé sur le résultat. [Je souligne; par. 107, note 13 en fin de texte.]

Quoi qu'il en soit, que les règles régissant le sous-al. 686(1)(*b*)(iii) du *Code* soient assouplies ou non, le juge Moldaver l'aurait appliqué et aurait maintenu les déclarations de culpabilité.

IV. Analyse

[17] Le procès des intimés s'est résumé à trois questions — l'identification, l'intention et le lien de causalité. Dans son verdict, le jury a tranché la question de l'identification de façon concluante à l'encontre des intimés et il n'y a rien de plus à ajouter à ce sujet. Le jury a aussi nécessairement rejeté la thèse de l'accident et a conclu que les intimés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, c'est-à-dire qu'ils avaient eu l'intention de causer la mort de M. Noël, ou l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'ils savaient être de nature à causer la mort et qu'il leur était indifférent que la mort s'ensuive ou non (al. 229*a*) du *Code*).

[18] L'homicide involontaire coupable occupe une niche différente dans le domaine du droit en matière d'homicide. Il ne nécessite pas une intention de commettre un meurtre. Il exige seulement une prévisibilité objective, dans le contexte d'un acte dangereux, du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de causer la mort n'est pas nécessaire (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3).

[19] The jury must have concluded that the appropriate way to characterize the respondents' intent was murder, not manslaughter.

A. *The Causation Dilemma*

[20] The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to Noël's death (*R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, at para. 72). If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the respondents could be convicted of an *attempt* to murder — an attempt foiled by the skill of the surgeon, Dr. Freeman. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options given to them. Instead, the Crown took the position that the jury should be told to acquit the respondents if it had a reasonable doubt on the question of causation, a prospect which the jury may well have found disturbing. It was also wrong in law. As Arbour J. had pointed out in *Nette*, where "causation was not proven, a proper verdict might be attempted murder" (para. 47).

[21] On the Crown's view that attempted murder is not an included offence to murder, it would follow that if the jury had acquitted the respondents of murder, the Crown could have proceeded at a subsequent trial on a charge of attempted murder. The contrary view, that attempted murder *is* an included offence, is supported by Doherty J.A.'s meticulous analysis of the relevant *Criminal Code* provisions (ss. 660 to 662) and related case law. He concluded that "[t]he community as a whole and the participants in a criminal proceeding, be they accused, witness, juror, or investigator, are best served by a process that allows all issues to be resolved in a single trial" (para. 59). I cannot improve on his analysis and I will not repeat it. I

[19] Le jury doit avoir conclu que la façon appropriée de décrire l'intention des intimés était le meurtre et non l'homicide involontaire coupable.

A. *Le dilemme relatif au lien de causalité*

[20] La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que le coup de feu a contribué de façon appréciable à la mort de M. Noël (*R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, par. 72). Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de *tentative* de meurtre — une tentative déjouée par l'habileté du chirurgien, le D[r] Freeman. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Le ministère public était plutôt d'avis que les jurés devraient recevoir comme directive d'acquitter les intimés s'ils avaient un doute raisonnable quant au lien de causalité, ce que les jurés auraient pu trouver troublant. Il s'agissait aussi d'une erreur de droit. Comme la juge Arbour l'a souligné dans *Nette*, dans le cas où « l'existence d'un lien de causalité [ne serait pas] établie, il pourrait convenir de rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre » (par. 47).

[21] Si l'on acceptait le point de vue du ministère public selon lequel la tentative de meurtre n'est pas une infraction comprise dans le meurtre, il s'ensuivrait que si le jury avait acquitté les intimés de l'accusation de meurtre, le ministère public aurait pu leur intenter un nouveau procès sur une accusation de tentative de meurtre. Le point de vue contraire, selon lequel la tentative de meurtre *est* une infraction comprise, est étayé par l'analyse méticuleuse que le juge Doherty a faite des dispositions pertinentes du *Code criminel* (art. 660 à 662) et de la jurisprudence pertinente. Il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a communauté dans son ensemble et les participants à l'instance criminelle, qu'il s'agisse des accusés, des témoins, des jurés ou

note that Moldaver J.A. agreed that the potential verdict of attempted murder should have been left with the jury and that it was an error of law not to do so.

B. *Should the Rules Governing the Curative Proviso Be Relaxed?*

[22] The statutory power of an appellate court to uphold the convictions of an accused person notwithstanding "a wrong decision on a question of law" at trial evidences Parliament's recognition of the public interest in avoiding the cost and delay of retrials where a properly instructed jury at a retrial would inevitably reach the same verdict. This assessment is necessarily somewhat speculative, as no one really knows what the *actual* jury would have done if its members had been properly presented with all of the verdicts that might reasonably have arisen on the evidence. Of course, no one *can* know, since members of the jury cannot be questioned after the trial.

[23] The respondents had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

[24] Having said that, the public policy concerns expressed by Moldaver J.A. in footnote 13, set out above, are of course very real. The respondents have already been tried twice and convicted twice. If there is to be a third trial, it will require the participants to put to the test their recollection of fleeting events 13 or more years previously. As was said in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new

des enquêteurs, sont mieux servis par un processus permettant que toutes les questions soient résolues dans un même procès » (par. 59). Je ne peux pas améliorer son analyse et je ne la répéterai pas. Je souligne que le juge Moldaver a reconnu que la possibilité de prononcer un verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait dû être présentée à l'appréciation du jury et qu'il s'agissait d'une erreur de droit de ne pas le faire.

B. *Convient-il d'assouplir l'application de la disposition réparatrice?*

[22] Le pouvoir que la loi confère à une cour d'appel de confirmer les déclarations de culpabilité d'un accusé en dépit d'« une décision erronée sur une question de droit » au procès démontre que le législateur reconnaît l'intérêt, pour le public, d'éviter les frais et les délais qu'entraîne un nouveau procès à l'issue duquel un jury ayant reçu des directives appropriées rendrait inévitablement le même verdict. Cette évaluation est nécessairement conjecturale puisque nul ne sait vraiment ce que les jurés auraient fait *en l'espèce* s'ils s'étaient vu présenter tous les verdicts qu'ils auraient raisonnablement pu rendre au vu de la preuve. Évidemment, nul ne *peut* savoir, puisque les jurés ne peuvent pas être interrogés après le procès.

[23] Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d'appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

[24] Cela étant dit, les considérations d'ordre public exprimées par le juge Moldaver dans la note 13, précitée, sont bien réelles. Les intimés ont déjà subi deux procès et ont été déclarés coupables à deux reprises. S'il doit y avoir un troisième procès, les participants devront mettre à rude épreuve leur souvenir des événements survenus il y a au moins 13 ans. Comme la Cour l'a indiqué dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 :

Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune

trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided. [para. 46]

The emphasis, necessarily, is on the words "no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict". Section 686(1)(*b*)(iii) *Cr. C.* explicitly manifests Parliament's concern about the risk of a "substantial wrong or miscarriage of justice" and that concern is central to any proper approach to the interpretation of the section.

[25] In more recent cases, the Court has given greater precision to the interpretation of s. 686(1)(*b*)(iii) *Cr. C.* by generally limiting its application to cases where the evidence against an accused is *overwhelming* or where it can be safely said that the legal error was *harmless* because it could have had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 28-31; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36. The Crown does not argue that the proviso should be applied because the evidence against the accused was overwhelming. To succeed, therefore, it must establish that the legal error of the trial judge was harmless.

[26] Moldaver J.A. refers to this Court's refinement as a "'pigeon-hole' model", and urges adoption of a more "holistic" approach, i.e. looking at the thrust of s. 686(1)(*b*)(iii) *Cr. C.* taken as a whole rather than analyzed in terms of component branches. This, he suggests, should be accompanied by a lightening of the Crown's burden from a requirement to demonstrate an "overwhelming" case against the accused to the lesser standard of a "very strong" case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not "insignificant" are nevertheless "highly unlikely to have affected the result". The message is that we have too many retrials and something should be done about it.

possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu. [par. 46]

L'accent est nécessairement mis sur les mots « aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent ». Le sous-alinéa 686(1)*b*)(iii) du *Code* reflète expressément la préoccupation du législateur au sujet du risque qu'un « tort important ou [une] erreur judiciaire grave » se produise, et cette préoccupation est au cœur même de toute méthode valable d'interprétation de la disposition.

[25] Dans des arrêts plus récents, la Cour a précisé l'interprétation du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code* en limitant généralement son application aux cas où la preuve contre un accusé est *accablante* ou aux cas où il est possible d'affirmer avec certitude que l'erreur de droit était *inoffensive* puisqu'elle n'aurait pu avoir aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28-31; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36. Le ministère public ne prétend pas que la disposition réparatrice devrait être appliquée parce que la preuve contre les accusés était accablante. Pour avoir gain de cause, il doit donc établir que l'erreur de droit commise par le juge de première instance était inoffensive.

[26] Le juge Moldaver affirme que la précision de notre Cour est une [TRADUCTION] « approche [. . .] de compartimentation » et il préconise l'adoption d'une approche plus « globale », soit en examinant le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code* dans son ensemble plutôt qu'en en analysant les diverses composantes. Selon lui, il faudrait par la même occasion alléger le fardeau du ministère public afin qu'il ne soit plus tenu de présenter contre l'accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et permettre que les cours d'appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu'elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu [. . .] [d']influ[er] sur le résultat ». Le message est le suivant : il y a trop de nouveaux procès et des mesures doivent être prises.

[27] I accept that retrials will often impose a serious burden both on the witnesses and the public purse, as well as the courts generally, and that the outcome of a retrial will often be the same as the original trial. However, I respectfully do not agree that the burden on the Crown to avoid a retrial should be watered down. An individual charged with a serious offence (i.e. punishable by imprisonment for five years or more) has the right to a trial by jury (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(*f*)), and is ordinarily entitled to the verdict of a properly instructed jury. Experience has shown that in a case of overwhelming evidence or harmless error, the courts can safely proceed on the basis that "there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict" (*Jolivet*, at para. 46). Otherwise, the law should follow its course and a new trial result.

[28] It seems to me that there is a significant difference between an error of law that can be confidently dismissed as "harmless", and an assessment that while the error is prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) *so* prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown's burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an "overwhelming" case or a "harmless" error of law should not be relaxed.

C. *Should a New Trial Be Ordered in This Case?*

[29] The judges in the court below were unanimous in concluding that the prosecution's case for second degree murder was not "overwhelming".

[27] Je reconnais que les nouveaux procès imposent souvent un lourd fardeau aux témoins, au trésor public ainsi qu'aux tribunaux en général, et que l'issue d'un nouveau procès sera souvent identique à celle du premier procès. Cependant, avec égards, je ne crois pas qu'il faille alléger le fardeau qui incombe au ministère public d'éviter les nouveaux procès. Une personne accusée d'une infraction grave (c.-à-d. une infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou plus) a droit à un procès avec jury (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11*f*)) et a généralement droit à un verdict prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées. L'expérience démontre que, dans le cas d'une preuve accablante ou d'une erreur inoffensive, les tribunaux peuvent affirmer sans crainte qu'« il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*Jolivet*, par. 46). Autrement, le droit devrait suivre son cours et aboutir à la tenue d'un nouveau procès.

[28] Il me semble y avoir une différence importante entre une erreur de droit que l'on peut écarter en toute confiance parce qu'elle est « inoffensive », et une évaluation selon laquelle l'erreur, bien qu'elle soit préjudiciable, n'est pas (selon l'examen que fait a posteriori la cour d'appel) préjudiciable *au point* d'avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l'objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l'autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d'alléger le fardeau qu'a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu'une erreur de droit est « inoffensive ».

C. *Convient-il d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce?*

[29] Les juges de la Cour d'appel ont conclu à l'unanimité que la preuve d'un meurtre au deuxième degré qui incombait à la poursuite n'était

I agree with that conclusion. Where the learned judges differed was whether the error was harmless.

[30] Moldaver J.A. was of the view that a new trial was unnecessary, but he nevertheless acknowledged that "[t]he governing principle is that the curative proviso will generally not be available in cases where an included offence (or in this case, a lesser offence) is not left with the jury and the jury convicts of a more serious offence" (para. 137 (emphasis added)). In his view, however, the decision in *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, where the issue was the subjective foresight of the victim's death, allows an appellate court in some circumstances to apply the curative proviso on the basis of factual findings implicit in a murder conviction where the jury is instructed on an included offence but the instruction is tainted by legal error.

[31] Whether or not implicit findings of fact can be relied on for this purpose in such a case will depend on the circumstances, as Moldaver J.A. acknowledges (para. 165). It may be possible in the case of some errors of law to "trace their effect on the verdict and ensure that they made no difference" (*Khan*, at para. 30), but I do not believe it can be done in this case. The errors referred to by the Court in *Khan* referred to cases where the "triviality of the error itself, or the lack of prejudice caused by a more serious error of law", attracted the application of the curative proviso (*ibid.*). A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. I agree with Doherty J.A. that "failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error" (para. 87). In my view, that general rule should apply here, and the Crown's argument to the contrary should be rejected not because of a concern that "the palatability of a potential verdict [of acquittal] may have played a role in

pas « accablante ». Je souscris à cette conclusion. Les juges ne s'entendaient pas cependant sur la question de savoir si l'erreur était inoffensive.

[30] Le juge Moldaver était d'avis que la tenue d'un nouveau procès n'était pas nécessaire, mais il a tout de même reconnu que [TRADUCTION] « [l]e principe directeur de la disposition réparatrice veut qu'elle ne sera généralement pas appliquée dans les cas où une infraction comprise (ou en l'espèce, une infraction moins grave) n'est pas soumise à l'appréciation du jury et que ce dernier déclare l'accusé coupable d'une infraction plus grave » (par. 137 (je souligne)). Toutefois, selon lui, l'arrêt *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516, où la question portait sur la prévision subjective du décès de la victime, permet à une cour d'appel, dans certaines circonstances, d'appliquer la disposition réparatrice en se fondant sur les conclusions factuelles qui se dégagent de la déclaration de culpabilité pour meurtre lorsque le jury reçoit des directives concernant une infraction comprise, mais que ces directives sont entachées d'une erreur de droit.

[31] La question de savoir si les conclusions factuelles implicites peuvent être invoquées à cette fin dans un tel cas dépendra des circonstances, comme le juge Moldaver l'a reconnu (par. 165). Il peut être possible dans le cas de certaines erreurs de droit de « déterminer les incidences sur le verdict et de s'assurer qu'elles n'y avaient rien changé » (*Khan*, par. 30), mais je ne crois pas que cela puisse se faire en l'espèce. Les erreurs que relève la Cour dans *Khan* renvoient à des affaires dans lesquelles le « caractère anodin de l'erreur ou l'absence de préjudice résultant d'une erreur de droit plus grave » ont justifié l'application de la disposition réparatrice (*ibid.*). L'omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories. Je suis d'accord avec le juge Doherty pour dire que [TRADUCTION] « le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision » (par. 87). À mon avis, cette règle générale s'applique en

the jury's decision" (Moldaver J.A., at para. 162), but because the jury was never presented with the option of delivering a verdict (attempted murder) that matched an important branch of the theory of the defence.

[32] The defence *did* secure significant admissions in the cross-examination of the pathologist called by the Crown, Dr. Brian Johnston, who actually performed the autopsy on the victim. He did not rule out cocaine as the sole cause of death, and he agreed that on the issue of the cause of death "reasonable pathologists could disagree" as to whether death was caused by the gunshot wound or by the effects of cocaine (A.R., vol. VIII, at p. 78).

[33] While Dr. Joel Freeman, the surgeon who operated on Noël after the shooting, was clearly of the view that death resulted from the injuries inflicted by the gunshot, he described the death as wholly unexpected:

Q. ... [Y]ou said you'd never seen someone die from a fatal pulmonary embolism in the circumstances that existed in this case, right? That kind of circumstance?

A. That's right.

Q. In fact, it would be fair to say in your mind it's really, sort of, a freak situation that anything like this could have happened to him?

A. That's correct. [A.R., vol. IX, at p. 184]

Dr. Freeman did not participate in the autopsy.

[34] Those admissions *did* lay an evidentiary foundation for the conclusion that even if murderous intent were found to have existed, there remained a reasonable doubt on the issue of causation.

l'espèce et l'argument du ministère public à l'effet contraire devrait être rejeté non pas par crainte que [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict [l'acquittement] a peut-être influencé la décision du jury » (le juge Moldaver, par. 162), mais parce que le jury ne s'est jamais vu offrir la possibilité de rendre un verdict (la tentative de meurtre) qui correspondait à un aspect important de la thèse de la défense.

[32] La défense *a effectivement* obtenu des admissions importantes lors du contre-interrogatoire du pathologiste assigné par le ministère public, le D[r] Brian Johnston, qui a pratiqué l'autopsie sur la victime. Il n'a pas écarté la possibilité que la cocaïne soit la seule cause du décès, et il a reconnu que, pour ce qui est de la cause du décès, [TRADUCTION] « des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre » sur la question de savoir si le décès a été causé par la blessure par balle ou par les effets de la cocaïne (d.a., vol. VIII, p. 78).

[33] Bien que le D[r] Joel Freeman, le chirurgien qui a opéré M. Noël après la fusillade, était clairement d'avis que le décès était attribuable aux blessures infligées par le coup de feu, il a affirmé que le décès était tout à fait inattendu :

[TRADUCTION]

Q. ... [V]ous avez dit que vous n'aviez jamais vu quelqu'un mourir d'une embolie pulmonaire fatale dans les circonstances de l'espèce, n'est-ce pas? Ce genre de circonstances?

R. C'est vrai.

Q. En fait, il serait juste de dire que vous estimez qu'il s'agit vraiment, plutôt, d'une bizarrerie que tout ça ait pu lui arriver?

R. Tout à fait. [d.a., vol. IX, p. 184]

Le D[r] Freeman n'a pas participé à l'autopsie.

[34] Ces aveux *ont effectivement* permis de conclure par cette preuve que même s'il était jugé que les accusés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, il restait un doute raisonnable quant au lien de causalité.

[35] It is true, as Moldaver J.A. emphasized, that in the end, the jury *did* deliver a verdict of second degree murder. However, it is not enough to say that it was open to the jury to come to a compromise verdict of manslaughter.

[36] Such a verdict would be quite wrong if, in the jury's view, the respondents acted with murderous intent, and the troubling issue was whether Noël's death was caused by their conduct. As Callinan J. observed in *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, "It is contrary to human experience that in situations in which a choice of decisions may be made, what is chosen will be unaffected by the variety of the choices offered, particularly when, as here, a particular choice was not the only or inevitable choice" (para. 101). In the present case, although the jury had the option of a verdict of manslaughter or no verdict at all, they were not provided with the choice of attempted murder which would have corresponded with an important defence argument.

[37] A related point arose in *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573. After a trial involving a charge of first degree murder against two individuals, the trial judge set out a number of plausible scenarios, but in none of them was it suggested that one of the accused (Davy) might only be guilty of manslaughter. The jury returned a verdict of second degree murder against him. Having concluded that failure to leave manslaughter with the jury was an error, McLachlin J. (as she then was), for the majority of the Court, declined to apply the curative proviso because

> I am not satisfied that it is clear that a jury, properly instructed, would necessarily have returned a verdict of second degree murder against Davy. He was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. We cannot be certain that if this had been done,

[35] Il est vrai, comme l'a souligné le juge Moldaver, qu'en fin de compte, le jury *a* rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Cependant, il ne suffit pas de dire que le jury pouvait arriver à un compromis et prononcer un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

[36] Il serait vraiment injustifié de rendre un tel verdict si, selon les jurés, les intimés avaient agi avec l'intention de commettre un meurtre et si la question troublante était de savoir si le décès de M. Noël avait été causé par leur conduite. Comme le juge Callinan l'a fait remarquer dans *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, [TRADUCTION] « [i]l est contraire à l'expérience humaine que, dans les situations où un choix parmi des décisions peut être fait, le choix de la décision ne sera pas influencé par la variété des choix offerts, surtout quand, comme en l'espèce, un choix en particulier n'était pas le seul choix ou le choix inévitable » (par. 101). En l'espèce, bien que le jury ait eu le choix entre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable et aucun verdict, il n'avait pas la possibilité de choisir un verdict de culpabilité de tentative de meurtre, lequel aurait correspondu à un argument important de la défense.

[37] Une question connexe a été soulevée dans l'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573. À l'issue d'un procès sur une accusation de meurtre au premier degré intenté contre deux personnes, le juge de première instance a exposé un certain nombre de scénarios plausibles, mais dans aucun cas n'a-t-il indiqué que l'un des accusés (Davy) pourrait n'être coupable que d'homicide involontaire coupable. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Ayant conclu que le fait de ne pas soumettre l'homicide involontaire coupable à l'appréciation du jury était une erreur, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) rédigeant les motifs des juges majoritaires de la Cour, a refusé d'appliquer la disposition réparatrice pour les raisons suivantes :

> Je ne suis pas convaincue qu'il est évident qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait nécessairement prononcé contre Davy un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Davy avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de culpabilité

and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different. This is, consequently, not a proper case for the application of s. 686(1)(*b*)(iii). [pp. 593-94]

[38] In the present case, counsel for the defence *did* request that the jury charge include an instruction on "attempted murder" — which would have been open to the jury to accept on the evidence. Though the trial judge was willing to do so initially, he declined to do so following the Crown's objection.

[39] I do not think the trial judge's error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence can be dismissed as "harmless" because, in the language of *Jackson*, "[w]e cannot be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different" (pp. 593-94). In the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy this mistake.

[40] The trial judge himself commented, as mentioned, that "if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . ., that will be a fatal error" (A.R., vol. XII, at p. 21). I believe that the trial judge was correct in that observation.

V. Disposition

[41] I would dismiss the appeal.

The reasons of Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

[42] CROMWELL J. (dissenting) — I agree with my colleague Binnie J., for the reasons he sets out, that attempted murder was an offence which ought to have been left to the jury and that we should not "water down" our approach to applying the

d'homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l'appréciation du jury. Nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)*b*)(iii). [p. 593-594]

[38] En l'espèce, l'avocat de la défense *a* demandé que l'exposé au jury comprenne une directive sur la « tentative de meurtre » — que le jury aurait pu accepter ou non compte tenu de la preuve. Bien que le juge de première instance ait d'abord accepté de le faire, il a refusé lorsque le ministère public s'y est opposé.

[39] Je ne crois pas que l'erreur commise par le juge de première instance en refusant d'exposer à l'appréciation du jury la possibilité d'un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve puisse être considérée comme une erreur « inoffensive » car, suivant l'arrêt *Jackson*, « [n]ous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent » (p. 593-594). Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour d'appel ne pouvait pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger cette erreur.

[40] Le juge de première instance lui-même a déclaré, comme je l'ai déjà signalé, que [TRADUCTION] « s'il s'avère que la tentative de meurtre est comprise dans l'infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s'agira d'une erreur fatale » (d.a., vol. XII, p. 21). J'estime qu'il avait raison.

V. Décision

[41] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Rothstein et Cromwell rendus par

[42] LE JUGE CROMWELL (dissident) — Pour les raisons exposées par le juge Binnie dans ses motifs, je suis d'accord avec lui pour dire que la tentative de meurtre était une infraction que le juge du procès aurait dû soumettre au jury et que nous ne

proviso as proposed by Moldaver J.A. (as he then was) dissenting in the Court of Appeal. However, I respectfully disagree with my colleague on the application of the proviso in the circumstances of this case. No one questions that the trial judge gave the jury complete and accurate instructions on causation. The jury's verdict necessarily means that they were persuaded beyond a reasonable doubt that the gunshots caused the deceased's death. The admitted error was failing to provide instructions on attempted murder. Those instructions would only have been relevant if the jury had a doubt about causation, which, as their verdict unambiguously attests, they did not. In those circumstances, in my respectful opinion, the error clearly had no impact on the verdict. I would allow the appeal and restore the convictions entered at trial.

devrions pas « diluer » notre approche relativement à l'application de la disposition réparatrice de la manière proposée par le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel. Toutefois, je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue quant à l'application de cette disposition dans les circonstances de l'espèce. Personne ne met en doute que le juge du procès a donné aux jurés des directives exactes et exhaustives sur la question du lien de causalité. Il ressort nécessairement du verdict rendu par les jurés que ceux-ci étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que les coups de feu avaient causé la mort du défunt. L'erreur — qui est d'ailleurs admise — est l'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre. Ces directives n'auraient cependant été pertinentes que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité, ce qui n'est pas le cas, comme en témoigne de façon non équivoque son verdict. À mon humble avis, dans ces circonstances l'erreur en cause n'a manifestement eu aucune incidence sur le verdict. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

[43] The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt (A.R., vol. XV, at p. 157). The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both respondents. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the deceased's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict.

[43] De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité (d.a., vol. XV, p. 157). Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux intimés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort du défunt. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury.

[44] I accept that the trial judge erred in law by failing to instruct the jury about the possible verdict of attempted murder. It was fairly available on the

[44] Je reconnais que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne précisant pas au jury dans ses directives qu'il pouvait rendre un verdict de

evidence. The Crown has not pressed the rather technical argument that ultimately persuaded the trial judge that he could not leave that option with the jury. The question is whether the Crown has discharged its burden to show that this error, which is not a minor one viewed in the abstract, in fact had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30.

[45] As noted, it is not suggested that the jury was misdirected on the issue of causation or reasonable doubt or anything else for that matter. In the event that the jury had not been persuaded beyond a reasonable doubt on the issue of causation, attempted murder would have been a possible verdict for them to consider. However, the jury's verdict is inconsistent with that possibility. In my respectful view, the trial judge's failure to give directions on the offence of attempted murder could not possibly have had any effect on the outcome of this trial, and it may safely be said that this omission occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

[46] The jury's findings may be considered in assessing the impact of an error. Of course, care must be taken in doing so. Findings that might have been influenced by an error cannot be relied on, for example. However, it is clearly the case that the jury's findings, to the extent that they could not have been affected by any error, may be considered and given weight in assessing whether the error could possibly have affected the result.

[47] *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, is an example. There, the Crown had indicated an intention to call a witness and then had failed to do so. The trial judge erred by refusing to allow defence counsel to comment on this in his closing address to the jury. The Court applied the proviso. The conviction, the Court reasoned, showed

tentative de meurtre. Compte tenu de la preuve, il leur était certainement loisible de prononcer un tel verdict. Le ministère public n'a pas insisté sur l'argument plutôt technique qui a en définitive convaincu le juge du procès qu'il ne pouvait pas soumettre ce verdict au jury. La question consiste à se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer que cette erreur qui, considérée dans l'abstrait, n'est pas sans importance, n'a dans les faits toutefois eu aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30.

[45] Comme je l'ai souligné plus tôt, personne ne prétend que le jury a reçu des directives erronées sur la question du lien de causalité, sur celle du doute raisonnable ni d'ailleurs sur quelque autre question que ce soit. Si le jury n'avait pas été convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de la question du lien de causalité, il lui aurait été possible d'envisager le verdict de tentative de meurtre. Toutefois, le verdict qu'il a rendu ne cadre pas avec cette possibilité. À mon humble avis, l'omission du juge de première instance de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre ne peut pas vraiment avoir eu quelque incidence sur l'issue du procès et on peut, sans risque de se tromper, affirmer que cette omission n'a causé aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

[46] Les conclusions du jury peuvent être prises en compte pour apprécier l'incidence d'une erreur. Il faut évidemment faire montre de prudence dans un tel cas. Par exemple, on ne saurait retenir des conclusions qui ont pu être influencées par une erreur. Toutefois, il est clair que, dans la mesure où les conclusions tirées par le jury n'ont été affectées par aucune erreur, il est permis de les considérer et de leur accorder de l'importance pour décider si l'erreur a pu influer sur le résultat.

[47] L'arrêt *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, est un exemple d'une telle situation. Dans cette affaire, le ministère public avait indiqué son intention d'assigner un témoin, mais ne l'a pas fait. Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter ce point dans son exposé final au jury. Notre Cour

that the jury must have accepted one witness's uncorroborated evidence. It followed that depriving defence counsel of the right to comment on the omitted witness could not reasonably be thought to have affected the result. Thus, in applying the proviso in that case, the Court looked to the conclusions necessarily reached by the jury as reflected in their verdict and used those conclusions to assess whether there was any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made.

[48] The present case, in my view, is an even stronger one for following this approach. We are not here engaged, as the Court was in *Jolivet*, in trying to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. Here, the task of assessing the impact of the error is much more straightforward: the failure to instruct on attempted murder could have had no effect, given that a properly instructed jury found that causation had been proved beyond a reasonable doubt. Proof of causation made the instructions on attempted murder legally and factually irrelevant to the jury's deliberations. I would add that there was nothing that emerged during the jury's deliberations to detract from this view. The jury deliberated for five days and asked some questions, but they did not raise any question about causation.

[49] Wrong instructions or the omission of required instructions may have an impact on a jury's other findings and, as I noted earlier, that will make it inappropriate to rely on those findings in applying the proviso. *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, is an example. The trial judge erred by not telling the jury that the accused Davy could be found guilty of manslaughter as a party to the offence even if they convicted his co-accused Jackson of murder. The trial judge in

a appliqué la disposition réparatrice, raisonnant qu'il ressortait de la déclaration de culpabilité que le jury devait avoir retenu le témoignage non corroboré d'un témoin. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait raisonnablement considérer que le fait d'avoir privé l'avocat de la défense du droit de commenter l'absence du témoin avait influencé l'issue du procès. Par conséquent, en appliquant la disposition réparatrice dans cette affaire, la Cour a pris en considération les conclusions qu'avait nécessairement tirées le jury, compte tenu de son verdict, et elle s'en est servie pour déterminer s'il existait une possibilité raisonnable qu'un verdict différent aurait été rendu n'eût été l'erreur.

[48] Selon moi, nous sommes en présence d'un cas où l'application de cette approche se justifie encore davantage. En effet, nous ne tentons pas, comme le faisait la Cour dans *Jolivet*, de déterminer quel effet un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. En l'espèce, l'appréciation de l'impact de l'erreur est beaucoup plus simple : l'omission de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre n'a pas pu avoir d'incidence, puisque le jury — qui avait par ailleurs reçu des directives appropriées — a conclu que le lien de causalité avait été prouvé hors de tout doute raisonnable. En raison de cette preuve, les directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'étaient pas pertinentes, juridiquement et factuellement, pour les délibérations du jury. J'ajouterais qu'il n'est rien survenu durant les délibérations du jury qui vienne contredire cette opinion. Le jury a délibéré pendant cinq jours et il a effectivement posé un certain nombre de questions, mais aucune ne portait sur le lien de causalité.

[49] Il est possible que le fait de donner des directives erronées ou d'omettre de donner des directives requises ait une incidence sur les conclusions du jury sur une autre question, auquel cas, comme je l'ai indiqué précédemment, il ne convient pas de se fonder sur de telles conclusions pour décider de l'application de la disposition réparatrice. L'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, constitue un exemple de ce genre de situation. Dans cette affaire, le juge du procès

fact instructed the jury that "[a]ll parties to the offence are equally guilty" and expressed the view that it was "unlikely" that Davy could be guilty of manslaughter (pp. 588 and 590). Thus, the trial judge not only failed to tell the jury that Davy could be guilty of manslaughter even if they found Jackson guilty of murder, but, in addition, the judge's instructions could well have led the jury to believe the opposite. These instructions tainted Davy's conviction for murder. In those circumstances, it was not an answer to the erroneous instructions to say that the jury had convicted Davy of murder. They had been misdirected on that offence by the judge's instructions that all parties to the offence are equally guilty (pp. 592-93). The error could not therefore be treated as harmless with respect to the conviction for murder.

[50] I acknowledge that there is authority from the highest courts of Australia and the United Kingdom to the effect that failure to instruct on manslaughter will almost always be fatal to a conviction for murder, even when the instructions on the offence of murder were impeccable: see, e.g., *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635 (P.C.); *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. This Court has on at least one occasion referred with approval to this approach: *Jackson*, at p. 593. However, my respectful view is that the reasoning underlying this approach is inconsistent and faulty and should not be followed, especially when the issue before the jury does not involve the difficult distinction between the mental states for murder and manslaughter.

avait commis une erreur en ne disant pas aux jurés qu'ils pouvaient déclarer l'accusé Davy coupable d'homicide involontaire coupable en tant que participant à l'infraction, même s'ils déclaraient son coaccusé Jackson coupable de meurtre. Dans ses directives aux jurés, le juge leur a en fait dit que « [t]ous les participants à l'infraction sont coupables au même titre » et il a exprimé l'avis qu'il était « peu probable » que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable (p. 588 et 590). Par conséquent, le juge avait non seulement omis de dire aux jurés qu'ils pouvaient déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable, et ce, même s'ils déclaraient Jackson coupable de meurtre, mais, de surcroît, ses directives ont très bien pu amener le jury à conclure le contraire. Ces directives ont entaché la déclaration de culpabilité pour meurtre prononcée contre Davy. Dans ces circonstances, on ne pouvait défendre les directives erronées en affirmant que les jurés avaient déclaré Davy coupable de meurtre. Ceux-ci avaient reçu du juge, à l'égard de cette infraction, des directives erronées affirmant que tous les participants à l'infraction étaient coupables au même titre (p. 592-593). L'erreur ne pouvait donc pas être traitée comme étant sans gravité quant à la déclaration de culpabilité pour meurtre.

[50] Je reconnais qu'il ressort d'arrêts émanant des plus hauts tribunaux de l'Australie et du Royaume-Uni que l'omission de donner des directives sur l'infraction d'homicide involontaire coupable est presque toujours fatale à une déclaration de culpabilité pour meurtre, même lorsque les directives données à l'égard de cette infraction étaient impeccables : voir, p. ex., *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635 (C.P.); *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. À au moins une occasion, notre Cour s'est référée à cette approche en l'approuvant : *Jackson*, p. 593. Toutefois, j'estime que le raisonnement qui la sous-tend est illogique et erroné et ne devrait pas être suivi, particulièrement dans les cas où la question soumise au jury ne soulève pas la difficile distinction entre l'élément psychologique requis à l'égard de l'infraction de meurtre et celui exigé à l'égard de l'homicide involontaire coupable.

[51] To begin, while the results of this line of authority are consistent, the reasoning underlying it is not. One explanation as to why the jury's finding should not be given weight is that "a jury room might not be a place of undeviating intellectual and logical rigour": *Gilbert*, *per* Callinan J., at para. 96. Thus, absent knowledge about the possibility of conviction for a lesser offence, the jury may have convicted "out of a reluctance to see the defendant get clean away with what, on any view, was disgraceful conduct": *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), at p. 68. As Moldaver J.A. put it in his dissenting reasons in the present case, "the palatability of a potential verdict may have played a role in the jury's decision": 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, at para. 162.

[51] Tout d'abord, bien que dans ces précédents le résultat soit le même, le raisonnement qui le supporte ne l'est pas. Une raison qui a déjà été invoquée afin d'expliquer pourquoi il ne faut pas accorder de poids à la conclusion du jury serait que [TRADUCTION] « la salle de délibération du jury n'est peut-être pas un lieu où règne une rigueur logique et intellectuelle implacable » : *Gilbert*, le juge Callinan, par. 96. Par conséquent, ne sachant pas qu'ils pouvaient prononcer un verdict de culpabilité à l'égard d'une infraction moindre, les jurés ont peut-être conclu à la culpabilité [TRADUCTION] « de crainte de voir le défendeur s'en tirer complètement malgré une conduite qui, indépendamment du point de vue, était scandaleuse » : *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), p. 68. Comme l'a affirmé en l'espèce le juge Moldaver de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents, [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict a peut-être influencé la décision du jury » : 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, par. 162.

[52] Doherty J.A., writing for a majority of the Court of Appeal in the present case, adopted a version of this reasoning. He held that the error was significant because "a jury's fact-finding on a specific issue such as causation could be subconsciously influenced by what it is told about the legal consequences of that fact-finding" (para. 94 (emphasis added)). This seems to me to be, in essence, the point that the jury might be reluctant to see the accused "get clean away". While Doherty J.A. did "not suggest that the jury was in fact influenced by what it was told about the consequences of its fact-finding on the causation issue", he maintained that "there is sufficient uncertainty as to whether the jury's fact-finding on the question of causation was tainted by the non-direction on attempted murder" (para. 96).

[52] Rédigeant l'opinion de la majorité de la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe, le juge Doherty a adopté une version de ce raisonnement. Il a conclu que l'erreur était importante, parce que [TRADUCTION] « l'appréciation des faits par les jurés sur une question précise, tel le lien de causalité, pourrait être inconsciemment influencée par ce qu'on leur a dit à propos des conséquences juridiques de cette appréciation des faits » (par. 94 (je souligne)). Essentiellement, cela me semble correspondre à l'argument voulant que le jury puisse craindre de voir l'accusé « s'en tirer complètement ». Bien que le juge Doherty « ne prétend[e] pas que le jury a effectivement été influencé par ce qu'on lui a dit à propos des conséquences de son appréciation des faits relativement à la question du lien de causalité », il a affirmé qu'« il exist[ait] suffisamment d'incertitude pour ce qui est de savoir si l'appréciation des faits par le jury relativement à la question du lien de causalité a[vait] été entachée par l'absence de directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre » (par. 96).

[53] Respectfully, this is an elegantly understated way of expressing what to me is an unacceptable

[53] Avec égards pour l'opinion du juge Doherty, il s'agit d'une façon élégamment réductrice de

proposition: appellate courts should assume that a jury might relax the standard of proof of causation because the alternative would be to let the accused walk. I cannot agree, on such speculative grounds, to set aside a jury verdict of 12 citizens who are presumed to have honoured their oath and who received impeccable legal instructions on the very issue in contention.

[54] If this reasoning is accepted, where might the risk of this sort of "subconscious" influence stop? Perhaps it could "taint" the jury's consideration of the issue of identification. After all, if the jury were not sure beyond a reasonable doubt that the respondents were the perpetrators, a horrible crime might go unpunished. Perhaps the jury "subconsciously" allowed that to influence their assessment of the identification evidence. Might it have "tainted" the jury's consideration of the accomplice's role? Did it colour their consideration of the question of intention? This sort of speculation at the jury's expense has no basis in fact and necessarily imputes to the jurors — and all 12 of them at that — a "subconscious" failure to fulfill their sworn duty.

[55] A second approach taken in these authorities is simply to assert that the trial judge's failure to give legal instructions on an available lesser, alternative verdict that should have been left with the jury is an injustice: see, e.g., *Coutts*, *per* Lord Hutton, at paras. 56 and 61. This approach is not based on an assumption that the jury may have chosen perhaps subconsciously to ignore the instructions they were given in order to avoid an unpalatable verdict. Respectfully, however, this second line of reasoning is simply the assertion of a conclusion that the omitted instruction gave rise to an injustice. It does not explain why the jury's unambiguous finding, which, as a matter of law and logic, is untainted by error, cannot be relied on

formuler une proposition selon moi inacceptable, à savoir que les tribunaux d'appel devraient présumer qu'un jury a pu assouplir la norme de preuve applicable à l'égard du lien de causalité, parce que la seule autre possibilité qui s'offrait à lui était de laisser l'accusé s'en tirer. Je ne puis accepter, sur la base de telles conjectures, d'écarter le verdict rendu par un jury de 12 personnes qui sont présumées avoir respecté leur serment et qui ont reçu des directives juridiques impeccables sur la question même qui était en litige.

[54] Si on souscrivait à ce raisonnement, où s'arrêterait le risque de ce genre d'influence « inconsciente »? Cette influence pourrait peut-être « entacher » l'examen par le jury de la question de l'identification. Après tout, si le jury n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que les intimés étaient les auteurs du crime, un crime horrible pouvait rester impuni. Peut-être que le jury a « inconsciemment » laissé cette considération influencer son appréciation de la preuve d'identification. Cette influence a-t-elle pu « entacher » son examen du rôle du complice? A-t-elle affecté son examen de la question de l'intention? Ce genre de conjectures aux dépens du jury ne repose sur aucune assise factuelle et impute nécessairement au jury — et à chacun de ses 12 membres d'ailleurs — le fait d'avoir omis de façon « inconsciente » de s'acquitter de leur devoir solennel.

[55] Une deuxième approche adoptée dans ces précédents consiste tout simplement à affirmer que constitue une injustice le fait pour le juge du procès d'omettre de donner au jury des directives juridiques concernant un autre verdict possible, qui devait lui être soumis et portait sur une infraction moins grave : voir, p. ex., *Coutts*, le lord Hutton, par. 56 et 61. Cette approche ne repose pas sur l'hypothèse que les jurés ont pu décider, inconsciemment peut-être, de faire abstraction des directives qui leur ont été données afin d'éviter de rendre un verdict qui leur était inacceptable. En toute déférence, ce deuxième raisonnement revient simplement à énoncer la conclusion que l'omission de formuler les directives requises a causé une

to show, in the particular circumstances, that the omission or misdirection was harmless.

[56] In my respectful view, this sort of reasoning rests on either speculation at the jury's expense or the simple assertion of a conclusion.

[57] I also am of the view that there is a risk of extending this line of cases which, for the most part, dealt with murder convictions where manslaughter was a live possibility on the evidence at trial but was not left with the jury or was left in an erroneous way. In such cases, there will often be at least some articulable basis to think that a proper charge on manslaughter might have helped the jury to understand the rather subtle but important differences between the mental elements of that offence and murder. Of course, in this case, it cannot be suggested (and was not) that a proper charge on attempted murder could have assisted the jury's comprehension of the law of causation. Nothing about the legal elements of the offence of attempted murder could possibly have assisted the jury's understanding of the requirement that the Crown establish causation beyond a reasonable doubt.

[58] One is therefore left with the speculative chance of some "subconscious" effect prompted by the jury's supposed reluctance to acquit the respondents or the simple assertion that failure to give the omitted instruction generally constitutes an injustice. I respectfully cannot accept either approach. The first relies on speculation that in my respectful view is wrong in law, wrong as a matter of policy and insufficiently respectful of

injustice. Il n'explique pas pourquoi la conclusion non équivoque tirée par le jury — conclusion qui, tant sur le plan du droit que de la logique, n'est entachée d'aucune erreur — ne peut être invoquée pour démontrer, dans les circonstances de l'espèce, que l'omission de donner des directives ou la formulation de directives erronées n'a entraîné aucune conséquence.

[56] À mon humble avis, ce genre de raisonnement repose soit sur des conjectures faites aux dépens du jury, soit sur la simple énonciation d'une conclusion.

[57] J'estime également qu'il y a un risque à élargir l'application de ces précédents qui, pour la plupart, portaient sur des déclarations de culpabilité pour meurtre, dans des cas où, eu égard à la preuve présentée au procès, un verdict de culpabilité pour homicide involontaire constituait une possibilité réelle, mais n'avait toutefois pas été soumis au jury ou l'avait été de façon erronée. Dans de telles situations, il existera souvent au moins quelques raisons énonçables de croire que la formulation de directives adéquates sur l'infraction d'homicide involontaire coupable aurait pu aider le jury à comprendre les différences — assez subtiles mais néanmoins importantes — entre l'élément psychologique de cette infraction et celui requis à l'égard du meurtre. Bien sûr, dans la présente affaire on ne saurait prétendre (et on ne l'a d'ailleurs pas fait) que des directives adéquates au sujet de l'accusation de tentative de meurtre auraient pu aider le jury à comprendre le droit relatif au lien de causalité. Rien dans les éléments juridiques de l'infraction de tentative de meurtre n'aurait pu vraiment aider le jury à saisir l'obligation qu'a le ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien de causalité.

[58] Il ne reste donc plus que l'hypothétique possibilité d'un quelconque effet « inconscient » suscité par la supposée réticence du jury à acquitter les intimés ou encore la simple affirmation que l'omission de donner des directives à propos de la tentative de meurtre constitue d'ordinaire une injustice. Je ne puis souscrire à l'une ou l'autre de ces approches. La première repose sur des conjectures qui, à mon humble avis, sont erronées

the jury's efforts over five days of deliberations to reach a true verdict. The second approach in these authorities in my respectful view is unsupported by logic or principle.

[59] In short, my view is that the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same. The issue is not whether the evidence of guilt was "overwhelming". It was not. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. The jury's verdict in the circumstances of this case shows that there was not.

[60] I would allow the appeal and restore the jury's verdicts at trial.

Appeal dismissed, DESCHAMPS, ROTHSTEIN *and* CROMWELL JJ. *dissenting.*

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

Solicitors for the respondent Robert Sarrazin: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the respondent Darlind Jean: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

tant sur le plan du droit que des politiques générales, et qui ne respectent pas suffisamment les efforts qu'a déployés le jury, pendant ses cinq jours de délibération, afin de rendre un verdict juste. La deuxième approche préconisée dans les précédents mentionnés plus tôt ne repose selon moi ni sur la logique ni sur des principes.

[59] En résumé, je suis d'avis que le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même. La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante ». Elle ne l'était pas. Il s'agit plutôt de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. Il ressort du verdict rendu par le jury dans les circonstances de l'espèce que cette erreur n'a eu aucune incidence.

[60] J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les verdicts rendus par le jury au procès.

Pourvoi rejeté, les juges DESCHAMPS, ROTHSTEIN *et* CROMWELL *sont dissidents.*

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

Procureurs de l'intimé Robert Sarrazin : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intimé Darlind Jean : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Amandeep Banwait *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BANWAIT

2011 SCC 55

File No.: 34044.

2011: November 8.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — First degree murder — Trial judge properly instructed jury on relationship between planning and deliberation and murder.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, MacPherson and Simmons JJ.A.), 2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130, 265 C.C.C. (3d) 201, 82 C.R. (6th) 87, [2010] O.J. No. 5472 (QL), 2010 CarswellOnt 9673, setting aside the accused's conviction for first degree murder and substituting a conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Gillian E. Roberts and *Stacey D. Young*, for the appellant.

Philip Campbell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons set out by MacPherson J.A. at paras. 178-89 of his dissenting judgment (2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130).

[2] The appeal is allowed and the conviction for first degree murder restored.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Amandeep Banwait *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BANWAIT

2011 CSC 55

N° du greffe : 34044.

2011: 8 novembre.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Directives adéquates du juge du procès au jury quant au lien requis entre le meurtre et les notions de planification et de délibération.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, MacPherson et Simmons), 2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130, 265 C.C.C. (3d) 201, 82 C.R. (6th) 87, [2010] O.J. No. 5472 (QL), 2010 CarswellOnt 9673, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour meurtre au premier degré et y a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au second degré. Pourvoi accueilli.

Gillian E. Roberts et *Stacey D. Young*, pour l'appelante.

Philip Campbell, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis d'accueillir l'appel pour les motifs exposés par le juge MacPherson de la Cour d'appel aux par. 178-189 de sa dissidence (2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130).

[2] L'appel est accueilli et la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré est rétablie.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Lax Kw'alaams Indian Band, represented by Chief Councillor Garry Reece on his own behalf and on behalf of the members of the Lax Kw'alaams Indian Band, and others *Appellants*

v.

Attorney General of Canada and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Metlakatla Band, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Gitxaala Nation, represented by Chief Elmer Moody on his own behalf and on behalf of the members of the Gitxaala Nation, and Te'Mexw Treaty Association *Interveners*

Bande indienne des Lax Kw'alaams, représentée par le conseiller en chef Garry Reece en son propre nom et au nom des membres de la bande indienne des Lax Kw'alaams, et autres *Appelants*

c.

Procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Bande de Metlakatla, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Nation Gitxaala, représentée par le chef Elmer Moody en son propre nom et au nom des membres de la Nation Gitxaala, et Association du traité des Te'Mexw *Intervenants*

INDEXED AS: LAX KW'ALAAMS INDIAN BAND *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

2011 SCC 56

File No.: 33581.

2011: February 17; 2011: November 10.

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

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2011 CSC 56

N° du greffe : 33581.

2011 : 17 février; 2011 : 10 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

Aboriginal law — Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Civil procedure — Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should

Droit des Autochtones — Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Procédure civile — Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit

be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of "lesser" rights was properly presented in pleadings.

Aboriginal law — Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.

This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams and other First Nations ("Lax Kw'alaams"), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of "all species of fish" within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The basis of the pre-contact society's culture and sustenance was the fishery. It had a subsistence economy with some trade — primarily a gift exchange between kin at feasts and potlatches or the exchange of luxury goods. The harvesting and consumption of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish, and eulachon were integral to its distinctive culture, but trade in fish or fish products other than the grease derived from the smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle) was held not to be integral to the distinctive culture of the pre-contact society. Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose. Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as "low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact . . . kinship relations".

The Lax Kw'alaams claimed not only the right to the commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters but asserted that the Crown has a fiduciary duty in that respect flowing from promises made in the reserve allocation process in the 1870s and 1880s. Finally, towards the end of the trial, they claimed what they described as lesser Aboriginal rights, including a right to sufficient fish which, "when converted to money", would enable them to "develop

ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de procédure ou d'une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moindre » a-t-elle été dûment demandée dans la plaidoirie écrite?

Droit des Autochtones — Obligation fiduciaire — Les données historiques étayent-elles l'existence d'une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?

Le pourvoi porte sur la revendication, par les Lax Kw'alaams et d'autres premières nations (« Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s'étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement « toutes les espèces de poisson » vivant dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Avant le contact avec les Européens, la subsistance et la culture de la société reposaient sur la pêche. Elle pratiquait une économie de subsistance et se livrait à une forme de commerce — principalement des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatchs, ou des échanges de biens de luxe. La récolte et la consommation du saumon, du flétan, de la rogue de hareng, des algues, des crustacés et de l'eulakane faisaient partie intégrante de leur culture distinctive, mais il a été statué que le commerce du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d'une graisse extraite d'un poisson qui ressemble à l'éperlan, l'eulakane ou poisson-chandelle (parce qu'on peut le brûler comme une chandelle une fois séché), ne faisait pas partie intégrante de la culture distinctive de la société précontact. La graisse d'eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison. La juge du procès a décrit le commerce d'autres espèces de poisson et produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, en disant qu'il « était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites [. . .] et était purement accessoire aux rapports entre parents [. . .] avant [le] contact avec les Européens ».

Les Lax Kw'alaams ont non seulement revendiqué le droit à la récolte et à la vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles, mais aussi affirmé que la Couronne a une obligation fiduciaire à cet égard en raison de promesses faites lors de l'attribution des réserves dans les années 1870 et 1880. Enfin, vers la fin du procès, ils ont revendiqué ce qu'ils ont qualifié de droits ancestraux moindres, notamment le droit de pêcher suffisamment de poisson

and maintain a prosperous economy", and a right to a food, social and ceremonial fishery.

The trial judge was not persuaded that the pre-contact customs, practices, and traditions supported the claimed Aboriginal rights to commercial activities and dismissed the claims. The Court of Appeal agreed and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The practices, customs and traditions of the pre-contact society do not provide an evidentiary springboard to a constitutionally protected Aboriginal right to harvest and sell all varieties of fish in a modern commercial fishery. The pre-contact society was not a trading people, except with respect to eulachon grease. As the trial judge found, such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral to the pre-contact society and did not define what made the pre-contact society what it was.

The Lax Kw'alaams contend that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support. In their view "before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group". This is not correct. When dealing with a s. 35(1) claim, the court should begin by characterizing the claimed Aboriginal right based on the pleadings. Making findings about the pre-contact way of life of the claimant group before characterizing the claimed right — the "commission of inquiry" approach — is not suitable in civil litigation, even in Aboriginal cases, where procedural rules are generously interpreted to facilitate the resolution of the underlying controversies in the public interest. Following that model would be illogical and contrary to authority, and would defy the relevant rules of civil procedure. Although the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice (including the amendment of pleadings), a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. Having characterized the claim, the court should determine whether the First Nation has proved the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings and that this practice was integral to the distinctive pre-contact society. Then, taking a generous though realistic approach, the court should determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the integral pre-contact practice. Finally, if the claimed right is found to

pour que ces prises, « une fois converties en argent », leur permettent de « développer et de maintenir une économie prospère » et le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

La juge du procès n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions précontact étayaient l'existence d'un droit ancestral à des activités commerciales et elle a rejeté les revendications. La Cour d'appel était d'accord avec elle et elle a rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les pratiques, coutumes et traditions de la société précontact ne peuvent servir de tremplin, sur le plan de la preuve, à un droit ancestral protégé constitutionnellement de récolter et de vendre toutes les sortes de poisson par la pratique d'une pêche commerciale moderne. La société précontact n'était pas un peuple qui faisait du commerce, sauf en ce qui concerne la graisse d'eulakane. La juge du procès a conclu que le commerce sporadique des autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était accessoire à la société précontact et ne faisait pas d'elle ce qu'elle était.

Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer. Selon eux, « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs ». Cela est inexact. Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) doit commencer par caractériser le droit ancestral revendiqué à partir des actes de procédure. Tirer des conclusions sur le mode de vie précontact du groupe de demandeurs avant de caractériser le droit revendiqué — soit, suivre la méthode apparentée à une « commission d'enquête » — ne convient pas dans un procès civil, même dans les affaires autochtones où les règles de procédure sont interprétées de façon libérale, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l'intérêt public. Appliquer cette méthode serait illogique, en discordance avec la jurisprudence et contraire aux règles de procédure civile applicables. Bien que les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue (y compris par la modification des actes de procédure), il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. Une fois la revendication caractérisée, le tribunal doit déterminer si la première nation a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans la procédure écrite et le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société distinctive avant son contact avec les Européens. Ensuite,

exist, it should be delineated with regard to conservation goals and other relevant objectives.

In this case, the attempt to build a modern commercial fishery on the narrow support of a limited ancestral trade in eulachon grease lacks sufficient continuity and proportionality. While an Aboriginal right is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, the claim in this case to a general commercial fishery would create a right qualitatively and quantitatively different from the pre-contact trade in eulachon grease. Qualitatively, trade in fish and fish products other than eulachon grease was peripheral to the pre-contact society. It is not enough to show that some element of trade was part of the pre-contact way of life if it was not distinctive or integral to that way of life. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact economy. Quantitatively, the short eulachon season and the laborious extraction method was likely of limited value relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive pre-contact people.

As to the claims to lesser rights, the conclusion that trade in fish apart from eulachon grease was not integral to the pre-contact society was as fatal to these claims as it was to the greater commercial claim. Further, had the claim to lesser rights been justified, it bristled with difficulty. The Crown was entitled to proper notice of what was being sought and to test the evidence directed to that issue, but the focus of the pleadings and evidence was on the claim to a commercial fishery, not the lesser rights. It was not clear what the claim meant, how it would be implemented, what standard of prosperity was sought, or the basis on which it would be quantified. All of these matters had far-reaching implications for fisheries management.

As to the claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes, the

le tribunal doit déterminer, en adoptant une approche libérale, mais réaliste, s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact faisant partie intégrante de la société. Enfin, si l'on constate l'existence du droit revendiqué, il faut en déterminer la teneur en tenant compte des objectifs de conservation et des autres objectifs pertinents.

En l'espèce, la tentative d'instaurer une pêche commerciale moderne sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral limité de la graisse d'eulakane ne comporte pas la continuité et la proportionnalité voulues. Bien qu'un droit ancestral soit susceptible d'évoluer, quant à son objet et à son mode d'exercice, la revendication en l'espèce d'un droit de pêche commerciale générale créerait un droit différent du commerce précontact de la graisse d'eulakane sur les plans qualitatif et quantitatif. Sur le plan qualitatif, le commerce d'autres espèces de poisson ou produits de la pêche que la graisse d'eulakane était accessoire à la société précontact. Il ne suffit pas de démontrer qu'une certaine forme de commerce faisait partie du mode de vie précontact, si elle n'en était pas un élément distinctif ou n'en faisait pas partie intégrante. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact. Sur le plan quantitatif, la courte durée de la saison de la pêche à l'eulakane et la méthode laborieuse d'extraction de la graisse avaient une valeur limitée par rapport à l'ensemble de la pêche précontact pratiquée par le peuple précontact vaillant et ingénieux.

En ce qui concerne la revendication de droits moindres, la conclusion que le commerce du poisson, hormis celui de la graisse d'eulakane, ne faisait pas partie intégrante de la société précontact portait un coup aussi fatal à cette revendication qu'à celle d'un droit commercial plus étendu. De plus, si la revendication de droits moindres avait été justifiée, elle comportait de nombreuses difficultés. La Couronne avait le droit d'être informée correctement de ce qui était demandé et de mettre à l'épreuve les éléments présentés à l'appui, mais les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication du droit de pêcher commercialement, et non de droits moindres. On ne savait pas avec certitude ce que signifiait la revendication, comment elle serait mise en œuvre, quelle était la norme de prospérité proposée ni sur quel fondement elle serait établie. Toutes ces questions avaient de très grandes conséquences sur la gestion des pêches.

En ce qui a trait à la revendication du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles,

Lax Kw'alaams presently hold communal Aboriginal licences in these respects. Their entitlement seems not to be contentious, and, as courts generally do not make declarations in the absence of a live controversy, it was within the trial judge's discretion to refuse to make such a declaration.

The arguments based on fiduciary duty or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them. The Crown had not made express or implied promises of any preferential access to the commercial fishery, and had made its intention to treat Aboriginal fishers in the same manner as other fishers clear.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009.

Authors Cited

Mitchell, Donald, and Leland Donald. "Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery" (2001), 43 *Anthropologica* 19.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett JJ.A.), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, affirming a decision of Satanove J., 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Appeal dismissed.

John R. Rich, F. Matthew Kirchner and *Lisa C. Glowacki*, for the appellants.

les Lax Kw'alaams détiennent actuellement des permis de pêche communautaires des Autochtones à ces fins. Leur droit ne semble pas être litigieux et, comme en règle générale les tribunaux ne font pas de déclaration en l'absence de litige actuel, le refus de faire pareille déclaration relevait du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

Les arguments fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer. La Couronne n'avait fait aucune promesse expresse ou implicite d'un quelconque droit préférentiel de pêcher commercialement et avait exprimé sans équivoque son intention d'accorder aux pêcheurs autochtones le même traitement qu'aux autres pêcheurs.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Ahousaht Indian Band c. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009.

Doctrine citée

Mitchell, Donald, and Leland Donald. « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, qui a confirmé une décision de la juge Satanove, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Pourvoi rejeté.

John R. Rich, F. Matthew Kirchner et *Lisa C. Glowacki*, pour les appelants.

Cheryl J. Tobias, Q.C., Sharlene Telles-Langdon and *James M. Mackenzie*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Patrick G. Foy, Q.C., for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

Malliha Wilson and *Michael E. Burke*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Maria Morellato, Q.C., and *Cheryl Sharvit*, for the intervener the Metlakatla Band.

J. Keith Lowes, for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance.

David M. Robbins and *Jay Nelson*, for the intervener the Gitxaala Nation.

Robert J. M. Janes and *Sarah E. Sharp*, for the intervener the Te'Mexw Treaty Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams First Nation and other First Nations listed in the Appendix to these reasons (herein collectively referred to as "Lax Kw'alaams"), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of "all species of fish" within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, subject only to such limits as can be justified under the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The commercial fisheries claim was part of a larger action asserting Aboriginal title, but the Aboriginal title issue was severed and has yet to go to trial.

Cheryl J. Tobias, c.r., Sharlene Telles-Langdon et *James M. Mackenzie*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Patrick G. Foy, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Malliha Wilson et *Michael E. Burke*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Maria Morellato, c.r., et *Cheryl Sharvit*, pour l'intervenante la Bande de Metlakatla.

J. Keith Lowes, pour les intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance.

David M. Robbins et *Jay Nelson*, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

Robert J. M. Janes et *Sarah E. Sharp*, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur la revendication, par la Première Nation des Lax Kw'alaams et d'autres premières nations dont la liste est jointe en annexe aux présents motifs (appelées collectivement « Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s'étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement [TRADUCTION] « toutes les espèces de poisson » qui vivent dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous réserve des seules restrictions justifiables selon le test établi dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La revendication relative à la pêche commerciale faisait partie d'une action plus vaste visant la reconnaissance d'un titre aborigène, mais la question du titre aborigène a été dissociée de l'instance et elle n'a pas encore été instruite.

[2] The trial judge rejected the commercial fisheries claim on the basis that, despite a year of factual and expert evidence, she was not persuaded that the Coast Tsimshian people's pre-contact customs, practices, and traditions supported such an Aboriginal right (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). To the limited extent that the Coast Tsimshian traded in fish and fish products, such trade was specific to a product derived from a single species, the eulachon. Trade in fish more generally was not integral to their distinctive society and thus did not provide a foundation for a s. 35(1) Aboriginal right to a modern wealth-generating "industrial" fishery. This conclusion was upheld by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). The Lax Kw'alaams say that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support.

[2] La juge du procès a rejeté la revendication du droit de pêche commerciale parce que, malgré la preuve factuelle et la preuve d'expert dont la présentation s'est échelonnée sur une année entière, elle n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions des Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens étayaient l'existence d'un tel droit ancestral (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). Dans la mesure, limitée, où les Tsimshians de la côte faisaient le commerce du poisson et des produits de la pêche, ce commerce était propre à un produit dérivé d'une seule espèce, l'eulakane. Le commerce du poisson en général ne faisait pas partie intégrante de leur société distinctive et ne pouvait donc servir d'assise à un droit ancestral, garanti par le par. 35(1), de pratiquer une pêche « industrielle » moderne, génératrice de richesse. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette conclusion (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser leur revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer.

[3] In the alternative, the Lax Kw'alaams argue that, quite apart from an Aboriginal right to harvest and sell fish on a full commercial scale, the evidentiary record establishes a variety of "lesser and included" Aboriginal rights, notably the right to a more limited commercial fishery (based in part on the traditional potlatch exchange) consisting of a right to harvest and sell fish and fish products sufficient "to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy" (Second Amended Statement of Claim, at para. 31). They seek, in the further alternative, a still more limited Aboriginal right to a food, social and ceremonial fishery. The British Columbia Court of Appeal decided, having regard to the state of the pleadings and the way in which the 126-day trial had unfolded, that the trial judge's decision not to deal with "'lesser' or 'included'" rights was a "judgment call" which she was entitled to make. In the trial judge's view, the trial from first to last had been about the right to a full-blown commercial

[3] Les Lax Kw'alaams soutiennent subsidiairement que la preuve au dossier établit, indépendamment d'un droit ancestral de récolter et de vendre du poisson à une échelle commerciale à part entière, un éventail de droits ancestraux « moindres et inclus », dont le droit de pratiquer une pêche commerciale plus restreinte (fondé en partie sur les échanges traditionnels lors des potlatchs), c'est-à-dire le droit de récolter et de vendre suffisamment de poisson et de produits de la pêche [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse, et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31). Les Lax Kw'alaams revendiquent aussi subsidiairement un droit ancestral encore plus restreint, soit celui de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que, compte tenu des actes de procédure, tels qu'ils ont été présentés, et du déroulement du procès qui a duré 126 jours, le refus de la juge du procès de se prononcer sur les droits [TRADUCTION] « "moindres" ou

fishery. Everything else was peripheral and not fully presented.

[4] The Lax Kw'alaams also support their claims on the basis of alleged promises by government officials (thus implicating the honour of the Crown) at the time of reserve creation in the 1880s. This, too, was rejected by the trial judge on the basis that no such promises had ever been made. Her finding of fact in this respect was also accepted by the British Columbia Court of Appeal.

[5] For the reasons that follow, I would uphold the conclusion of the Court of Appeal on all issues and dismiss the appeal.

I. Overview

[6] The trial judge acknowledged that prior to contact with Europeans, the Coast Tsimshian largely sustained themselves by an extensive fishery. They did not, however, engage in any significant *trade* in fish or fish products except for a grease derived from a smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle). Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as "low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch and ranked society" (para. 496).

[7] Eulachon were harvested for a few weeks every spring at the Nass River. The trial judge held:

In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the

"inclus" » était une « question d'appréciation » qui relevait de sa compétence. Selon la juge, du début à la fin du procès, il avait toujours été question du droit de pratiquer une pêche commerciale pleine et entière. Tout le reste était accessoire et n'a pas été vraiment plaidé.

[4] Les Lax Kw'alaams appuient en outre leurs revendications sur de prétendues promesses que leur auraient faites des représentants du gouvernement (mettant en cause l'honneur de la Couronne) lorsque les réserves ont été créées dans les années 1880. La juge du procès a également rejeté cet argument, ayant conclu qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite à quelque moment que ce soit. Sa conclusion de fait à cet égard a aussi été retenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel sur toutes les questions et de rejeter le pourvoi.

I. Aperçu

[6] La juge du procès a reconnu que les Tsimshians de la côte, avant leur contact avec les Européens, subvenaient en grande partie à leurs besoins en pratiquant une pêche de grande envergure. Ils ne faisaient toutefois pas véritablement le *commerce* du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d'une graisse extraite d'un poisson qui ressemble à l'éperlan, l'eulakane, aussi appelé poisson-chandelle (parce qu'on peut le brûler comme une chandelle une fois séché). En ce qui concerne les autres espèces de poisson et produits de la pêche, la juge du procès a dit que leur commerce [TRADUCTION] « était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites [. . .] et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens » (par. 496).

[7] On récoltait l'eulakane chaque printemps pendant quelques semaines dans la rivière Nass. La juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] J'estime qu'on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que

Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

A key issue in the case is therefore the question of continuity between the Coast Tsimshian people's pre-contact practice of rendering eulachon grease and trading the product thereby generated, on the one hand, and, on the other hand, their claim to a contemporary commercial fishery of all species for sale to non-Aboriginal as well as Aboriginal members of the public. The legal requirement for continuity between ancestral practices, customs and traditions and the modern claimed Aboriginal right incorporates, of course, an allowance for logical evolution within limits. This case, in part, is about where such limits should be drawn.

[8] The Lax Kw'alaams live in the twenty-first century, not the eighteenth, and are entitled to the benefits (as well as the burdens) of changing times. However, allowance for natural evolution does not justify the award of a quantitatively and qualitatively different right. It was in part the lack of continuity and proportionality in the Lax Kw'alaams' attempt to build a full-blown twenty-first century commercial fishery on the narrow support of an ancestral trade in eulachon grease that concerned the trial judge. Her concern, in my view, was well founded.

[9] The trial judge held that the focus of the pleadings and evidence was on the Lax Kw'alaams' claim to a commercial fishery. Their later argument about "lesser and included rights" seems to have been borrowed hastily from criminal law and did not surface at trial in any significant way until the final argument. The trial judge considered the defendant governments to have been prejudiced by what she saw as the Lax Kw'alaams' belated attempt to recast the claim.

[10] The argument about "lesser and included rights" is more procedural than substantive in

le commerce de la graisse d'eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu'ils revendiquent. [par. 501]

Il est donc essentiel, en l'espèce, d'examiner la question de la continuité entre, d'une part, l'extraction de la graisse d'eulakane et l'échange du produit ainsi obtenu que pratiquaient les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens et, d'autre part, leur revendication du droit de pêcher commercialement toutes les espèces de poisson pour les vendre tant à des non-Autochtones qu'à des Autochtones. L'exigence juridique de la continuité entre les pratiques, coutumes et traditions ancestrales et le droit ancestral contemporain revendiqué admet évidemment une évolution logique à l'intérieur de certaines limites. Dans le présent pourvoi, il s'agit notamment de tracer ces limites.

[8] Les Lax Kw'alaams ne vivent plus au XVIII^e^ siècle, mais au XXI^e^ siècle, et ils ont droit aux avantages (et aux inconvénients) résultant des changements survenus avec le temps. Toutefois, la reconnaissance d'une évolution naturelle ne justifie pas l'octroi d'un droit différent sur les plans quantitatif et qualitatif. C'était en partie l'absence de continuité et de proportionnalité dans la tentative des Lax Kw'alaams d'instaurer une pêche commerciale pleine et entière au XXI^e^ siècle sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral de la graisse d'eulakane qui préoccupait la juge du procès. Sa préoccupation était, à mon avis, bien fondée.

[9] Selon la juge du procès, les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication par les Lax Kw'alaams du droit de pêcher commercialement. Leur prétention ultérieure à des « droits moindres et inclus » semble avoir été empruntée à la hâte au droit criminel et n'a pas vraiment émergé au procès avant la plaidoirie finale. La juge du procès a estimé que ce qu'elle percevait comme une tentative tardive des Lax Kw'alaams de reformuler leur revendication a porté préjudice aux gouvernements défendeurs.

[10] L'argument relatif aux « droits moindres et inclus » relève davantage de la procédure que du

nature, although, as will be discussed, the basis of the trial judge's rejection of the larger commercial right seems to me largely to dispose of the Lax Kw'alaams' claim to a lesser commercial right as well.

[11] The courts (including this Court) have long urged the negotiation of Aboriginal and treaty claims. If litigation becomes necessary, however, we have also said that such complex issues would be better sorted out in civil actions for declaratory relief rather than within the confines of regulatory proceedings. In a fisheries prosecution, for example, there are no pleadings, no pre-trial discovery, and few of the procedural advantages afforded by the civil rules of practice to facilitate a full hearing of all relevant issues. Such potential advantages are dissipated, however, if the ordinary rules governing civil litigation, including the rules of pleading, are not respected. It would not be in the public interest to permit a civil trial to lapse into a sort of free-ranging general inquiry into the practices and customs of pre-contact Aboriginal peoples from which, at the end of the day, the trial judge would be expected to put together a report on what Aboriginal rights might, if properly raised in the pleadings, have been established.

[12] At this point in the evolution of Aboriginal rights litigation, the contending parties are generally well resourced and represented by experienced counsel. Litigation is invariably preceded by extensive historical research, disclosure, and negotiation. If negotiations fail, the rules of pleading and trial practice are well understood. Tactical decisions are made on all sides. It is true, of course, that Aboriginal law has as its fundamental objective the reconciliation of Canada's Aboriginal and non-Aboriginal communities, and that the special relationship that exists between the Crown and Aboriginal peoples has no equivalent to the usual courtroom antagonism of warring commercial

fond, bien que, comme nous le verrons, les motifs pour lesquels la juge du procès a rejeté la revendication du droit à une pêche commerciale plus générale déterminent aussi en grande partie, à mon avis, le sort de la revendication, par les Lax Kw'alaams, d'un droit à une pêche commerciale plus restreinte.

[11] Les tribunaux (y compris notre Cour) appellent depuis longtemps à un règlement négocié des revendications de droits ancestraux ou issus de traités. Si, toutefois, un recours en justice devient nécessaire, notre Cour a aussi mentionné qu'il vaut mieux trancher des questions aussi complexes dans le cadre d'une action civile en jugement déclaratoire plutôt que dans le cadre limité d'une procédure réglementaire. Dans une poursuite pour une infraction relative à la pêche, par exemple, il n'y a ni acte de procédure, ni interrogatoire préalable et seulement quelques-uns des avantages d'ordre procédural qu'offrent les règles de procédure civile pour faciliter l'instruction complète de toutes les questions pertinentes. Toutefois, ces avantages potentiels s'envolent si les règles habituelles régissant les instances civiles, et notamment la plaidoirie, ne sont pas respectées. Il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre qu'un procès civil se transforme en une sorte d'enquête générale tous azimuts sur les pratiques et coutumes précontact des peuples autochtones, à l'issue de laquelle le juge du procès aurait à dresser un rapport indiquant quels droits ancestraux pourraient avoir été établis, à condition d'avoir été évoqués comme il se doit dans les actes de procédure.

[12] À ce stade de l'évolution des litiges sur les droits ancestraux, la plupart des parties qui s'affrontent disposent d'abondantes ressources et sont représentées par des avocats d'expérience. Chaque instance est invariablement précédée d'une recherche historique approfondie, de la communication de renseignements et de négociations. Lorsque les négociations avortent, les parties connaissent bien les règles qui régissent la plaidoirie écrite et l'instruction. Elles prennent, de part et d'autre, des décisions stratégiques. Il est vrai, bien sûr, que l'objectif fondamental du droit des Autochtones est la réconciliation des collectivités autochtones et non autochtones du Canada, et que la relation spéciale

entities. Nevertheless, Aboriginal rights litigation is of great importance to non-Aboriginal communities as well as to Aboriginal communities, and to the economic well-being of both. The existence and scope of Aboriginal rights protected as they are under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be determined after a full hearing that is fair to all the stakeholders.

[13] As to the "honour of the Crown" and "fiduciary duties" branches of the Lax Kw'alaams' claim, the trial judge held that no factual basis had been laid for such relief. She held that there was no relevant unilateral promise by the Crown in the reserve allocation process or otherwise, let alone a treaty. Accordingly, there was no conduct by the Crown by which the obligations claimed to exist could be generated. The honour of the Crown is a general principle that underlies all of the Crown's dealings with Aboriginal peoples, but it cannot be used to call into existence undertakings that were never given.

[14] Finally, and somewhat belatedly, the Lax Kw'alaams brought to the forefront a claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes. The Lax Kw'alaams presently hold federal fisheries licences for these purposes. Their entitlement seems not to be a contentious issue. It was therefore not an issue of significance in the present litigation. Courts generally do not make declarations in relation to matters not in dispute between the parties to the litigation and it was certainly within the discretion of the trial judge to refuse to do so here.

II. Facts

A. *Historical Background*

[15] The Lax Kw'alaams First Nation consists of the descendants of an ancient "fishing people"

qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones ne trouve pas d'équivalent dans les batailles judiciaires habituelles entre des entités commerciales aux intérêts opposés. Les litiges sur les droits ancestraux revêtent néanmoins une grande importance tant pour les collectivités non autochtones que pour les collectivités autochtones et pour le bien-être économique des unes et des autres. Une décision sur l'existence et la portée de droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peut être rendue qu'après une audition complète et équitable pour tous les intéressés.

[13] Quant aux volets de la revendication des Lax Kw'alaams fondés sur les « obligations fiduciaires » et l'« honneur de la Couronne », la juge du procès a conclu qu'aucun fondement factuel n'avait été établi pour les étayer. Elle a conclu qu'il n'existait aucune promesse unilatérale pertinente qui aurait été faite par la Couronne lors de l'attribution des réserves ou à une autre occasion, et encore moins de traité. Aucun acte de la Couronne n'a donc pu donner naissance aux obligations alléguées. L'honneur de la Couronne est un principe général qui sous-tend tous les rapports de la Couronne avec les peuples autochtones, mais on ne peut y avoir recours pour créer des engagements qui n'ont jamais été pris.

[14] Finalement, et quelque peu tardivement, les Lax Kw'alaams ont revendiqué au premier plan le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Les Lax Kw'alaams détiennent actuellement à ces fins des permis de pêche délivrés par le gouvernement fédéral. Leur droit ne semble pas être litigieux. Il n'était donc pas réellement en cause en l'espèce. En règle générale, les tribunaux ne rendent pas de jugement déclaratoire sur des questions qui ne sont pas en litige entre les parties, et le refus de le faire en l'espèce relevait assurément du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

II. Les faits

A. *Historique*

[15] La Première Nation des Lax Kw'alaams est constituée des descendants d'un ancien

comprising the several tribes or houses of the Coast Tsimshian. In their traditional territories and fishing sites along the northwest coast of British Columbia salmon and other fish were in abundant supply. The Coast Tsimshian were organized into a sophisticated society characterized by complex relationships based on "rank" and kinship. Their "seasonal round" of activity was determined largely by the availability and location of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish and the eulachon. According to the trial judge, the salmon and eulachon

were revered in ritual, endowed with supernatural qualities in the halait, or adaawx, and formed the core of the subsistence economy. All other Fish Resources pale by comparison. [para. 225]

[16] The trial judge found that pre-contact (said to be around 1793) "the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture" (para. 494). The Coast Tsimshian people had existed primarily "within a subsistence economy" although "some form of loosely termed trade" prior to contact had been shown (para. 495). Such trade had involved "primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium [shellfish gathered from the ocean floor] and eulachon grease" (*ibid.*).

[17] On appeal, the eulachon became central to the claim for an Aboriginal right to a modern commercial fishery. These fish were harvested for a few weeks in late winter (primarily, if not entirely, at locations along the Nass River) and were eaten fresh, smoked or dried for later use, or rendered into oil or grease by a process described as follows:

[TRADUCTION] « peuple de pêcheurs » regroupant les diverses tribus ou maisons des Tsimshians de la côte. Le saumon et d'autres poissons vivaient en abondance sur leurs territoires et dans leurs lieux de pêche traditionnels situés le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. Les Tsimshians de la côte étaient organisés en société évoluée qui se caractérisait par des rapports complexes fondés sur le « rang » et les liens du sang. Leurs [TRADUCTION] « activités saisonnières » étaient largement fonction de la disponibilité du saumon, du flétan, de la rogue de hareng, des algues, des crustacés et de l'eulakane ainsi que de l'endroit où les trouver. Selon la juge du procès, le saumon et l'eulakane

[TRADUCTION] étaient vénérés lors des cérémonies et on leur attribuait des pouvoirs surnaturels dans le *halait* ou l'*adaawx*, et ils constituaient la base de l'économie de subsistance. Les autres ressources halieutiques avaient très peu d'importance en comparaison. [par. 225]

[16] La juge du procès a conclu qu'avant le contact avec les Européens, vers 1793, [TRADUCTION] « la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l'accumulation de provisions pour l'hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494). Les Tsimshians de la côte pratiquaient surtout « une économie de subsistance », même s'il a été démontré qu'ils se livraient à une « forme de commerce au sens large » à l'époque précontact (par. 495). Pareil commerce consistait « principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatchs, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium [crustacé pêché au fond de l'océan] et de la graisse d'eulakane » (*ibid.*).

[17] En appel, l'eulakane est devenu un élément clé de la revendication d'un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale moderne. Cette espèce de poisson était récoltée durant quelques semaines à la fin de l'hiver (principalement, voire exclusivement, le long de la rivière Nass) et on le mangeait frais, on le fumait ou le séchait pour usage ultérieur, ou on en extrayait de l'huile ou de la graisse par le procédé suivant :

Eulachon were stored in pits dug into the ground or in big cedar plank bins for a little over a week. They were then boiled in large wood vats — sometimes dugout canoes were pressed into service — and the freed oil was skimmed from the surface for storage in wooden boxes or the bulbs and long hollow stems of kelp. When cooled to around 10°C the oil firms to a butterlike consistency and does not liquefy again until the temperature has been raised to about 21°C.

(Court of Appeal reasons, at para. 1, citing D. Mitchell and L. Donald, "Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery" (2001), 43 *Anthropologica* 19, at p. 21.)

The grease thus produced was exchanged between kin at feasts and potlatches along with other "luxury goods" (Court of Appeal reasons, at para. 2). Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose.

[18] Almost a century later, in the 1880s, the Lax Kw'alaams were allotted reserves and fishing stations within their traditional territories. They allege that quite apart from their claims to s. 35(1) Aboriginal rights, various government officials at that time made promises about access to the commercial fishery that implicate the honour of the Crown giving rise to the Crown's trust-like or fiduciary duty to ensure that the Lax Kw'alaams have access to the commercial fishery. At issue is the significance to be attached to the "explanations" given to the Coast Tsimshian by Reserve Commissioner Peter O'Reilly, who began setting apart reserves on the Northwest Coast in 1881, as follows:

I carefully explained to the Nass and Tsimpsean Indians, that in assigning to them the several stations on the coast and tidal waters, *no* exclusive right of fishing was conveyed, but that they would, like their white brethren, be subject in every respect to the laws

[TRADUCTION] Les eulakanes étaient entreposés dans des fosses creusées à même le sol ou dans de grands coffres en cèdre pendant un peu plus d'une semaine. Ils étaient ensuite bouillis dans de grandes cuves de bois — à défaut de cuves, on se servait de pirogues — et on prélevait à la surface l'huile qui s'en dégageait pour l'entreposer dans des caisses de bois ou des bulbes et de longues tiges de varech. Lorsqu'elle est refroidie à une température d'environ 10 °C, l'huile acquiert la consistance du beurre et ne se liquéfie à nouveau qu'à une température d'environ 21 °C.

(Motifs de la Cour d'appel, par. 1, citant D. Mitchell et L. Donald, « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19, p. 21.)

On s'échangeait la graisse ainsi obtenue et d'autres [TRADUCTION] « biens de luxe » entre parents lors de festins et de potlatchs (motifs de la Cour d'appel, par. 2). La graisse d'eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison.

[18] Presque un siècle plus tard, dans les années 1880, les Lax Kw'alaams se sont vu attribuer des réserves et des campements de pêche sur leurs territoires traditionnels. Les Lax Kw'alaams soutiennent que, sans égard aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) qu'ils prétendent détenir, plusieurs représentants du gouvernement de l'époque leur ont fait des promesses quant à la possibilité de pêcher commercialement qui mettent en cause l'honneur de la Couronne, de sorte que cette dernière a l'obligation fiduciaire ou analogue de s'assurer que les Lax Kw'alaams aient accès à une pêche commerciale. Les parties ne s'entendent pas sur la portée des « explications » suivantes données aux Tsimshians de la côte par le commissaire des réserves Peter O'Reilly, qui a commencé en 1881 à établir des réserves sur la côte nord-ouest :

[TRADUCTION] J'ai expliqué soigneusement aux Indiens de la rivière Nass et aux Indiens Tsimpseans qu'en leur attribuant plusieurs campements sur la côte et dans les eaux à marée, on ne leur conférait *aucun* droit de pêche exclusive, mais que, comme leurs frères

and regulations set forth in the Fishery Acts of the Dominion. [Emphasis in original.]

(P. O'Reilly, Indian Reserve Commissioner to Superintendent-General of Indian Affairs, April 8, 1882. Copy in *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, at p. 91.)

[19] At all relevant times the Lax Kw'alaams held a communal Aboriginal licence from the federal Department of Fisheries and Oceans to harvest fish for food, social, and ceremonial purposes.

B. *The Pleadings*

[20] As the state of the pleadings plays an important role in the outcome of this appeal, it is important to set out the essential details. In their Second Amended Statement of Claim, the Lax Kw'alaams asserted, at para. 28, that each of the ancestral coastal Tsimshian tribes was "a distinctive aboriginal society engaged in a sophisticated economy based predominantly on the harvesting, managing, processing, consuming and trading of all species of fish, shellfish and aquatic plants . . . that were available . . . from time to time within their Tribal Territories". Paragraphs 30-31 pleaded:

The harvesting, managing, processing, consuming and trading of Fisheries Resources were central features of each Tribe's economy and were customs, practices or traditions that were integral to the distinctive aboriginal culture of each Tribe at and before Contact. . . .

The Lax Kw'alaams Band, or, in the alternative, each Allied Tsimshian Tribe, holds existing aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for consumption and sale to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy. [Emphasis added.]

blancs, ils seraient assujettis, à tous égards, aux lois et aux règlements établis par les actes du Dominion relatifs aux pêches. [En italique dans l'original.]

(P. O'Reilly, commissaire des réserves indiennes, au surintendant général des Affaires indiennes, 8 avril 1882. Copie dans *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, p. 91.)

[19] À toutes les époques pertinentes, les Lax Kw'alaams détenaient un permis de pêche communautaire des Autochtones délivré par le ministère fédéral des Pêches et Océans, qui leur permettait de récolter le poisson à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

B. *Les actes de procédure*

[20] Comme la teneur des actes de procédure joue grandement dans l'issue du présent pourvoi, il importe d'en exposer les détails essentiels. Les Lax Kw'alaams affirment, au par. 28 de leur deuxième déclaration modifiée, que chacune des tribus ancestrales des Tsimshians de la côte était [TRADUCTION] « une société autochtone distinctive qui participait à une économie complexe fondée principalement sur la récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce de toutes les espèces de poisson, de crustacés et de plantes aquatiques [. . .] disponibles [. . .] à un moment ou à un autre sur leurs territoires tribaux ». Les paragraphes 30-31 disaient ce qui suit :

[TRADUCTION] La récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce des ressources halieutiques figuraient parmi les principaux éléments de l'économie de chaque tribu et constituaient des coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture autochtone distinctive de chaque tribu au moment du contact avec les Européens et avant leur arrivée. . .

La Bande des Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées, est titulaire des droits ancestraux existants de récolter toute ressource halieutique disponible sur son territoire à des fins de consommation et de vente pour subvenir aux besoins de ses collectivités, accumuler et produire de la richesse ainsi que maintenir et développer son économie. [Je souligne.]

[21] In response to a request by the Attorney General of Canada for particulars as to what was meant by this pleading, counsel for the Lax Kw'alaams stated that

> they have an aboriginal right or aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for their own consumption or to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain the Lax Kw'alaams communities economically, to generate economic growth in those communities, and to allow persons in the community to accumulate and generate wealth. [Emphasis added; Amended Response, at para. 27(b).]

These particulars did not, I think, add much specificity to the pleadings, but the issue was not pursued by the Crown.

[22] It was further asserted that the accumulation of wealth in the Coast Tsimshian society had depended on trade, and that fisheries resources were the essential trade item by which tribes and house groups acquired wealth. The "accumulation and redistribution of wealth to acquire or retain a high rank" within Tsimshian society were said in the claim to be integral features of their distinctive Aboriginal culture (Second Amended Statement of Claim, at para. 49).

[23] Paragraph 62 of the Second Amended Statement of Claim is somewhat repetitious of paras. 30-31. The Lax Kw'alaams asserted an Aboriginal right "to harvest, manage, and sell on a commercial scale Fisheries Resources and [processed] Fish Products . . . for the purpose of sustaining their communities, accumulating and generating wealth, and maintaining their economy" (emphasis added).

[24] The Lax Kw'alaams stated that by "commercial scale" they meant the exchange of "Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale" and that they had used the words "selling"

[21] En réponse à une demande de précisions du procureur général du Canada sur le sens de cet argument, les avocats des Lax Kw'alaams ont affirmé que

> [TRADUCTION] [les Lax Kw'alaams] ont le ou les droits ancestraux de récolter toutes les ressources halieutiques disponibles sur le territoire des Lax Kw'alaams pour leur propre consommation ou pour les vendre à autrui afin d'obtenir de l'argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins des collectivités des Lax Kw'alaams sur le plan économique, d'assurer la croissance économique de ces collectivités, et de permettre aux résidents de la collectivité d'accumuler et de générer de la richesse. [Je souligne; réponse modifiée, al. 27b).]

Je ne crois pas que ces renseignements fournissent beaucoup de précisions sur les actes de procédure, mais la Couronne n'a pas demandé d'autres éclaircissements.

[22] On a en outre affirmé que l'accumulation de la richesse dans la société des Tsimshians de la côte dépendait du commerce et que les ressources halieutiques constituaient l'objet de traite essentiel grâce auquel les tribus et les maisons pouvaient acquérir de la richesse. Selon la revendication, [TRADUCTION] « l'accumulation et la répartition de la richesse pour acquérir ou conserver un rang élevé » dans la société des Tsimshians faisaient partie intégrante de leur culture autochtone distinctive (deuxième déclaration modifiée, par. 49).

[23] Le paragraphe 62 de la deuxième déclaration modifiée reprend quelque peu les par. 30-31. Les Lax Kw'alaams ont revendiqué un droit ancestral [TRADUCTION] « de récolter, gérer et vendre, à une échelle commerciale, les ressources halieutiques et les produits [de la transformation] du poisson [. . .] dans le but de subvenir aux besoins de leurs collectivités, d'accumuler et de générer de la richesse et de maintenir leur économie » (je souligne).

[24] Les Lax Kw'alaams ont affirmé que, par [TRADUCTION] « échelle commerciale », ils entendent l'échange « à grande échelle de ressources halieutiques contre de l'argent, des biens ou des

and "trading" interchangeably (see Amended Response, at paras. 54(d) and (f)).

[25] With respect to the relief claimed, the Lax Kw'alaams sought:

(a) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to harvest all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada in the Tribal Territories;

(b) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada that they harvest from the Tribal Territories; [Emphasis added; Second Amended Statement of Claim, at para. 95.]

[26] The trial judge combined the two pleas into one paragraph, characterizing the principal relief sought as follows:

The relief sought by the plaintiffs includes Declarations that:

a. the plaintiffs have an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act* of [1982] to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that they harvest from their Claimed Territories; [Emphasis added; para. 97.]

The Lax Kw'alaams also sought a declaration that Canada has breached fiduciary obligations and the honour of the Crown in relation to the fisheries.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court (Madam Justice Satanove (now Madam Justice Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Before trial, an order was made that severed from the proceeding the question of Aboriginal title

services » et qu'ils ont employé de manière interchangeable les termes « vente » et « commerce » (réponse modifiée, al. 54d) et f)).

[25] Quant au redressement demandé, voici ce que les Lax Kw'alaams ont sollicité :

[TRADUCTION]

a) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada sur les territoires tribaux;

b) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de vendre, à une échelle commerciale, toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada qu'elles récoltent sur les territoires tribaux; [Je souligne; deuxième déclaration modifiée, par. 95.]

[26] La juge du procès a fusionné les deux revendications en un seul paragraphe, caractérisant en ces termes le principal redressement demandé :

[TRADUCTION] Les demandeurs sollicitent notamment un jugement déclaratoire statuant que :

a. Les demandeurs détiennent un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle* de [1982], de récolter et de vendre, à une échelle commerciale, toutes les ressources halieutiques qu'ils récoltent sur les territoires qu'ils revendiquent. [Je souligne; par. 97.]

Les Lax Kw'alaams sollicitent également un jugement déclarant que le Canada a manqué à des obligations fiduciaires et à l'honneur de la Couronne en matière de pêche.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Satanove (maintenant la juge Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Avant le procès, une ordonnance a dissocié la question du titre aborigène de l'instance (2006

(2006 BCSC 1463 (CanLII)). At trial, the claims not severed were dismissed. The trial judge did not address the question of infringement, because she found there to be no existing Aboriginal right.

[28] The trial judge was not satisfied that trade in any fish or fish products other than eulachon grease could properly be described as integral to the Lax Kw'alaams distinctive culture (para. 495). Such sporadic trade as may have existed in other fishery resources in no way constituted "a central and significant part of the society's distinctive culture", or in any way made their society "truly . . . what it was" (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 55 (emphasis deleted), cited by trial judge, at para. 496). Such sporadic trade was low volume, opportunistic, irregular, for food, social and ceremonial purposes, and purely incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch, and ranked society (para. 496). The potlatch rested on a cultural and ceremonial basis that was quite different from a commercial marketplace.

[29] Ultimately, the trial judge concluded, "the plaintiffs' simplistic position that the ancient trade in eulachon grease has transmogrified to a modern day right to commercial fishing of salmon, halibut and all other marine and riverine species of fish, ignores the fundamental fact that the Coast Tsimshian fished for sustenance, not for trade" (para. 499 (emphasis added)). Specifically,

> [t]he rendering of the eulachon into oil was an unique ancestral practice that brought wealth and prestige to the society, but it was not inter-related with the subsistence fishing of salmon, halibut, and other Fish Resources and Products. [para. 499]

BCSC 1463 (CanLII)). Les revendications restantes ont été rejetées au procès. La juge du procès n'a pas abordé la question de l'atteinte aux droits, parce qu'elle a conclu à l'absence d'un droit ancestral existant.

[28] La juge du procès n'était pas convaincue que le commerce de quelque poisson ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d'eulakane, pouvait être considéré à juste titre comme faisant partie intégrante de la culture distinctive des Lax Kw'alaams (par. 495). Le commerce sporadique d'autres ressources halieutiques, tel qu'il a peut-être existé, ne constituait aucunement « un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société », ni ne faisait « véritablement [. . .] de la société ce qu'elle était », de quelque façon que ce soit (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55 (soulignement omis), cité par la juge du procès, par. 496). Ce commerce sporadique était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites, visait des fins alimentaires, sociales et rituelles, et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens (par. 496). Le potlatch reposait sur des assises culturelles et rituelles complètement différentes de celles d'un marché commercial.

[29] La juge du procès a conclu en dernière analyse que [TRADUCTION] « la position simpliste des demandeurs selon laquelle l'ancien commerce de la graisse d'eulakane s'est métamorphosé en droit contemporain de pêcher commercialement le saumon, le flétan et toutes les autres espèces de poisson de mer ou de rivière ne tient pas compte du fait fondamental que les Tsimshians de la côte pêchaient à des fins de subsistance, et non à des fins commerciales » (par. 499 (je souligne)). Plus précisément,

> [TRADUCTION] [l]a transformation de l'eulakane en huile constituait une pratique ancestrale unique qui a procuré richesse et prestige à la société, mais elle n'était pas reliée à la pêche du saumon, du flétan et d'autres ressources halieutiques et produits de la pêche à des fins de subsistance. [par. 499]

[30] The trial judge then added, in what could be taken as a comment on a lack of continuity and proportionality, in a paragraph already set out above but reproduced here for convenience:

> In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

If one were to substitute for the words "is equivalent to" in this quotation the different words "provides a sufficient historical basis for", I would respectfully agree with the proposition.

[31] With respect to the alternative claim that the Crown had breached its "trust-like or fiduciary obligatio[n]" to the Lax Kw'alaams by "restricting or denying" them access to harvest fish for commercial purposes, the trial judge found their version of the facts to be "notably one sided" (paras. 97 and 515-17). As the Crown had given "no promise of commercial fishing rights, exclusively or at all, to the Coast Tsimshian", either as part of the reserve allotment process or otherwise, the Lax Kw'alaams lacked the legal foundation to establish that any fiduciary duty was owed to them (para. 518). Neither had the Lax Kw'alaams established that the Crown had acted dishonourably by subjecting them to the same limits and restrictions on fishing as all other fishers (para. 529). Therefore, the argument based on the honour of the Crown or fiduciary duty did not support the Lax Kw'alaams' claim for access to commercial fishing in priority to non-Aboriginal fishers.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett JJ.A.), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88*

[32] The appeal was dismissed. Newbury J.A. held that the trial judge had properly distinguished the eulachon fishery from that of other species in

[30] La juge du procès a ensuite tenu, dans un paragraphe déjà cité, mais reproduit ci-dessous par souci de commodité, des propos que l'on pourrait qualifier d'observation sur l'absence de continuité et de proportionnalité :

> [TRADUCTION] J'estime qu'on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que le commerce de la graisse d'eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu'ils revendiquent. [par. 501]

Si l'on remplaçait dans cet extrait les mots « équivaut à » par l'expression « fournit un fondement historique suffisant pour établir », je serais d'accord avec cette affirmation.

[31] Quant à l'allégation subsidiaire que la Couronne a manqué à son [TRADUCTION] « obligatio[n] fiduciair[e] ou analogu[e] » envers les Lax Kw'alaams en leur « refusant ou limitant » l'accès à la récolte du poisson à des fins commerciales, la juge du procès a estimé que la version des faits des Lax Kw'alaams ne montrait « vraiment qu'un côté de la médaille » (par. 97 et 515-517). Puisque la Couronne « n'a promis aux Tsimshians de la côte aucun droit, exclusif ou non, de pêche commerciale » dans le cadre de l'attribution des réserves ou à une autre occasion, les Lax Kw'alaams n'avaient aucun fondement juridique pour étayer l'existence d'une quelconque obligation fiduciaire envers eux (par. 518). Les Lax Kw'alaams n'ont pas non plus établi que la Couronne avait manqué à l'honneur en leur imposant les mêmes limites et restrictions en matière de pêche qu'à tous les autres pêcheurs (par. 529). L'argument fondé sur l'honneur de la Couronne ou l'obligation fiduciaire n'étayait donc pas la revendication par les Lax Kw'alaams d'un accès à la pêche commerciale, qui aurait priorité sur celui des pêcheurs non autochtones.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88*

[32] La Cour d'appel a rejeté l'appel. Selon la juge Newbury, la juge du procès a distingué avec raison la pêche à l'eulakane de celle d'autres espèces en

defining the pre-contact activity (paras. 42-43). She held that the nature and scope of the pre-contact activity is determined on the facts of each case (para. 35). Given the trial judge's finding that the eulachon trade was a species-specific activity not related to the broader harvesting of fish for subsistence is supported by *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, it would be misdescribing the Coast Tsimshian way of life to say that *trading* fish resources generally was integral to their way of life when that trade was relatively minor and limited to one species (para. 38). Other species like salmon were only harvested for subsistence purposes and were so plentiful as not to be the subject of trade except in times of famine (paras. 2, 23, 26 and 43).

[33] She found that the appropriate question was whether commercial fishing is the logical evolution of the Lax Kw'alaams' traditional practices relating to eulachon grease (para. 45). There was no basis upon which to reverse the trial judge's conclusion that the pre-contact eulachon trade was not the precursor of a modern right to fish all species for commercial purposes (para. 48).

[34] As to the "lesser rights" argument, the Lax Kw'alaams argued that the reference to "sustain[ing] their communities" amounted to the assertion of a more limited commercial right (paras. 58-59, citing the Second Amended Statement of Claim, at para. 31). In Newbury J.A.'s view, however, the trial judge's refusal to consider "lesser rights" was a "judgment call" that was open to her (para. 62). The trial judge was best placed to evaluate the pleadings, argument and prejudice to the other parties.

[35] The appellants pointed to various instances in their pleadings that referred to "consumption" and "sale" or "trade", but the Court of Appeal stated that "[i]t should not be necessary for a court to try to piece together various obscure references

définissant l'activité précontact (par. 42-43). Elle a statué que la nature et l'étendue de l'activité précontact dépendent des faits de l'espèce (par. 35). Comme l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle le commerce de l'eulakane était propre à cette espèce et ne se rapportait pas à la récolte plus générale du poisson à des fins de subsistance, il serait inexact de décrire le *commerce* des ressources halieutiques en général comme une partie intégrante du mode de vie des Tsimshians de la côte, alors que ce commerce était relativement limité et ne touchait qu'une seule espèce (par. 38). Les autres espèces comme le saumon n'étaient récoltées qu'à des fins de subsistance et étaient tellement abondantes qu'elles n'étaient pas un objet de commerce, sauf en temps de famine (par. 2, 23, 26 et 43).

[33] Elle a conclu que la question à trancher était de savoir si la pêche commerciale procède de l'évolution logique des pratiques traditionnelles des Lax Kw'alaams qui se rapportent à la graisse d'eulakane (par. 45). Il n'existait aucune raison d'infirmer la conclusion de la juge du procès que le commerce de l'eulakane pratiqué avant le contact avec les Européens n'a pas ouvert la voie à un droit contemporain de pêcher toutes les espèces à des fins commerciales (par. 48).

[34] Quant à l'argument des « droits moindres », les Lax Kw'alaams ont soutenu que la mention du fait de [TRADUCTION] « subvenir aux besoins de leurs collectivités » était assimilable à la revendication d'un droit commercial plus restreint (par. 58-59, citant la deuxième déclaration modifiée, par. 31). Mais selon la juge Newbury, le refus de la juge du procès de prendre en considération les « droits moindres » était une [TRADUCTION] « question d'appréciation » qui relevait de sa compétence (par. 62). La juge du procès était la mieux placée pour évaluer les actes de procédure, l'argumentation et le préjudice que subiraient les autres parties.

[35] Les appelants ont mentionné plusieurs passages de leurs actes de procédure où il est fait état de la [TRADUCTION] « consommation » et de la « vente » ou du « commerce », mais la Cour d'appel a affirmé que [TRADUCTION] « le tribunal ne

in a pleading in order to discern what is being sought" (para. 65).

[36] With respect to the assertion that the Crown had promised in the process of reserve allotment that the Lax Kw'alaams would "'be kept in the fishing business alongside other fishers' — i.e., a non-exclusive right to fish commercially" (para. 76), the trial judge had found that no such promise was made and the trial judge's finding that there was no basis for the Lax Kw'alaams to be treated preferentially to non-Aboriginal fishers was fully justified by the evidence (para. 77).

IV. Issues

[37] The Lax Kw'alaams raise the following issues:

1. Did the courts below err by characterizing the appellants' Aboriginal rights claim based on the pleadings rather than an enquiry into pre-contact practices?

2. Did the courts below err in isolating the ancestral practice of trading in eulachon grease "as a practice of its own" rather than focusing more comprehensively on the Coast Tsimshian "fishing way of life"?

3. Did the courts below err by refusing to consider whether the appellants had established a "lesser" right to fish on a "moderate" scale "to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain [their] communities" or to an Aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes?

4. Did the courts below err in dismissing the claim based on the honour of the Crown by

devrait pas avoir à assembler différentes allusions obscures faites dans un acte de procédure pour saisir ce qui est sollicité » (par. 65).

[36] Pour ce qui est de l'affirmation que, lors de l'attribution des réserves, la Couronne avait promis que les Lax Kw'alaams [TRADUCTION] « "continueraient de participer à l'industrie de la pêche avec les autres pêcheurs" — c.-à-d. qu'ils auraient un droit non exclusif de pêcher commercialement » (par. 76), la juge du procès a estimé qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite et sa conclusion que rien ne permettait d'accorder aux Lax Kw'alaams un traitement préférentiel par rapport aux pêcheurs non autochtones était tout à fait justifiée par la preuve (par. 77).

IV. Questions en litige

[37] Les Lax Kw'alaams soulèvent les questions suivantes :

1. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en caractérisant la revendication de droits ancestraux des appelants en se fondant sur les actes de procédure plutôt qu'en analysant les pratiques antérieures au contact avec les Européens?

2. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en isolant la pratique ancestrale du commerce de la graisse d'eulakane comme une [TRADUCTION] « pratique unique » plutôt que d'examiner de façon plus exhaustive le « mode de vie axé sur la pêche » des Tsimshians de la côte?

3. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en refusant de déterminer si les appelants avaient établi l'existence d'un droit « moindre » de pratiquer la pêche à une échelle « modérée » de façon à en [TRADUCTION] « vendre [les produits] à autrui afin d'obtenir de l'argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins [de leurs] collectivités » ou d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles?

4. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en rejetant l'allégation fondée sur

concluding that, in the allotment of fishing station reserves, the Crown did not expressly or impliedly promise the Lax Kw'alaams a preferential fishery?

l'honneur de la Couronne après avoir conclu que, lors de l'attribution des campements de pêche, la Couronne n'avait promis ni explicitement ni implicitement aux Lax Kw'alaams de leur accorder un traitement préférentiel en matière de pêche?

V. Analysis

[38] The Lax Kw'alaams First Nation and its ancestors have inhabited the northwest coast of British Columbia for thousands of years. In the pre-contact period prior to 1793, the basis of their culture and sustenance was the fishery. The principal issue in the present action is whether its ancestral practices, customs and traditions provide a proper legal springboard to the right to harvest and sell all varieties of fish in a modern *commercial* fishery — a right that would be protected and privileged by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[39] In a series of decisions over the last 15 years the Court has worked out the test to establish such a right in the context of a defence to prosecutions for regulatory offences: see in particular *Van der Peet*; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *N.T.C. Smokehouse*; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 ("*Marshall (2005)*"); and *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686. In such cases, it is the prosecution that establishes the boundaries of the controversy by the framing of the charge. Here, however, the Lax Kw'alaams First Nation is the moving party, and it lay in its hands to frame the action, within the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, as it saw fit.

A. *Did the Trial Judge Err in Her Approach to Characterizing the Lax Kw'alaams' Claim?*

[40] The heart of the Lax Kw'alaams' argument on this point is that "before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group" (A.F., at para. 57 (emphasis in original)). I would characterize

V. Analyse

[38] Les membres de la Première Nation des Lax Kw'alaams et leurs ancêtres vivent sur la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique depuis des milliers d'années. Avant le contact avec les Européens, en 1793, leur culture et leur subsistance reposaient sur la pêche. La question principale en l'espèce est de savoir si les pratiques, coutumes et traditions ancestrales des Lax Kw'alaams peuvent, juridiquement, servir de tremplin pour que leur soit reconnu le droit de récolter et de vendre toutes les espèces de poisson dans le cadre d'une pêche *commerciale* moderne — un droit qui serait garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[39] Dans une série d'arrêts rendus au cours des 15 dernières années, la Cour a élaboré le test servant à établir l'existence d'un tel droit dans le contexte d'une défense à une accusation d'infraction à un règlement : voir notamment *Van der Peet*; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *N.T.C. Smokehouse*; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 (« *Marshall (2005)* »); *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686. En pareil cas, c'est la poursuite qui fixe les limites de la controverse en formulant l'accusation. En l'espèce, toutefois, la partie demanderesse est la Première Nation des Lax Kw'alaams et c'est à elle qu'il revenait de délimiter l'action comme bon lui semblait, dans le respect des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

A. *La juge du procès a-t-elle utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication des Lax Kw'alaams?*

[40] L'essence de l'argumentation des Lax Kw'alaams à cet égard est que, [TRADUCTION] « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs »

this approach as a "commission of inquiry" model in which a commissioner embarks on a voyage of discovery armed only with very general terms of reference. Quite apart from being inconsistent with the jurisprudence that calls for "characterization of the claim" as a first step, the "commission of inquiry" approach is not suitable in civil litigation, even in civil litigation conducted under rules generously interpreted in Aboriginal cases to facilitate the resolution in the public interest of the underlying controversies.

[41] I would reject the appellants' approach for three reasons. Firstly, it is illogical. The relevance of evidence is tested by reference to what is in issue. The statement of claim (which here did undergo significant amendment) defines what is in issue. The trial of an action should not resemble a voyage on the *Flying Dutchman* with a crew condemned to roam the seas interminably with no set destination and no end in sight.

[42] Secondly, it is contrary to authority. In *Van der Peet*, Lamer C.J. emphasized that the *first* task of the court, even in the context of a defence to a regulatory charge, is to characterize the claim:

> . . . in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant's claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant's claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support. [Emphasis added; para. 51.]

[43] Thirdly, it defies the relevant rules of civil procedure. Pleadings not only serve to define the issues but give the opposing parties fair notice of the case to meet, provide the boundaries and context for effective pre-trial case management, define the extent of disclosure required, and set the parameters of expert opinion. Clear pleadings minimize

(m.a., par. 57 (soulignement dans l'original)). Je dirais que cette méthode est une sorte de « commission d'enquête » menée par un commissaire qui part en expédition avec, pour seule arme, un mandat très général. Outre le fait qu'elle est incompatible avec la jurisprudence qui requiert en premier lieu la « caractérisation de la revendication », la méthode apparentée à une « commission d'enquête » ne convient pas dans un procès civil, même si ce procès civil est tenu conformément à des règles interprétées de façon libérale dans les affaires autochtones, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l'intérêt public.

[41] Je rejette la méthode proposée par les appelants pour trois raisons. Premièrement, elle est illogique. On évalue la pertinence de la preuve en fonction de ce qui est en litige. La déclaration (qui a été considérablement modifiée en l'espèce) définit ce qui est en litige. L'instruction d'une action ne doit pas ressembler à un voyage perpétuel du *Vaisseau fantôme*, dont l'équipage est condamné à errer sans fin sur les mers, sans destination précise.

[42] Deuxièmement, elle est contraire à la jurisprudence. Le juge en chef Lamer a souligné dans *Van der Peet* que la *première* tâche du tribunal est de caractériser la revendication, et ce, même dans le contexte d'une défense contre une accusation d'infraction à un règlement :

> . . . dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d'abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l'appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir. [Je souligne; par. 51.]

[43] Troisièmement, elle va à l'encontre des règles de procédure civile applicables. Les actes de procédure servent non seulement à définir les questions en litige, mais aussi à informer équitablement les parties adverses de ce qu'on leur reproche, à établir les limites et le contexte d'une bonne gestion de l'instance préalable au procès, à fixer l'étendue de

wasted time and may enhance prospects for settlement.

[44] In support of their "characterizing the right" argument, the Lax Kw'alaams cite *Sappier*, at paras. 24 and 46, but I do not read *Sappier* as departing from *Van der Peet* and its progeny. *Sappier* was a prosecution for unlawful possession or cutting down of Crown timber from Crown lands and the Court's inquiry was whether the accused could establish an Aboriginal right to engage in that particular conduct. The Aboriginal right asserted by the defence was broader than necessary and in its broad generality risked being rejected as invalid. In that context (as in many other prosecutions), it was necessary for the Court to re-characterize and narrow the claimed right to satisfy the forensic needs of the defence without risking self-destruction of the defence by reason of overclaiming. See, for example, *Van der Peet* itself where a claim to a general commercial fishery was narrowed because the fish had been caught pursuant to a valid food fishery licence, and thus a claim to a right to *exchange* fish already caught "for money or other goods" would suffice to obtain an acquittal (paras. 52, 77-79). Similarly, in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, in response to a charge of illegal gambling on a reserve, the Court treated a defence claim to a broad Aboriginal right "to manage the use of their reserve lands" as one of "excessive generality" (para. 27), i.e. broader than required to defeat the prosecution. The charge of illegal gambling would be met by a narrower right "to participate in, and to regulate, high stakes gambling activities" on the reserve (para. 26). In the result, it was held that even the narrower claim was not established on the evidence. The re-characterization of the defence claim in *Sappier* was another example in this line of cases.

la preuve à communiquer et à établir les paramètres de la preuve d'expert. Des actes de procédure clairs minimisent le gaspillage de temps et peuvent favoriser le règlement du litige.

[44] Les Lax Kw'alaams citent les par. 24 et 46 de l'arrêt *Sappier* à l'appui de leur argument relatif à la « caractérisation du droit », mais j'estime que cet arrêt ne s'écarte pas de la décision *Van der Peet* et de celles qui l'ont suivie. Il s'agissait, dans l'affaire *Sappier*, d'une poursuite pour possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou coupe illicite de bois sur de telles terres et la Cour s'est demandé si l'accusé pouvait établir l'existence d'un droit ancestral de se livrer à ces activités précises. Le droit ancestral revendiqué par la défense était plus large que nécessaire et son caractère général risquait d'en entraîner le rejet pour cause d'invalidité. Dans ce contexte (et dans bien d'autres poursuites), la Cour devait caractériser à nouveau le droit revendiqué et en restreindre la portée pour permettre l'utilisation d'un moyen de défense devant le tribunal, sans courir le risque qu'il s'effondre de lui-même par suite d'une revendication excessive. Voir notamment l'arrêt *Van der Peet*, précisément, où l'on a restreint la revendication du droit général de pêcher commercialement parce que le poisson avait été pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance valide et que la revendication du droit d'*échanger* le poisson déjà capturé « contre de l'argent ou d'autres biens » aurait suffi à obtenir un acquittement (par. 52 et 77-79). De même, dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour a jugé que la revendication d'un droit ancestral général « de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves », formulée en défense à une accusation de jeu de hasard illégal dans une réserve, présentait « un degré excessif de généralité » (par. 27), c.-à-d. qu'elle avait une portée plus étendue que nécessaire pour faire échouer la poursuite. L'accusation de jeu de hasard illégal pouvait être contrée par le droit plus restreint « de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités » (par. 26). La Cour a conclu, en définitive, que même cette revendication plus restreinte n'était pas étayée par la preuve. La reformulation de la revendication présentée en défense dans *Sappier* est un autre exemple de ce courant jurisprudentiel.

[45] To the extent the Lax Kw'alaams are saying that, in Aboriginal and treaty rights litigation, rigidity of form should not triumph over substance, I agree with them. However, the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice. Amendments to pleadings are regularly made in civil actions to conform with the evidence on terms that are fair to all parties. The trial judge adopted the proposition that "he who seeks a declaration must make up his mind and set out in his pleading what that declaration is", but this otherwise sensible rule should not be applied rigidly in long and complex litigation such as we have here. A case may look very different to *all* parties after a month of evidence than it did at the outset. If necessary, amendments to the pleadings (claim or defence) should be sought at trial. There is ample jurisprudence governing both the procedure and outcome of such applications. However, at the end of the day, a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. No relevant amendments were sought to the prayer for relief at trial in this case.

[46] With these considerations in mind, and acknowledging that the public interest in the resolution of Aboriginal claims calls for a measure of flexibility not always present in ordinary commercial litigation, a court dealing with a s. 35(1) claim would appropriately proceed as follows:

1. First, at the characterization stage, identify the precise nature of the First Nation's claim to an Aboriginal right based on the pleadings. If necessary, in light of the evidence, refine the characterization of the right claimed on terms that are fair to all parties.

2. Second, determine whether the First Nation has proved, based on the evidence adduced at trial:

[45] Je suis d'accord avec les Lax Kw'alaams dans la mesure où ils affirment que la rigidité de la forme ne doit pas l'emporter sur le fond dans les litiges sur les droits ancestraux et issus de traités. Néanmoins, les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue. En matière civile, on modifie couramment les actes de procédure, pour les rendre conformes à la preuve, selon des modalités équitables pour toutes les parties. La juge du procès a retenu la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « la personne qui sollicite un jugement déclaratoire doit décider quelle devrait être la teneur de la déclaration souhaitée et l'énoncer dans sa plaidoirie écrite », mais il ne convient pas d'appliquer de façon rigide cette règle par ailleurs judicieuse dans des instances longues et complexes comme celle qui nous occupe. Il se peut que la perception de l'affaire par *toutes* les parties soit très différente, après un mois de présentation de la preuve, de ce qu'elle était à l'origine. Lorsque cela s'avère nécessaire, il faut demander l'autorisation de modifier les actes de procédure (déclaration ou défense) pendant le procès. Il existe une abondante jurisprudence sur la procédure relative aux demandes de cette nature et sur leur résultat. Toutefois, en dernière analyse, il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. En l'espèce, aucune autorisation d'apporter des modifications pertinentes à la demande de redressement n'a été sollicitée au cours du procès.

[46] Compte tenu de ces considérations et du fait que l'intérêt public à régler les revendications autochtones requiert une certaine souplesse qui n'est pas toujours présente dans les litiges commerciaux ordinaires, il conviendrait que le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) adopte la démarche suivante :

1. Premièrement, à l'étape de la caractérisation, déterminer la nature exacte du droit ancestral revendiqué par la première nation à partir des actes de procédure. Préciser si nécessaire la caractérisation du droit revendiqué eu égard à la preuve selon des modalités équitables pour toutes les parties.

2. Deuxièmement, déterminer, au vu de la preuve produite au procès, si la première nation a établi chacun des éléments suivants :

(a) the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings as supporting the claimed right; and

(b) that this practice was integral to the distinctive pre-contact Aboriginal society.

3. Third, determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the "integral" pre-contact practice. In other words, is the claimed modern right demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice? At this step, the court should take a generous though realistic approach to matching pre-contact practices to the claimed modern right. As will be discussed, the pre-contact practices must engage the essential elements of the modern right, though of course the two need not be exactly the same.

4. Fourth, and finally, in the event that an Aboriginal right to trade *commercially* is found to exist, the court, when delineating such a right should have regard to what was said by Chief Justice Lamer in *Gladstone* (albeit in the context of a *Sparrow* justification), as follows:

> Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. *In the right circumstances*, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Emphasis in original; para. 75.]

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 41.

a) l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans les actes de procédure pour étayer le droit revendiqué;

b) le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive avant son contact avec les Européens.

3. Troisièmement, déterminer s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact qui « faisait partie intégrante » de la société. Autrement dit, le droit contemporain revendiqué est-il manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique? À cette étape, le tribunal doit adopter une approche libérale, mais réaliste, en associant les pratiques précontact au droit contemporain revendiqué. Comme nous le verrons, les pratiques précontact doivent mettre en jeu les éléments essentiels du droit contemporain, bien que les deux n'aient évidemment pas à être parfaitement identiques.

4. Enfin, quatrièmement, si l'on constate l'existence d'un droit ancestral de pêcher *commercialement*, le tribunal devra déterminer la teneur de ce droit en tenant compte des propos suivants tenus par le juge en chef Lamer dans *Gladstone* (quoique dans le contexte de l'application de la norme de justification établie dans *Sparrow*) :

> Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. *Dans les circonstances appropriées* de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Soulignement et italiques dans l'original; par. 75.]

Voir aussi *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 41.

[47] In my view the trial judge proceeded correctly in her approach to characterization of the claim based on the pleadings and this ground of appeal should be rejected.

B. *Did the Trial Judge Err in Refusing to Consider a Modern Commercial Fishery to Be the Logical Evolution of a Pre-Contact Trade in Eulachon Grease?*

[48] The trial judge interpreted the pleadings as a single claim to an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, "to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that [the plaintiffs] harvest from their Claimed Territories" (para. 97). Although the Lax Kw'alaams sought two distinct and separate declarations, the fusion into a single claim for declaratory relief made by the trial judge was quite appropriate. There can be no sale without a prior harvesting of the fish and the whole point of harvesting the fish, according to the Second Amended Statement of Claim, was for commercial sale. The two elements of the claim are inextricably tied together.

[49] If established, an Aboriginal right is not frozen at contact, but is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, depending on the facts.

[50] In terms of the mode of exercise, the courts have repeatedly recognized that fishing methods continue to evolve. The Aboriginal source of fishing rights does not require rights holders in the Pacific Northwest to fish from dugout canoes. Pre-contact trade in Pacific smoked salmon (if established) should not exclude preparation and sale of the frozen product when the technology became available. (All of this, of course, is subject to the interest of conservation and other substantial and compelling interests (*Sparrow*, at pp. 1108-10; and *N.T.C. Smokehouse*, at paras. 96-97).)

[47] À mon avis, la juge du procès a employé la bonne méthode pour caractériser la revendication à partir des actes de procédure et ce moyen d'appel doit être rejeté.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de considérer que la pêche commerciale moderne procédait de l'évolution logique du commerce de la graisse d'eulakane pratiqué avant le contact avec les Européens?*

[48] La juge du procès a interprété les actes de procédure comme formant une seule revendication d'un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit le droit des demandeurs [TRADUCTION] « de récolter et de vendre à une échelle commerciale toutes les espèces de ressources halieutiques qu'ils récoltent sur les territoires qu'ils revendiquent » (par. 97). Bien que les Lax Kw'alaams aient sollicité deux déclarations distinctes, c'est à bon droit que la juge du procès les a fusionnées en une seule demande. Il est impossible de vendre du poisson sans l'avoir d'abord récolté et, selon la deuxième déclaration modifiée, la raison d'être de la récolte du poisson était sa vente à des fins commerciales. Les deux éléments de la revendication sont inextricablement liés l'un à l'autre.

[49] Si un droit ancestral est établi, il ne s'agit pas d'un droit figé depuis le contact avec les Européens : son objet et son mode d'exercice peuvent avoir évolué en fonction des faits.

[50] Pour ce qui est du mode d'exercice du droit, les tribunaux ont reconnu à maintes reprises l'évolution continue des méthodes de pêche. L'origine ancestrale des droits de pêche n'exige pas que les titulaires de ces droits, dans le nord-ouest du Pacifique, pêchent dans des pirogues. Le commerce du saumon fumé du Pacifique à l'époque précontact (s'il est établi) ne devrait pas exclure la préparation et la vente du produit congelé depuis que les techniques de congélation sont apparues. (Tout cela, bien entendu, sous réserve de la conservation des ressources et d'autres intérêts réels et impérieux (*Sparrow*, p. 1108-1110; *N.T.C. Smokehouse*, par. 96-97).)

[51] However, when it comes to "evolving" the *subject matter* of the Aboriginal right, the situation is more complex. A "gathering right" to berries based on pre-contact times would not, for example, "evolve" into a right to "gather" natural gas within the traditional territory. The surface gathering of copper from the Coppermine River in the Northwest Territories in pre-contact times would not, I think, support an "Aboriginal right" to exploit deep shaft diamond mining in the same territory. While courts have recognized that Aboriginal rights must be allowed to evolve within limits, such limits are both quantitative and qualitative. A "pre-sovereignty aboriginal practice cannot be transformed into a different modern right" (*Marshall (2005)*, at para. 50).

[52] The trial judge was satisfied that the ancestors of the Lax Kw'alaams "harvested a wide variety of Fish Resources and Products through an array of fishing techniques. They have proved that the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture" (para. 494 (emphasis added)). She further found

> that the pre-contact Coast Tsimshian existed primarily within a subsistence economy until the arrival of the fur traders who influenced the creation of trade monopolies and chiefdoms [although they were also] involved in some form of loosely termed trade before the date of contact. This trade involved primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium and eulachon grease. [para. 495]

However, and this is the crucial point, the trial judge held that "trade in any other Fish Resource or Product beside eulachon grease" could *not* be described as integral to their distinctive culture (*ibid.* (emphasis added)). Such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral

[51] La situation est toutefois plus complexe lorsqu'il s'agit de « l'évolution » de l'*objet* du droit ancestral. Par exemple, le « droit de recueillir » des baies fondé sur l'époque précontact ne peut « évoluer » jusqu'au droit de « recueillir » du gaz naturel sur le territoire traditionnel. L'extraction en surface du cuivre de la rivière Coppermine dans les Territoires du Nord-Ouest à l'époque précontact ne peut pas, selon moi, servir d'assise à un « droit ancestral » d'exploiter une mine de diamants souterraine sur le même territoire. Bien que les tribunaux aient reconnu la nécessité de permettre l'évolution des droits ancestraux à l'intérieur de certaines limites, ces limites sont à la fois d'ordre quantitatif et qualitatif. Une « pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent » (*Marshall (2005)*, par. 50).

[52] La juge du procès était convaincue que les ancêtres des Lax Kw'alaams [TRADUCTION] « récoltaient une grande variété de ressources halieutiques et de produits de la pêche en utilisant toute une panoplie de techniques ». Les Lax Kw'alaams « ont prouvé que la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l'accumulation de provisions pour l'hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494 (je souligne)). Elle a aussi conclu

> [TRADUCTION] que les Tsimshians de la côte, à l'époque précontact, pratiquaient surtout une économie de subsistance, jusqu'à l'arrivée des marchands de fourrures qui ont contribué à la création de monopoles et de chefferies, [mais pratiquaient aussi] une forme de commerce au sens large avant leur contact avec les Européens. Ce commerce consistait principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatchs, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium et de la graisse d'eulakane. [par. 495]

Toutefois, et c'est là le point crucial, la juge du procès a affirmé que « le commerce de quelque ressource halieutique ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d'eulakane », *ne* pouvait *pas* être considéré comme faisant partie intégrante de leur culture distinctive (*ibid.* (je souligne)).

to the pre-contact society and did not define what made Coast Tsimshian society what it was.

[53] The Lax Kw'alaams argue that such sporadic trade in other fish products was nonetheless part of their ancestral "way of life" and, on that account, they should be allowed to continue to engage in trade in fish generally under the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In other words, the Lax Kw'alaams' argument is that proof of even sporadic trade as part of pre-contact society is sufficient to support a modern trading right in "all species of fish" and that the test applied by the trial judge is too strict. It should be enough to show that trade was part of their ancestors' pre-contact "way of life" whether or not "distinctive" or "integral" as required by *Van der Peet*.

[54] The Lax Kw'alaams place reliance on references to "way of life" in *Sappier*, at paras. 24 and 40. However, the reference in *Sappier* to a pre-contact "way of life" should not be read as departing from the "distinctive culture" test set out in *Van der Peet*, where Chief Justice Lamer stated:

> To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was. [First emphasis added; second emphasis in original; para. 55.]

The trial judge found on the facts that the Lax Kw'alaams had not met this threshold.

Ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était secondaire dans la société précontact et ne faisait pas de la société des Tsimshians de la côte ce qu'elle était.

[53] Les Lax Kw'alaams soutiennent que ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche faisait tout de même partie de leur [TRADUCTION] « mode de vie » ancestral et que, pour cette raison, ils devraient être autorisés à continuer de pratiquer le commerce du poisson en général conformément à la protection accordée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En d'autres termes, les Lax Kw'alaams plaident que même la preuve d'un commerce sporadique pratiqué par sa société à l'époque précontact suffit pour étayer un droit contemporain de faire le commerce de « toutes les espèces de poisson », et que le test appliqué par la juge du procès était trop strict. Il devrait être suffisant de démontrer que le commerce faisait partie du « mode de vie » précontact de leurs ancêtres, peu importe qu'il en ait été un élément « distinctif » ou qu'il en ait fait « partie intégrante », comme l'exige l'arrêt *Van der Peet*.

[54] Les Lax Kw'alaams s'appuient sur les mentions du « mode de vie » qui figurent aux par. 24 et 40 de l'arrêt *Sappier*. Il ne faut toutefois pas interpréter la mention, dans cet arrêt, d'un « mode de vie » précontact comme une dérogation au critère de la « culture distinctive » énoncé dans *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a dit :

> Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre [que la coutume, pratique ou tradition] était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisaient de la société ce qu'elle était. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original; par. 55.]

La juge du procès a conclu, au vu des faits, que les Lax Kw'alaams n'avaient pas satisfait à ce critère.

[55] Counsel for the Lax Kw'alaams argues that, even if pre-contact trade had been limited to eulachon grease (which they deny), the modern right should not be "frozen" but should be generalized and "evolved" to include all other fish species and fish products.

[56] However, such an "evolution" would run counter to the trial judge's clear finding that the ancestors of the Lax Kw'alaams fished all species but did not *trade* in any significant way in species of fish or fish products other than eulachon. Extension of a modern right to all species would directly contradict her view that only the "species-specific" trade in eulachon grease was integral to the distinctive culture of the pre-contact society. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact Tsimshian economy.

[57] The "species-specific" debate will generally turn on the facts of a particular case. Had it been established, for example, that a defining feature of the distinctive Coast Tsimshian culture was to catch whatever fish they could and trade whatever fish they caught, a court ought not to "freeze" today's permissible catch to species present in 1793 in the northwest coastal waters of British Columbia. As the oceans have warmed, new species have come north from southern waters and the migratory pattern of some of the old species may have shifted towards Alaska. To ignore the evolution of the fisheries resources of the Pacific Northwest would be uncalled for in the absence of some compelling reason to the contrary on the particular facts of a particular case, as in the debate about geoduck harvesting in *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, a debate on which I express no opinion. However, this example, it seems to me, is very different from the situation we have here, where trade

[55] Les avocats des Lax Kw'alaams soutiennent que, même si le commerce précontact se limitait à la graisse d'eulakane (ce qu'ils nient), le droit contemporain ne doit pas rester « figé »; il faut plutôt lui attribuer une portée générale et reconnaître qu'il a « évolué » pour s'étendre à toutes les autres espèces de poisson et de produits de la pêche.

[56] Une telle « évolution » serait toutefois contraire à la conclusion sans équivoque de la juge du procès que les ancêtres des Lax Kw'alaams pêchaient toutes les espèces, mais qu'ils ne faisaient pas véritablement le *commerce* d'espèces de poisson ou de produits de la pêche autres que l'eulakane. Le fait d'étendre un droit contemporain à toutes les espèces irait directement à l'encontre de l'avis de la juge du procès que seul le commerce, « propre à une espèce », de la graisse d'eulakane faisait partie intégrante de la culture distinctive de cette société précontact. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact des Tsimshians.

[57] La teneur du débat sur le commerce « propre à une espèce » est généralement fonction des faits en cause. S'il avait été établi, par exemple, que les Tsimshians de la côte capturaient tous les poissons qu'ils pouvaient et faisaient le commerce de tous les poissons capturés et que ces activités constituaient un élément déterminant de leur culture distinctive, le tribunal ne devrait pas « figer » le droit de pêche contemporain en le restreignant aux espèces qui vivaient en 1793 dans les eaux de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. De nouvelles espèces se sont déplacées vers le nord en raison du réchauffement des océans, et certaines des anciennes espèces ont peut-être changé leurs habitudes migratoires pour se diriger vers l'Alaska. Il n'est pas question de faire fi de l'évolution des ressources halieutiques dans le nord-ouest du Pacifique, à moins que les faits propres à un dossier particulier ne fournissent des raisons impérieuses de le faire, comme dans le débat sur la récolte du panope du Pacifique dans *Ahousaht*

was an exception to the general sustenance fishery and the only subject matter of trade was eulachon grease.

[58] The trial judge made no findings regarding the quantity of eulachon grease traded in those ancient times (and presumably had no means of doing so given the lack of evidence), but it may be assumed that, given the very short eulachon fishing season and the laborious method of extraction of the grease previously described, the quantities were small relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive Coast Tsimshian peoples. Accordingly, to extrapolate a modern commercial fishery from the pre-contact trade in eulachon grease would lack proportionality in *quantitative* terms relative to the overall pre-contact fishing activity as well.

[59] The trial judge concluded that transformation of the pre-contact eulachon grease trade into a modern commercial fishery would not be "evolution" but the creation of a different right. On that basis, the claim failed both the integrality and continuity requirements of the *Van der Peet* test. These findings were supported by the evidence.

C. *Did the Trial Judge Err in Refusing to Make a Declaration in Relation to "Lesser and Included Rights"?*

[60] The Lax Kw'alaams seek a declaration of "lesser included" Aboriginal rights to harvest fish of all species for consumption and sale "to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy" (Second Amended Statement of Claim, at para. 31; A.F., at para. 136(b)(ii)). The Lax Kw'alaams also seek a declaration of entitlement to a s. 35(1) right

Indian Band c. Canada (Attorney General), 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, sur lequel je ne me prononce pas. Cet exemple me paraît cependant fort différent de la situation qui nous occupe, où le commerce était l'exception à la pratique générale de la pêche à des fins de subsistance et où le seul objet du commerce était la graisse d'eulakane.

[58] La juge du procès n'a tiré aucune conclusion à l'égard du volume du commerce de la graisse d'eulakane à cette époque lointaine (et elle ne pouvait vraisemblablement pas le faire en raison du manque de preuve), mais la très courte durée de la saison de pêche à l'eulakane et la méthode laborieuse d'extraction de la graisse décrite précédemment permettent de supposer qu'il était très faible par rapport à l'ensemble de la pêche précontact pratiquée par les peuples vaillants et ingénieux des Tsimshians de la côte. Par conséquent, extrapoler à partir du commerce précontact de la graisse d'eulakane pour reconnaître l'existence d'un droit contemporain de pêcher commercialement serait également disproportionné, sur le plan *quantitatif*, par rapport à l'ensemble des activités de pêche précontact.

[59] La juge du procès a conclu que la métamorphose du commerce précontact de la graisse d'eulakane en une pêche commerciale moderne procéderait non pas d'une « évolution », mais de la création d'un droit différent. Par conséquent, la revendication ne remplissait pas les critères de partie intégrante et de continuité du test établi dans *Van der Peet*. La preuve étayait ces conclusions.

C. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de rendre un jugement déclaratoire sur les « droits moindres et inclus »?*

[60] Les Lax Kw'alaams sollicitent un jugement déclaratoire confirmant leurs droits ancestraux « moindres et inclus » de récolter toutes les espèces de poisson aux fins de consommation et de vente [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31; m.a.,

to a food, social and ceremonial fishery (A.F., at para. 136(b)(iii)).

[61] The categories of fishery are thus portrayed as falling along a spectrum with a subsistence food fishery at the bottom end and a full commercial fishery at the top end. Where this "lesser" commercial-type fishery falls on the spectrum is not altogether clear. In their final written argument at trial the Lax Kw'alaams characterized the *lesser* right as "[a] right to harvest all species of Fisheries Resources in the Lax Kw'alaams Territory for the purpose of selling those Fisheries Resources and their products, on a commercial scale, to sustain the Lax Kw'alaams community and accumulate and generate wealth" (para. 720 (emphasis added)). It is therefore a "lesser" right but nevertheless a *commercial* right, albeit on a more modest scale. How much more modest is not clear. The Lax Kw'alaams particularized the "amount of Fisheries Resources that the Plaintiffs need to sustain their communities" as "depending on a number of factors including availability of stocks and availability of markets for their Fisheries Resources. The Plaintiffs require enough Fisheries Resources which, when converted to money, will enable the communities to develop and maintain a prosperous economy" (Amended Response, at para. 57(c)).

[62] It seems to me that by rejecting the claim to the "greater" commercial fishery on the basis that *trade* in fish other than eulachon was not integral to pre-contact society, the trial judge was equally required to reject a "lesser" commercial right to fish "all species". Her problem on this branch of the argument was not only the scale of the commercial fishery but whether and to what extent "trade" in the pre-contact period could support *any* sort of modern commercial fishery — whether full-scale or "lesser" in scope. Her conclusion that *trade* in fish apart from eulachon grease was *not* integral to

sous-al. 136b)(ii)). Les Lax Kw'alaams demandent aussi un jugement déclarant qu'ils ont le droit, protégé par le par. 35(1), de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (m.a., sous-al. 136b)(iii)).

[61] Les différents types de pêche sont donc étalés sur une échelle, dont l'échelon inférieur correspond à la pêche de subsistance à des fins alimentaires et l'échelon supérieur à la pêche commerciale à part entière. On ne sait pas avec une certitude absolue à quel échelon se situe la pêche commerciale de « moindre » envergure. Dans son argumentation écrite finale, au procès, les Lax Kw'alaams ont décrit ce droit *moindre* comme [TRADUCTION] « [l]e droit de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques sur le territoire des Lax Kw'alaams en vue de vendre ces ressources et leurs produits à une échelle commerciale pour subvenir aux besoins de la collectivité des Lax Kw'alaams, et pour accumuler et générer de la richesse » (par. 720 (je souligne)). Il s'agit donc d'un droit « moindre », mais néanmoins *commercial*, quoiqu'à une échelle plus modeste. Plus modeste à quel point? On ne le sait pas exactement. Les Lax Kw'alaams ont qualifié la [TRADUCTION] « quantité de ressources halieutiques nécessaires aux demandeurs pour subvenir aux besoins de leurs collectivités » de « tributaire de plusieurs facteurs, y compris de la disponibilité des ressources halieutiques et de l'existence de débouchés. Les demandeurs ont besoin de suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources, une fois converties en argent, permettent à leurs collectivités de développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)).

[62] J'estime qu'en rejetant la revendication du droit de pêcher commercialement « à une plus grande échelle » parce que le *commerce* d'autres poissons que l'eulakane ne faisait pas partie intégrante de la société précontact, la juge du procès devait également rejeter le droit commercial « moindre » de pêcher « toutes les espèces ». Le problème que lui posait ce volet de l'argument n'était pas seulement l'ampleur de la pêche commerciale, mais la question de savoir si, et dans quelle mesure, le « commerce » à l'époque précontact pouvait servir d'assise à une forme *quelconque*

Coast Tsimshian pre-contact society was as fatal to the lesser commercial claim as it was to the greater commercial claim.

de pêche commerciale moderne — qu'il s'agisse d'une pêche commerciale à part entière ou d'une pêche de « moindre » envergure. La conclusion de la juge du procès que le *commerce* du poisson, hormis celui de la graisse d'eulakane, *ne* faisait *pas* partie intégrante de la société précontact des Tsimshians de la côte portait un coup aussi fatal à la revendication d'un droit commercial moindre qu'à celle d'un droit commercial plus étendu.

[63] In any event, the trial judge stated that "neither party led evidence regarding any pre-contact practi[c]e of sustaining the community through trade on any scale" (para. 102).

[63] Quoi qu'il en soit, la juge du procès a mentionné qu'[TRADUCTION] « aucune des parties n'a produit de preuve concernant une pratique précontact quelconque qui aurait consisté à subvenir aux besoins de la collectivité par un commerce de quelque envergure que ce soit » (par. 102).

[64] In the trial judge's view, "it is relevant to the fairness of the proceedings that a party not introduce, at the stage of final submissions, new issues that were not properly the subject of adjudication" (para. 102). The Attorney General of Canada contends that the Lax Kw'alaams' attempt to re-cast their claim in final argument was unfair because:

[64] Selon la juge du procès, [TRADUCTION] « il est important pour l'équité du procès qu'une partie ne soulève pas, à l'étape de son exposé final, de nouvelles questions dont le tribunal n'a pas été dûment saisi » (par. 102). Le procureur général du Canada plaide que la tentative des Lax Kw'alaams de reformuler leur revendication lors de leur plaidoirie finale est inéquitable pour les raisons suivantes :

(i) Rights to fish for sale on a lesser commercial scale were not advanced until final oral argument. The Lax Kw'alaams' opening submissions, written and oral, were directed to fishing for commercial purposes.

(i) Le droit de pêcher à des fins de vente à une échelle commerciale de moindre envergure n'a pas été évoqué avant la plaidoirie finale. Les observations préliminaires — écrites et orales — des Lax Kw'alaams portaient sur la pêche à des fins commerciales.

(ii) The particulars provided by counsel for the Lax Kw'alaams, were directed to "commercial scale" fishing, defined as "exchange of Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale" (Amended Response, at para. 54(d) (emphasis added)).

(ii) Les précisions fournies par les avocats des Lax Kw'alaams portaient sur la pêche à « l'échelle commerciale », définie comme [TRADUCTION] « l'échange à grande échelle de ressources halieutiques contre de l'argent, des biens ou des services » (réponse modifiée, al. 54d) (je souligne)).

(iii) The retainer letters to three of the Lax Kw'alaams experts sought their respective opinion in relation to "access to fisheries resources for commercial purposes".

(iii) Les lettres adressées à trois des experts des Lax Kw'alaams pour retenir leurs services sollicitaient leur avis respectif sur [TRADUCTION] « l'accès aux ressources halieutiques à des fins commerciales ».

(iv) The lay and expert witness evidence was led in relation to a full-scale commercial fishery.

This is not altogether surprising. Counsel for the Lax Kw'alaams may have concluded that to appear to dwell on lesser claims might signal to the court a lack of confidence in their clients' prospects of success in the claim to a full commercial fishery. It is never a wise practice to push a backup argument at the expense of the primary claim, and counsel should not be faulted for pursuing a time-honoured strategy, if indeed that is what they were up to.

[65] Nevertheless, quite apart from the Attorney General of Canada's procedural objections, there remained the problem of what exactly the trial judge was expected to say in the declaration of "lesser rights". Nothing in the prayer for relief in the Second Amended Statement of Claim suggested a wording for the declaration of a "lesser" commercial right and no precise wording for a declaration in that regard was proposed by counsel during argument in this Court or, it seems, in the courts below.

[66] The "lesser" claim bristled with difficulty. It was for access to sufficient fish which, "when converted to money", would enable the Lax Kw'alaams to "develop and maintain a prosperous economy" (Amended Response, at para. 57(c)). What does this mean? How would governments responsible for its implementation go about implementing it? Quite apart from the pleadings and other more substantive objections, no guidance was provided as to what standard of prosperity the Lax Kw'alaams sought or the basis on which such a standard would be quantified. The claimed "right" to enough fish to guarantee a "prosperous economy" has very far-reaching implications for fisheries management. A *Sparrow* justification is only required once a s. 35(1) right has been established. It is at the establishment stage that the Lax Kw'alaams' claim presented difficulties which, in my opinion,

(iv) Les dépositions des témoins experts et profanes concernaient la pêche commerciale à part entière.

Tout cela n'a rien de surprenant. Les avocats des Lax Kw'alaams ont sans doute conclu qu'en paraissant s'attarder sur la revendication de droits moindres, ils risquaient de donner au tribunal l'impression qu'ils doutaient des chances que la revendication par leurs clients d'un droit de pêche commerciale à part entière soit accueillie. Il n'est jamais sage de faire valoir un argument subsidiaire aux dépens de l'allégation principale, et on ne doit pas reprocher aux avocats de recourir à une tactique de longue date, si c'est vraiment ce qu'ils avaient en tête.

[65] Toutefois, sans égard aux objections procédurales du procureur général du Canada, on ne savait toujours pas ce que devait dire exactement la juge du procès dans la déclaration confirmant des « droits moindres ». La demande de redressement figurant dans la deuxième déclaration modifiée ne proposait aucune formulation pour l'énoncé d'un droit commercial « moindre », et les avocats n'ont proposé aucune formulation précise à cet égard lors de leur plaidoirie devant notre Cour ni, semble-t-il, devant les juridictions inférieures.

[66] La revendication d'un droit « moindre » comportait de nombreuses difficultés. Elle visait le droit de pêcher suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources [TRADUCTION] « une fois converties en argent » permettent aux Lax Kw'alaams de « développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)). Qu'est-ce que cela signifie? Comment les gouvernements chargés de la mise en œuvre de ce droit s'acquitteraient-ils de cette tâche? Indépendamment des actes de procédure et des autres objections touchant davantage le fond, aucune indication n'a été fournie quant à la norme de prospérité proposée par les Lax Kw'alaams ni quant au fondement sur lequel cette norme serait établie. Le « droit » revendiqué d'obtenir assez de poisson pour assurer une « économie prospère » a de très grandes conséquences sur la gestion des pêches. Une justification

the trial record did not oblige the trial judge to resolve.

[67] This is not like a treaty case where the court may be obliged to interpret its terms — however vague — because that is what the parties agreed to. Here nothing in this respect has been agreed to. The economic implications of even a "lesser" commercial fishery could be significant, and the Crown is entitled to proper notice of what "declaration" it was supposed to argue about and to test the evidence directed to that issue.

[68] In summary, the Lax Kw'alaams' claim to a declaration of an Aboriginal right to a "lesser" commercial fishery was properly rejected, in my opinion.

D. *Did the Trial Judge Err in Failing to Award a Commercial Fishery Licence on the Basis of the Honour of the Crown?*

[69] The Lax Kw'alaams argued that the Crown had an implied obligation to preserve their access to a commercial fishery on a preferential basis as a result of Crown promises, express or implied, made during the reserve allotment process. They contended that the Crown's express grant of fishing station reserves to the Coast Tsimshian — when interpreted in the light of the historical context and the Crown's policy, purpose, and representations made during the allotment process — gave rise at least to an implied right to commercial fishing opportunities for the Lax Kw'alaams. The Crown's purpose behind allotting fishing station reserves, they suggest, was to encourage coastal tribes to rely on the commercial fishery as their primary means of livelihood, as evidenced in an 1875 memorandum written by B.C. Attorney-General George Walkem

selon la norme décrite dans *Sparrow* n'est nécessaire qu'une fois établi un droit garanti par le par. 35(1). Or, c'est au stade de l'établissement du droit que la revendication des Lax Kw'alaams présentait des difficultés que, selon moi, la juge du procès n'avait pas à résoudre compte tenu du dossier qui lui avait été présenté.

[67] La présente espèce se distingue d'une affaire portant sur un traité, dont le tribunal peut être tenu d'interpréter les stipulations — aussi vagues soient-elles — parce que c'est ce dont les parties ont convenu. En l'espèce, les parties n'ont convenu de rien. Même les conséquences économiques d'une pêche commerciale « de moindre envergure » peuvent être considérables, et la Couronne a le droit d'être informée de la « déclaration » dont elle est censée débattre et de mettre à l'épreuve les éléments présentés à l'appui de celle-ci.

[68] Bref, c'est à juste titre, selon moi, que la demande par les Lax Kw'alaams d'une déclaration leur reconnaissant un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale « de moindre envergure » a été rejetée.

D. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur en n'accordant pas un permis de pêche commerciale sur le fondement de l'honneur de la Couronne?*

[69] Les Lax Kw'alaams ont soutenu que la Couronne avait l'obligation implicite de préserver leur accès préférentiel à la pêche commerciale en raison de promesses, expresses ou implicites, qu'elle aurait faites lors de l'attribution des réserves. Selon les Lax Kw'alaams, l'octroi exprès par la Couronne de campements de pêche aux Tsimshians de la côte — interprété à la lumière du contexte historique ainsi que de la politique, de l'intention et des affirmations de la Couronne au cours du processus d'attribution — conférait à tout le moins implicitement aux Lax Kw'alaams le droit de profiter des possibilités de pêcher commercialement. Les Lax Kw'alaams affirment que la Couronne a attribué des campements de pêche dans le but d'inciter les tribus de la côte à compter sur la pêche commerciale comme principal moyen de subsistance,

and the instructions given by Canada to its Reserve Commissioner Peter O'Reilly.

[70] As stated earlier, the trial judge found that no *express* promise had been made of any preferential access to the commercial fishery (paras. 515-18 and 525).

[71] As to *implied* promises, the Lax Kw'alaams cite this Court's judgment in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. In that case the claimant was charged with a series of offences related to harvesting and selling eels. At issue was an eighteenth century peace treaty between the Mi'kmaq and the Crown pursuant to which the former agreed to trade *exclusively* at British truckhouses. In his defence, Mr. Marshall argued that his treaty right exempted him from the *Fisheries Act* regulations. There was no doubt about the existence of the treaty; the issue was one of treaty interpretation. A majority of the Court held that the treaty must be interpreted in a manner that "gives meaning and substance to the promises made by the Crown" (para. 52). It would be unreasonable to interpret the treaty to confer a trading right while withholding access to the resources it was contemplated would be traded. Accordingly, there was by necessity an implied promise to allow the Mi'kmaq to fish for trading purposes to buy "necessaries" (paras. 59 and 66). The Court was obliged to give meaning to the word "necessaries" which had been agreed to in the 1760-61 treaty negotiations.

[72] Here there is no treaty. The trial judge held there was no promise. The Crown, she found, never intended in the process of allocating reserves to grant the Lax Kw'alaams *preferential* access to the fishery. They were to be treated in the same manner as other fishers. She found that this intention was made clear to the Lax Kw'alaams and that the Crown never made any undertaking by word or conduct to the contrary (paras. 515 and 517).

comme en font foi la note écrite en 1875 par le procureur général de la Colombie-Britannique, George Walkem, et les directives données par le Canada à son commissaire des réserves, Peter O'Reilly.

[70] Rappelons que la juge du procès a conclu qu'aucune promesse *expresse* d'un quelconque droit préférentiel de pratiquer la pêche commerciale n'avait été faite (par. 515-518 et 525).

[71] En ce qui concerne les promesses *implicites*, les Lax Kw'alaams citent l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, de notre Cour. Le demandeur dans cette affaire était accusé de plusieurs infractions relatives à la pêche et à la vente d'anguilles. Il était question d'un traité de paix conclu au XVIII^{e} siècle entre les Mi'kmaq et la Couronne dans lequel les Mi'kmaq acceptaient de faire commerce *exclusivement* aux maisons de troc britanniques. M. Marshall a soutenu en défense que son droit issu d'un traité le soustrayait à l'application des règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. L'existence du traité ne faisait aucun doute; c'est l'interprétation du traité qui était en litige. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que le traité doit être interprété de manière à « donner sens et substance aux promesses faites par la Couronne » (par. 52). Il serait déraisonnable d'interpréter le traité comme accordant un droit de commercer tout en ne permettant pas l'accès aux ressources devant faire l'objet du commerce. Il existait donc nécessairement une promesse implicite d'autoriser les Mi'kmaq à pêcher à des fins commerciales pour se procurer des « biens nécessaires » (par. 59 et 66). Le tribunal était tenu de donner un sens au terme « biens nécessaires » sur lequel on s'était entendu lors des négociations menées en 1760 et 1761 en vue de conclure un traité.

[72] Aucun traité n'a été signé en l'espèce. La juge du procès a conclu qu'aucune promesse n'a été faite. À son avis, lors de l'attribution des réserves, la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder aux Lax Kw'alaams un droit de pêche *préférentiel*. Les Lax Kw'alaams devaient recevoir le même traitement que les autres pêcheurs. D'après la juge du procès, cette intention a été exprimée sans équivoque aux Lax Kw'alaams, et la Couronne ne s'est

The Lax Kw'alaams' arguments based on fiduciary duties or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them.

VI. Disposition

[73] Large amounts of time and resources were dedicated to a year-long trial to determine the commercial fisheries issue. Notwithstanding the facts that the people of the Coast Tsimshian have deep roots in the coastal fishery of what is now British Columbia, the evidence satisfied the trial judge that they were not a *trading* people, except in the limited area of species-specific eulachon grease. This is not to say the Lax Kw'alaams are without s. 35(1) rights. Their claim to Aboriginal title remains outstanding. In the meantime, as the record shows, they possess an Aboriginal fishing licence to take fish for food and ceremonial purposes.

[74] The appeal must be dismissed but, as in the courts below, without costs.

APPENDIX

Ginaxangiik Tribe
Gitandoah Tribe
Gitwilgiots Tribe
Git'tsiis Tribe
Gitnadoiks Tribe
Gispaxloats Tribe
Gitlan Tribe
Gitzaxlaal Tribe
Gitlutzau Tribe

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Vancouver.

jamais engagée, par ses propos ou sa conduite, à agir autrement (par. 515 et 517). Les arguments des Lax Kw'alaams fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer.

VI. Dispositif

[73] Beaucoup de temps et de ressources ont été consacrés pendant un an à l'instruction de la question de la pêche commerciale. Même si le peuple des Tsimshians de la côte pratique depuis longtemps la pêche sur les côtes de ce qui est maintenant la Colombie-Britannique, la preuve a convaincu la juge du procès que ce n'était pas un peuple de *commerçants*, sauf dans le domaine limité, propre à une espèce, de la graisse d'eulakane. Cela ne veut pas dire que le par. 35(1) ne garantit aucun droit aux Lax Kw'alaams. Leur revendication d'un titre aborigène n'a pas encore été tranchée. En attendant qu'elle le soit, les Lax Kw'alaams détiennent, selon le dossier, un permis de pêche autochtone leur permettant de prendre du poisson à des fins alimentaires et rituelles.

[74] Il faut rejeter le pourvoi, mais sans dépens, comme devant les juridictions inférieures.

ANNEXE

Tribu des Ginaxangiik
Tribu des Gitandoah
Tribu des Gitwilgiots
Tribu des Git'tsiis
Tribu des Gitnadoiks
Tribu des Gispaxloats
Tribu des Gitlan
Tribu des Gitzaxlaal
Tribu des Gitlutzau

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitors for the intervener the Metlakatla Band: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the intervener the Te'Mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureurs de l'intervenante la Bande de Metlakatla : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur des intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance : J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Public Service Alliance of Canada *Appellant*

v.

Canada Post Corporation and Canadian Human Rights Commission *Respondents*

- and -

Public Service Alliance of Canada *Appellant*

v.

Canada Post Corporation and Canadian Human Rights Commission *Respondents*

- and -

Canadian Human Rights Commission *Appellant*

v.

Canada Post Corporation and Public Service Alliance of Canada *Respondents*

INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA *v.* CANADA POST CORP.

2011 SCC 57

File Nos.: 33668, 33669, 33670.

2011: November 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Human rights — Discriminatory practices — Equal wages — Largely female group of employees

Alliance de la fonction publique du Canada *Appelante*

c.

Société canadienne des postes et Commission canadienne des droits de la personne *Intimées*

- et -

Alliance de la fonction publique du Canada *Appelante*

c.

Société canadienne des postes et Commission canadienne des droits de la personne *Intimées*

- et -

Commission canadienne des droits de la personne *Appelante*

c.

Société canadienne des postes et Alliance de la fonction publique du Canada *Intimées*

RÉPERTORIÉ : ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA *c.* SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES

2011 CSC 57

N^{os} du greffe : 33668, 33669, 33670.

2011 : 17 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Groupe professionnel largement

receiving lower pay than largely male comparator group — Canadian Human Rights Tribunal finding pay inequity — Finding overturned on judicial review — Tribunal committed no reviewable error in finding largely female group paid less for work of equal value.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sexton, Evans and Ryer JJ.A.), 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, 399 N.R. 127, 15 Admin. L.R. (5th) 157, 2010 CLLC ¶230-015, [2010] F.C.J. No. 272 (QL), 2010 CarswellNat 416, affirming a decision of Kelen J., 2008 FC 223, [2008] 4 F.C.R. 648, 321 F.T.R. 196, 2008 CLLC ¶230-012, 62 C.H.R.R. D/378, [2008] F.C.J. No. 273 (QL), 2008 CarswellNat 471. Appeals 33668 and 33670 allowed and appeal 33669 dismissed.

David Yazbeck, *James Cameron*, *Andrew Raven* and *Andrew Astritis*, for the appellant (33668 and 33669) and the respondent (33670) the Public Service Alliance of Canada.

Peter A. Gall, *Q.C.*, *Donald R. Munroe*, *Q.C.*, *Robert Grant* and *Joana Thackeray*, for the respondent the Canada Post Corporation.

Philippe Dufresne and *Daniel Poulin*, for the respondent (33668 and 33669) and the appellant (33670) the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — I turn first to the appeals on the merits of the case (33668 and 33670). We all agree with the dissenting reasons of Evans J.A., which comprehensively address the issues on these appeals. We would allow these appeals, with costs to Public Service Alliance of Canada in this Court and below.

[2] This leaves Public Service Alliance of Canada's appeal from the Canadian Human Rights Tribunal's reduction of damages (33669). We are

féminin recevant une rémunération inférieure à celle versée au groupe professionnel largement masculin utilisé aux fins de comparaison — Conclusion d'inégalité salariale prononcée par le Tribunal canadien des droits de la personne — Conclusion infirmée par suite d'un contrôle judiciaire — Le Tribunal n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que le groupe largement féminin recevait une rémunération inférieure pour un travail de valeur égale.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sexton, Evans et Ryer), 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, 399 N.R. 127, 15 Admin. L.R. (5th) 157, 2010 CLLC ¶230-015, [2010] A.C.F. nº 272 (QL), 2010 CarswellNat 3242, qui a confirmé une décision du juge Kelen, 2008 CF 223, [2008] 4 R.C.F. 648, 321 F.T.R. 196, 2008 CLLC ¶230-012, 62 C.H.R.R. D/378, [2008] A.C.F. nº 273 (QL), 2008 CarswellNat 1908. Pourvois 33668 et 33670 accueillis et pourvoi 33669 rejeté.

David Yazbeck, *James Cameron*, *Andrew Raven* et *Andrew Astritis*, pour l'appelante (33668 et 33669) et l'intimée (33670) l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Peter A. Gall, *c.r.*, *Donald R. Munroe*, *c.r.*, *Robert Grant* et *Joana Thackeray*, pour l'intimée la Société canadienne des postes.

Philippe Dufresne et *Daniel Poulin*, pour l'intimée (33668 et 33669) et l'appelante (33670) la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Je traiterai d'abord des appels sur le fond (33668 et 33670). Nous souscrivons tous aux motifs de dissidence du juge Evans de la Cour d'appel fédérale, qui analysent de façon exhaustive les questions soulevées dans ces appels. Nous sommes d'avis d'accueillir ces appels, avec dépens en faveur de l'Alliance de la fonction publique du Canada devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

[2] Il reste à trancher l'appel de l'Alliance de la fonction publique du Canada à l'encontre de la réduction de l'indemnité par le Tribunal canadien

all of the view that this appeal should be dismissed, again for the dissenting reasons of Evans J.A., with costs to Canada Post Corporation in this Court and below.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant (33668 and 33669) and the respondent (33670) the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canada Post Corporation: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the respondent (33668 and 33669) and the appellant (33670) the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

des droits de la personne (33669). Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, également pour les motifs de dissidence du juge Evans, avec dépens en faveur de la Société canadienne des postes devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante (33668 et 33669) et l'intimée (33670) l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la Société canadienne des postes : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureur de l'intimée (33668 et 33669) et l'appelante (33670) la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Tommy Bouchard-Lebrun *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* BOUCHARD-LEBRUN

2011 SCC 58

File No.: 33687.

2011: May 16; 2011: November 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Mental disorder — Accused assaulting two individuals while in state of toxic psychosis resulting from voluntary consumption of drugs — Whether toxic psychosis whose symptoms are caused by state of self-induced intoxication can be "mental disorder" — Whether s. 33.1 of Criminal Code limits scope of defence of not criminally responsible on account of mental disorder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1.

B brutally assaulted two individuals while he was in a psychotic condition caused by drugs he had taken a few hours earlier. As a result of these incidents, B was charged with aggravated assault. The trial judge convicted B on the basis that all the elements of s. 33.1 of the *Criminal Code* ("*Cr. C.*"), which provides that self-induced intoxication cannot be a defence to an offence against the bodily integrity of another person, had been proven beyond a reasonable doubt. B then tried unsuccessfully on appeal to obtain a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder under s. 16 *Cr. C.* The Court of Appeal held that s. 33.1 *Cr. C.* applied in this case.

Held: The appeal should be dismissed.

Tommy Bouchard-Lebrun *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BOUCHARD-LEBRUN

2011 CSC 58

N° du greffe : 33687.

2011 : 16 mai; 2011 : 30 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Troubles mentaux — Accusé a agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de drogues — Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d'intoxication volontaire peut-elle constituer un « trouble mental »? — L'article 33.1 du Code criminel restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 33.1.

B a brutalement agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans un état psychotique provoqué par les drogues qu'il avait consommées quelques heures auparavant. À la suite de ces événements, B a été accusé d'avoir commis des voies de fait graves. Le juge du procès a conclu à la culpabilité de B parce que tous les éléments de l'art. 33.1 du *Code criminel* (« *C. cr.* »), en vertu duquel l'intoxication volontaire ne peut constituer une défense à une infraction contre l'intégrité physique d'autrui, ont été prouvés hors de tout doute raisonnable. B a alors tenté sans succès d'obtenir en appel un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux en vertu de l'art. 16 *C. cr.* La Cour d'appel a conclu à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* en l'espèce.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

A court must consider the specific principles that govern the insanity defence in order to determine whether s. 16 *Cr. C.* is applicable. If that defence does not apply, the court can then consider whether the defence of self-induced intoxication under s. 33.1 *Cr. C.* is applicable if it is appropriate to do so on the facts of the case. Intoxication and insanity are two distinct legal concepts.

An accused who wishes to successfully raise the insanity defence must meet the requirements of a two-stage statutory test. The first stage involves characterizing the mental state of the accused. The key issue to be decided at trial at this stage is whether the accused was suffering from a mental disorder in the legal sense at the time of the alleged events. The second stage of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* concerns the effects of the mental disorder. At this stage, it must be determined whether, owing to his or her mental condition, the accused was incapable of knowing that the act or omission was wrong. In the instant case, it is not in dispute that B was incapable of distinguishing right from wrong at the material time. Therefore, the only issue in this appeal is whether the psychosis resulted from a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

Toxic psychosis does not always result from a "mental disorder". In *Stone*, Bastarache J. proposed an approach for distinguishing toxic psychoses that result from mental disorders from those that do not. This approach is structured around two analytical tools, namely the internal cause factor and the continuing danger factor, and certain policy considerations.

The internal cause factor, the first of the analytical tools, involves comparing the accused with a normal person. The comparison between the accused and a normal person will be objective and may be based on the psychiatric evidence. The more the psychiatric evidence suggests that a normal person, that is, a person suffering from no disease of the mind, is susceptible to such a state, the more justified the courts will be in finding that the trigger is external. Such a finding would exclude the condition of the accused from the scope of s. 16 *Cr. C.* The reverse also holds true.

In this case, the application of the first factor suggests that the drug-taking is an external cause. It seems likely that the reaction of a normal person to taking drugs would indeed be to develop toxic psychosis. This strongly suggests that B was not suffering from a mental disorder at the time he committed the impugned acts. And the rapid appearance of psychotic symptoms

Les tribunaux doivent examiner l'applicabilité de l'art. 16 *C. cr.* dans la perspective des principes spécifiques qui régissent la défense d'aliénation mentale. Si cette dernière ne trouve pas application, et si les faits du dossier s'y prêtent, on pourra alors examiner l'applicabilité de la défense d'intoxication volontaire encadrée par l'art. 33.1 *C. cr.* L'intoxication et l'aliénation mentale demeurent deux concepts juridiques distincts.

L'accusé qui souhaite présenter avec succès une défense d'aliénation mentale doit satisfaire aux exigences d'un test en deux étapes, d'origine législative. La première étape concerne la qualification de l'état mental de l'accusé. La question cruciale à trancher au procès est alors de savoir si l'accusé souffrait de troubles mentaux au sens juridique au moment des faits reprochés. La deuxième étape de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* porte sur les effets des troubles mentaux. On doit alors décider si la condition mentale de l'accusé le rendait incapable de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. En l'espèce, il n'est pas contesté que B était incapable de distinguer le bien du mal au moment des faits. Le seul enjeu du pourvoi se limite donc à déterminer si cette psychose résulte d'un « trouble mental » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

Une psychose toxique ne résulte pas en toute circonstance d'un « trouble mental ». Dans l'arrêt *Stone*, le juge Bastarache a proposé une méthode pour distinguer les psychoses toxiques qui résultent de troubles mentaux de celles qui n'en résultent pas. Cette méthode est articulée autour de deux outils analytiques, soit le facteur de la cause interne et le facteur du risque subsistant, et de certaines considérations d'ordre public.

Le facteur de la cause interne, qui constitue le premier outil analytique, place l'accent sur la comparaison entre l'accusé et une personne normale. La comparaison entre l'accusé et une personne normale s'effectuera sur une base objective et peut reposer sur la preuve psychiatrique. Plus celle-ci suggérera qu'une personne normale, c'est-à-dire une personne qui ne souffre d'aucune maladie mentale, est susceptible de développer un tel état, plus les tribunaux seront fondés à considérer que l'élément déclencheur possède une nature externe. Ces constatations excluront la condition de l'accusé de la portée de l'art. 16 *C. cr.* Le raisonnement inverse est également applicable.

En l'espèce, l'application du premier facteur suggère que la consommation de drogues représente une cause externe. Une personne normale semble effectivement susceptible de développer une psychose toxique à la suite de la consommation de drogues. Ce constat suggère fortement que B ne souffrait pas d'un trouble mental au moment de commettre les faits reprochés.

generally indicates that B's delusions can be attributed to an external factor. In addition, the psychotic symptoms B experienced began to diminish shortly after he took the drugs and continued to do so until disappearing completely. The Court of Appeal held that the disappearance of the symptoms showed that the symptoms of toxic psychosis coincided with the duration of B's intoxication. It could thus say that B suffered from no disease of the mind before committing the crimes and once the effects of his drug-taking had passed. There is no valid reason to depart from this conclusion.

The second analytical tool, the continuing danger factor, is directly related to the need to ensure public safety. In this case, there is no evidence indicating that B's mental condition is inherently dangerous in any way. Provided that B abstains from such drugs in the future, which he is capable of doing voluntarily, it would seem that his mental condition poses no threat to public safety.

In this context, B was not suffering from a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* at the time he committed the assault. A malfunctioning of the mind that results exclusively from self-induced intoxication cannot be considered a disease of the mind in the legal sense, since it is not a product of the individual's inherent psychological makeup. This is true even though medical science may tend to consider such conditions to be diseases of the mind.

The foregoing conclusion leads to the question whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable. This provision applies where three conditions are met: (1) the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) the accused departed from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person. Where these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence. Section 33.1 *Cr. C.* therefore applies to any mental condition that is a direct extension of a state of intoxication. There is no threshold of intoxication beyond which s. 33.1 *Cr. C.* does not apply to an accused, which means that toxic psychosis can be one of the states of intoxication covered by this provision. It is so covered in the case at bar. The Court of Appeal therefore did not err in law in holding

D'ailleurs, l'apparition rapide des symptômes psychotiques indique généralement que les idées délirantes chez B étaient attribuables à un facteur externe. De plus, les symptômes psychotiques vécus par B ont commencé à s'estomper peu de temps après la consommation de drogues, et ce, de façon continue jusqu'à leur extinction complète. La Cour d'appel a jugé que cette rétrocession des symptômes révélait une concordance entre la durée de l'intoxication et les manifestations de la psychose toxique. La cour a pu donc affirmer que B ne souffrait d'aucune maladie mentale avant de commettre les crimes et une fois les effets de la consommation de drogues résorbés. Il n'y a aucune raison valable de s'écarter de cette conclusion.

La considération du facteur du risque subsistant, qui constitue le deuxième outil analytique, découle directement de la nécessité d'assurer la sécurité du public. En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que la condition mentale de B présente un quelconque niveau de dangerosité inhérente. Dans la mesure où B s'abstient à l'avenir de consommer de telles drogues, ce qu'il est en mesure de faire volontairement, il semble que sa condition mentale ne constitue pas une menace pour la sécurité du public.

Dans ce contexte, B ne souffrait pas d'un « trouble mental » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* au moment de commettre l'agression. Les déséquilibres mentaux développés exclusivement en raison d'une intoxication volontaire ne peuvent être considérés comme une maladie mentale au sens juridique, puisqu'ils ne sont pas le produit de la constitution psychique inhérente d'un individu. Il en est ainsi malgré le fait que la science médicale puisse volontiers considérer de tels états comme des maladies mentales.

En raison de la conclusion qui précède, il devient maintenant pertinent de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 33.1 *C. cr.* Cette disposition s'applique lorsque trois conditions sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits; (2) cette intoxication était volontaire; et (3) l'accusé s'est écarté de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Lorsque la preuve de ces trois éléments est établie, l'accusé ne peut soulever une défense basée sur l'absence d'intention générale ou de la volonté requise pour la perpétration de l'infraction. L'article 33.1 *C. cr.* s'applique donc à toute condition mentale qui constitue le prolongement direct d'un état d'intoxication. Il n'existe aucun seuil d'intoxication à partir duquel l'état d'un accusé échappe à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* Une psychose toxique peut donc faire partie des états d'intoxication visés par

that s. 33.1 *Cr. C.* was applicable rather than s. 16 *Cr. C.*

Cases Cited

Applied: *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; **discussed:** *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII); *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1; *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. v. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. v. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. v. Fortin*, 2005 CanLII 6933; *R. v. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85; *R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. v. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII); *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 16, 33.1, 266(*a*), 268, 348(1)(*a*), 463, Part XX.1.

Authors Cited

Alexander, Larry, and Kimberly Kessler Ferzan with contributions by Stephen J. Morse. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law.* New York: Cambridge University Press, 2009.

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law.* Toronto: Thomson/Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2011, release 2).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14470.

Parent, Hugues. "Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution" (2010), 69 *R. du B.* 103.

cette disposition. C'est le cas en l'espèce. La Cour d'appel n'a donc pas commis d'erreur de droit en concluant à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* plutôt que de l'art. 16 *C. cr.*

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; **arrêts analysés :** *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; **arrêts mentionnés :** *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII); *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1; *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. c. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. c. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. c. Fortin*, 2005 CanLII 6933; *R. c. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85; *R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. c. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanII); *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 16, 33.1, 266*a*), 268, 348(1)*a*), 463, partie XX.1.

Doctrine citée

Alexander, Larry, and Kimberly Kessler Ferzan with contributions by Stephen J. Morse. *Crime and Culpability : A Theory of Criminal Law.* New York : Cambridge University Press, 2009.

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law.* Toronto : Thomson/Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2011, release 2).

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1re sess., 35e lég., 22 juin 1995, p. 14470.

Parent, Hugues. « Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution » (2010), 69 *R. du B.* 103.

Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Rochette and Gagnon JJ.A.), 2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548, 76 C.R. (6th) 59, [2010] Q.J. No. 1672 (QL), 2010 CarswellQue 9208, affirming the convictions for aggravated assault and assault entered by Decoste J.C.Q., 2008 QCCQ 5844 (CanLII), [2008] J.Q. nº 6218 (QL), 2008 CarswellQue 6362 (*sub nom. R. v. Lebrun*). Appeal dismissed.

Véronique Robert and *Roland Roy*, for the appellant.

Guy Loisel and *Pierre DesRosiers*, for the respondent.

Ginette Gobeil and *François Joyal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Gattrell and *Joan Barrett*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, the Court must decide whether a toxic psychosis that results from a state of self-induced intoxication caused by an accused person's use of chemical drugs constitutes a "mental disorder" within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"), and thus exempts the appellant from criminal responsibility for an offence involving interference with the bodily integrity of another person. In general, this case also gives the Court an opportunity to review the respective scopes of the insanity defence and the defence of self-induced intoxication.

[2] The appellant brutally assaulted two individuals while he was in a psychotic condition caused by chemical drugs he had taken a few hours earlier. He

Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Gagnon), 2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59, 260 C.C.C. (3d) 548, [2010] J.Q. nº 1672 (QL), 2010 CarswellQue 2004, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de voies de fait graves et de voies de fait inscrites par le juge Decoste, 2008 QCCQ 5844 (CanLII), [2008] J.Q. nº 6218 (QL), 2008 CarswellQue 6362 (*sub nom. R. c. Lebrun*). Pourvoi rejeté.

Véronique Robert et *Roland Roy*, pour l'appelant.

Guy Loisel et *Pierre DesRosiers*, pour l'intimée.

Ginette Gobeil et *François Joyal*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Gattrell et *Joan Barrett*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

[1] Dans ce pourvoi, la Cour doit décider si une psychose toxique résultant d'un état d'intoxication dans lequel un accusé s'est volontairement placé en consommant des drogues chimiques constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), et permet ainsi à l'appelant d'échapper à sa responsabilité pénale pour une infraction comportant une atteinte à l'intégrité physique d'autrui. De façon générale, le présent dossier permet également à la Cour de revoir les champs d'application respectifs des défenses d'aliénation mentale et d'intoxication volontaire.

[2] L'appelant a brutalement agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans un état psychotique provoqué par les drogues chimiques qu'il

seriously injured one of the individuals by stomping on his head. The victim suffered serious and permanent harm. After being convicted by the Court of Québec on two counts of aggravated assault and assault (2008 QCCQ 5844 (CanLII)), the appellant tried unsuccessfully on appeal to obtain a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder (2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548). With leave of this Court, the appellant is now appealing the judgment of the Quebec Court of Appeal, which rejected the argument that a toxic psychosis resulting from the voluntary consumption of drugs is a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[3] For the reasons that follow, I find that the judgment of the Court of Appeal is correct in law. I would therefore dismiss the appeal.

II. Main Facts

[4] The relevant facts of this case are not in dispute. For the purposes of this appeal, it will suffice to mention that the appellant, Tommy Bouchard-Lebrun, and a long-time acquaintance of his, Yohann Schmouth, had smoked marijuana and taken amphetamines during the day on October 23, 2005. In the evening, they decided to go to Amqui so the appellant could visit his parents. They took the bus from Rivière-du-Loup, where the appellant lived, to the last stop in Mont-Joli. They were still intoxicated when they got on the bus.

[5] When they arrived in Mont-Joli during the night on October 24, the appellant and his friend decided to hitchhike to Amqui. At about 1:30 a.m., Gilles Tremblay, an old acquaintance of the appellant's family, picked them up in his car. At that time, no signs of intoxication were apparent from the appellant's behaviour. At trial, Mr. Tremblay stated that he had not noticed anything unusual about the appellant at any time during the car trip. His statements confirmed Mr. Schmouth's testimony

avait consommées quelques heures auparavant. Il a infligé des blessures graves à l'un d'entre eux en lui assénant violemment un coup de pied à la tête. La victime souffre de lésions graves et permanentes. Après avoir été condamné par la Cour du Québec sous deux chefs de voies de fait graves et de voies de fait (2008 QCCQ 5844 (CanLII)), l'appelant a tenté sans succès d'obtenir en appel un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59). Sur autorisation de notre Cour, l'appelant se pourvoit maintenant à l'encontre du jugement de la Cour d'appel du Québec qui avait refusé de reconnaître qu'une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de stupéfiants constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le jugement de la Cour d'appel est bien fondé en droit. En conséquence, je propose de rejeter le pourvoi.

II. Principaux faits

[4] La trame factuelle de ce dossier n'est pas contestée. Pour l'étude de ce pourvoi, il suffit de mentionner que l'appelant, M. Tommy Bouchard-Lebrun, et M. Yohann Schmouth, une de ses connaissances de longue date, avaient fumé de la marijuana et pris des amphétamines dans la journée du 23 octobre 2005. Au cours de la soirée, les deux compagnons ont décidé de se rendre à Amqui pour que l'appelant visite ses parents. Ils ont donc pris l'autobus à Rivière-du-Loup, où l'appelant résidait, en direction de Mont-Joli, au terminus du service. Au moment de prendre l'autobus, les deux compagnons étaient toujours intoxiqués.

[5] Une fois arrivés à Mont-Joli, dans la nuit du 24 octobre, l'appelant et son compagnon ont décidé de faire de l'auto-stop pour se rendre à Amqui. Vers 1 h 30 du matin, M. Gilles Tremblay, une vieille connaissance de la famille de l'appelant, les a fait monter dans son auto. À cette heure précise, le comportement de l'appelant ne laissait paraître aucun signe d'intoxication. Au procès, M. Tremblay a affirmé qu'il n'avait rien remarqué d'anormal chez l'appelant tout au long du trajet en

that the appellant was [TRANSLATION] "OK" again when they were around Val-Brillant, a municipality about 15 kilometres from Amqui. Therefore, it seems that the drugs taken by the appellant during the day on October 23 had ceased to have effect before he arrived in Amqui with Mr. Schmouth.

[6] In Amqui, the two young men purchased ecstasy pills of a type known as "*poire bleue*", which they took during the night on October 24. During the hours that followed, the appellant and Mr. Schmouth decided to go and beat up Dany Lévesque, who was known as "Pee-Wee", for the real or imagined reason that he wore an [TRANSLATION] "upside-down cross" around his neck. Around 5:00 a.m., the appellant and Mr. Schmouth illegally entered the building where Mr. Lévesque lived. Roger Dumas, who lived on the second floor of the building, was woken up by noise coming from the ground floor and went down to Mr. Lévesque's apartment to find out what was going on. The two occupants of the building met in the stairs and realized that the appellant and Mr. Schmouth were there, and the latter two then brutally attacked Mr. Lévesque by punching and kicking him many times.

[7] Mr. Dumas saw that Mr. Lévesque could not defend himself against his two attackers and tried to intervene. The appellant grabbed him and threw him violently down the stairs. Mr. Dumas lay on the floor at the bottom of the stairs. The appellant went down to where he was and stomped on his head. The assault left Mr. Dumas disabled, and he will have to spend the rest of his life in a hospital.

[8] At the time of the assault, the appellant was highly intoxicated because of the effects of the "*poire bleue*" pill he had taken a few hours earlier. In addition to the "normal" symptoms of intoxication resulting from the use of that drug, the highly toxic pill had produced a striking and, according to the appellant, unanticipated effect on him, as it

voiture. Ses déclarations confirment le témoignage de M. Schmouth, selon lequel l'appelant était redevenu « correct » dans les environs de Val-Brillant, une municipalité située à une quinzaine de kilomètres d'Amqui. Ainsi, il semble que les drogues que l'appelant a consommées dans la journée du 23 octobre avaient cessé de faire effet avant qu'il arrive à Amqui avec M. Schmouth.

[6] À Amqui, les deux jeunes hommes ont acheté des comprimés d'ecstasy connus sous le nom de « poire bleue », qu'ils ont consommés dans la nuit du 24 octobre. Dans les heures qui ont suivi, l'appelant et M. Schmouth ont décidé d'aller administrer une correction à M. Dany Lévesque, surnommé « Pee-Wee », pour le motif réel ou imaginé que ce dernier portait une « croix à l'envers » au cou. Aux alentours de 5 h du matin, l'appelant et M. Schmouth ont pénétré illégalement dans l'immeuble habité par M. Lévesque. Réveillé par le bruit provenant du rez-de-chaussée, M. Roger Dumas, qui habitait au deuxième étage de l'immeuble, descendit à l'appartement de M. Lévesque afin de comprendre ce qui se passait. Les deux occupants de l'immeuble se rencontrèrent dans les escaliers et constatèrent à cet endroit la présence de l'appelant et de M. Schmouth. Aussitôt après avoir été aperçus, ces derniers s'attaquèrent à M. Lévesque sans ménagement en lui assénant de nombreux coups de poing et coups de pied.

[7] Voyant que M. Lévesque était incapable de se défendre contre ses deux agresseurs, M. Dumas tenta de s'interposer. L'appelant l'empoigna alors et le projeta violemment au bas de l'escalier. M. Dumas resta étendu sur le sol au bas des marches. L'appelant le rejoignit et lui porta un violent coup de pied à la tête. Cet assaut a rendu M. Dumas invalide et il devra passer le reste de sa vie dans une chambre d'hôpital.

[8] Au moment de l'agression, l'appelant était fortement intoxiqué en raison des effets du comprimé de « poire bleue » qu'il avait consommé quelques heures plus tôt. Au-delà des symptômes « normaux » reliés à un état d'intoxication découlant de la consommation de cette drogue, ce comprimé hautement toxique avait produit chez l'appelant un

caused a complete dissociation between the appellant's subjective perceptions and the objective reality. To put it bluntly, he was [TRANSLATION] "on another planet". Two witnesses at the trial stated that he [TRANSLATION] "started acting weird" and was "completely out of it" after taking the "*poire bleue*" pill.

[9] In actual fact, the appellant experienced an episode that might be described as religious delirium in light of its symptoms. It was after taking the drug that he became obsessed with the "upside-down cross" supposedly worn by Mr. Lévesque. During the attack, he made statements of a religious nature that, although coherent, were basically absurd. For example, he said that the Apocalypse was coming. At one point, he raised his arms in the air and asked the victims and the helpless witnesses to the attack whether they believed in him. After referring a few times to God and the Devil once the attack was over, he blessed Mr. Dumas's spouse by making the sign of the cross on her forehead. Mr. Dumas was still lying on the floor when the appellant then left the scene very calmly as if nothing had just happened.

[10] It has never been in dispute, in any of the courts, that the appellant was in a serious psychotic condition at the time of the offences and that the effects of that condition diminished gradually until they disappeared on October 28, 2005. The essential issue in this appeal is instead how that psychosis affects the appellant's criminal responsibility. I will consider this issue later in these reasons. For now, it will suffice to note that, according to the evidence, the appellant had never experienced a psychotic episode such as this prior to the incidents in question. He had no underlying disease of the mind, nor was he addicted to a particular substance. Although he described himself at trial as an [TRANSLATION] "occasional user" of drugs, the evidence does not establish that he "abused" drugs — if it can be said that occasional drug use does not constitute abuse, that is.

effet retentissant qu'il affirme ne pas avoir anticipé. En fait, la « poire bleue » a provoqué une dissociation complète entre les perceptions subjectives vécues par l'appelant et la réalité objective. Pour dire les choses sans détour, l'appelant était parvenu « sur une autre planète ». Deux témoins au procès ont d'ailleurs affirmé que l'appelant a « viré bizarre » et est devenu « capoté ben raide » après avoir ingurgité ce comprimé de « poire bleue ».

[9] Dans les faits, l'appelant a vécu un épisode que l'on pourrait qualifier de délire religieux, d'après ses manifestations. C'est à partir de la consommation de cette drogue que la « croix à l'envers » supposément portée par M. Lévesque a commencé à l'obséder. Pendant l'agression, l'appelant a tenu des propos à connotation religieuse qui étaient cohérents, mais foncièrement insensés. Ainsi, il a affirmé que l'Apocalypse s'en venait. Puis, à un certain moment, il a levé les bras en l'air en demandant aux victimes et aux témoins impuissants de l'agression s'ils croyaient en lui. Après quelques références à Dieu et au diable, il a béni la conjointe de M. Dumas en lui faisant un signe de croix sur le front après l'agression. Alors que M. Dumas gisait toujours sur le sol, l'appelant a ensuite quitté les lieux très calmement, comme si rien ne venait de se produire.

[10] Devant toutes les instances judiciaires, il n'a jamais été contesté que l'appelant se trouvait, au moment des actes criminels, dans un état psychotique sérieux dont les effets se sont progressivement estompés jusqu'à leur disparition le 28 octobre 2005. L'essence de ce pourvoi consiste plutôt à déterminer les effets de cette psychose sur la responsabilité criminelle de l'appelant. J'analyserai cette question plus loin dans les motifs. Dans l'immédiat, il suffit de souligner que, selon la preuve, l'appelant n'avait jamais traversé d'épisode psychotique de cette nature avant les événements en question. Il ne souffrait d'aucune maladie mentale sous-jacente ni de dépendance à une substance particulière. Bien qu'il se soit lui-même décrit au procès comme un « consommateur occasionnel » de drogues, la preuve ne permet pas de conclure qu'il en ait fait un « usage abusif » — si tant est qu'il soit possible d'affirmer qu'une consommation occasionnelle de drogues ne constitue pas un abus.

[11] As a result of these incidents, the appellant was charged with committing aggravated assault on Mr. Dumas and Mr. Lévesque contrary to ss. 266(*a*) and 268 *Cr. C.*, and with breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an indictable offence and attempting to break and enter a place other than a dwelling-house contrary to ss. 348(1)(*a*) and 463 *Cr. C.* He pleaded not guilty to all the charges against him.

III. Judicial History

A. *Court of Québec, 2008 QCCQ 5844 (CanLII) (Judge Decoste)*

[12] At a trial before a judge alone, the appellant raised one defence. Although he admitted that he had committed the acts on which the charges were based, he claimed that, at the time, he had been under the effects of a psychotic condition induced by Mr. Schmouth's spiritual influence. The defence's position was that this psychotic condition had prevented the appellant from exercising judgment to assess what impact his drug-taking on October 23 and 24, 2005 might have (para. 31). As a result, he was exempt from criminal liability for the commission of the acts for which he had been charged.

[13] Two psychiatrists were heard at trial, one for the Crown and the other for the defence. They were in agreement that the appellant had been suffering from [TRANSLATION] "a severe psychosis that made him incapable of distinguishing right from wrong" (para. 33) at the time he committed the acts in question. However, the experts disagreed about the origin of the psychosis. Dr. Roger Turmel, the defence's expert, stated that the appellant's psychosis had resulted mainly from [TRANSLATION] "the mystical atmosphere" into which he had been plunged by Mr. Schmouth. In Dr. Turmel's opinion, "even Mr. [Bouchard-]Lebrun's decision to take drugs was not made freely but was influenced in a way by the control his friend exerted over him" (para. 31). The Crown's expert disagreed with this. According to Dr. Sylvain Faucher,

[11] À la suite de ces événements, l'appelant a été accusé d'avoir commis des voies de faits graves contre M. Dumas et M. Lévesque, en violation de l'al. 266*a*) et de l'art. 268 *C. cr.*, et de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation dans le but de commettre un acte criminel et d'avoir tenté de s'introduire par effraction dans un endroit autre qu'une maison d'habitation, contrairement à l'al. 348(1)*a*) et à l'art. 463 *C. cr.* L'appelant a plaidé non coupable à l'ensemble des accusations portées contre lui.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2008 QCCQ 5844 (CanLII) (le juge Decoste)*

[12] Au cours d'un procès tenu devant un juge seul, l'appelant a présenté une défense. Bien qu'il ait admis avoir commis les actes à la base des chefs d'accusation, il a néanmoins affirmé qu'il se trouvait alors sous l'effet d'une psychose provoquée par l'influence spirituelle de M. Schmouth. Selon l'argument de la défense, cet état de psychose aurait empêché l'appelant d'évaluer avec discernement l'impact de la prise de drogues les 23 et 24 octobre 2005 (par. 31). En conséquence, il n'aurait pas engagé sa responsabilité pénale en commettant les actes qui lui sont reprochés.

[13] Deux psychiatres ont été entendus au procès, l'un pour le ministère public, l'autre pour la défense. Tous deux ont émis l'opinion que l'appelant, au moment de commettre les gestes reprochés, était atteint d'« une sévère psychose le rendant inapte à juger la distinction entre le bien et le mal » (par. 33). Par contre, les experts ont offert des opinions contradictoires quant à l'origine de la psychose. Pour le D[r] Roger Turmel, assigné par la défense, la psychose résultait principalement de « l'atmosphère mystique » dans laquelle M. Schmouth avait plongé l'appelant. Selon lui, « même la décision de consommer des stupéfiants par Monsieur [Bouchard-]Lebrun n'était pas effectuée librement, mais d'une certaine façon influencée par l'esprit de contrôle qu'exerçait son ami sur lui » (par. 31). Cette thèse a été contredite par l'expert de la

the circumstances required for psychosis resulting from a third party's influence were not present in this case. He concluded instead that, at the material time, the appellant had been suffering from toxic psychosis, that is, psychosis caused by the consumption of toxic substances (para. 37).

[14] Judge Decoste accepted Dr. Faucher's opinion and found that the appellant had been suffering from toxic psychosis at the time he committed the offences (para. 41). In Judge Decoste's view, because of that state of extreme intoxication, the appellant had to be acquitted on the counts of breaking and entering with intent to commit a criminal offence and attempting to break and enter. He then convicted the appellant on the counts of aggravated assault on Mr. Dumas and assault on Mr. Lévesque, referring for that purpose to s. 33.1 *Cr. C.*, which provides that self-induced intoxication cannot be a defence to an offence against the bodily integrity of another person (para. 51).

[15] In a separate judgment (2008 QCCQ 8927 (CanLII)), Judge Decoste sentenced the appellant to imprisonment for five years for the offence of aggravated assault and three months concurrent for that of common assault.

B. *Quebec Court of Appeal, 2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548 (Thibault, Rochette and Gagnon JJ.A.)*

[16] The appellant appealed the guilty verdict and the related sentence to the Quebec Court of Appeal. In the appeal against the verdict, his defence and arguments changed. He no longer claimed that his psychotic condition had resulted from Mr. Schmouth's spiritual influence. After conceding that he had acted under the influence of a toxic psychosis, he instead argued that the defence of mental disorder should have been applicable as a result of this condition, since the evidence at trial showed that he had been incapable of distinguishing right from wrong at the material time (para. 18).

Couronne. D'après le D[r] Sylvain Faucher, les circonstances d'une psychose résultant de l'influence exercée par un tiers n'étaient pas réunies en l'espèce. Il a plutôt conclu que l'appelant, au moment des faits, était atteint d'une psychose toxique, c'est-à-dire d'une psychose causée par la consommation de substances toxiques (par. 37).

[14] Le juge Decoste a retenu l'opinion du D[r] Faucher. Il a conclu que l'appelant était atteint d'une psychose toxique au moment de commettre les infractions reprochées (par. 41). À son avis, cet état d'intoxication extrême devait entraîner l'acquittement de l'appelant relativement aux chefs d'accusation d'introduction par effraction dans le but de commettre une infraction criminelle et de tentative de s'introduire par effraction. Ensuite, en se référant à l'art. 33.1 *C. cr.*, en vertu duquel l'intoxication volontaire ne peut constituer une défense à une infraction contre l'intégrité physique d'autrui, il a conclu à la culpabilité de l'appelant relativement aux chefs de voies de fait graves contre M. Dumas et de voies de fait contre M. Lévesque (par. 51).

[15] Dans un jugement distinct (2008 QCCQ 8927 (CanLII)), le juge Decoste a infligé à l'appelant une peine d'emprisonnement de cinq ans pour le crime de voies de fait graves et une peine concurrente de trois mois pour celui de voies de fait simples.

B. *Cour d'appel du Québec, 2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59 (les juges Thibault, Rochette et Gagnon)*

[16] L'appelant s'est pourvu devant la Cour d'appel du Québec contre le verdict de culpabilité et la sentence s'y rattachant. Dans le cadre de l'appel sur le verdict, sa défense et son argumentation ont changé. En effet, l'appelant a abandonné la prétention selon laquelle son état psychotique résultait de l'influence spirituelle exercée par M. Schmouth. Après avoir concédé qu'il avait agi sous l'effet d'une psychose toxique, il a plutôt plaidé que cet état aurait dû entraîner l'application de la défense de troubles mentaux, puisque la preuve au procès aurait révélé qu'il n'était pas en mesure de distinguer le bien du mal au moment des faits (par. 18).

[17] In general terms, the appellant argued that the trial judge had confused the insanity defence under s. 16 *Cr. C.* with the defence of self-induced intoxication under s. 33.1 *Cr. C.* He therefore asked the Court of Appeal to disregard s. 33.1 and find that he was not criminally responsible on the basis that his toxic psychosis on the night of October 24, 2005 was a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[18] The Court of Appeal rejected the appellant's arguments. Thibault J.A., writing for the court, began by expressing disagreement with the premise on which they were based, namely that the development of a psychotic condition was [TRANSLATION] "unforeseeable" in this case (para. 32). She noted that, on the contrary, Dr. Faucher's testimony had proved that 50 percent of PCP users and 13 percent of amphetamine users were likely to develop such a condition (*ibid.*). She added that the appellant seemed to be one of those people, since the effects of his psychosis had lasted as long as he had remained intoxicated (para. 34).

[19] Thibault J.A. then pointed out that according to the line of authority based on *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, the defence of self-induced intoxication was available in extreme cases to accused persons charged with general intent offences. She added that the enactment by Parliament of s. 33.1 *Cr. C.* had limited this defence to non-violent offences.

[20] To conclude her analysis, Thibault J.A. considered the scope of s. 16 *Cr. C.*, which concerns the insanity defence. She acknowledged that the courts had held that the defence was available to an accused person suffering from an underlying mental disorder whose mental condition had [TRANSLATION] "deteriorated even more" as a result of drug use (para. 77). However, she pointed out that this Court had clearly held in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, that transitory

[17] De façon générale, l'appelant a reproché au juge de première instance d'avoir confondu la défense d'aliénation mentale codifiée à l'art. 16 *C. cr.* et celle d'intoxication volontaire encadrée par l'art. 33.1 *C. cr.* Il a donc invité la Cour d'appel à faire abstraction de cette dernière disposition législative et à conclure à sa non-responsabilité criminelle au motif que la psychose toxique survenue dans la nuit du 24 octobre 2005 constituait un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

[18] La Cour d'appel a rejeté les prétentions de l'appelant. Au nom de la cour, la juge Thibault a d'abord exprimé son désaccord avec la prémisse sur laquelle l'argumentation de l'appelant était fondée, soit que le développement d'un état psychotique était « imprévisible » en l'espèce (par. 32). Elle a plutôt noté que le témoignage du D^r^ Faucher avait prouvé que 50 p. 100 des consommateurs du PCP, et 13 p. 100 de ceux qui consomment des amphétamines, sont susceptibles de développer un tel état (par. 32). Elle a ajouté que l'appelant a semblé être l'un de ces sujets, puisque les effets de sa psychose se sont fait sentir pendant une période correspondant à la durée de son intoxication (par. 34).

[19] Ensuite, la juge Thibault a rappelé que la jurisprudence découlant de l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, permettait, dans les cas extrêmes, à un accusé de soulever une défense d'intoxication volontaire à l'encontre d'un chef d'accusation impliquant un crime d'intention générale. Puis, elle a souligné que l'adoption par le Parlement de l'art. 33.1 *C. cr.* avait limité cette défense aux infractions non violentes.

[20] Enfin, pour conclure son analyse, la juge Thibault a examiné le champ d'application de l'art. 16 *C. cr.* portant sur la défense d'aliénation mentale. Elle a reconnu que la jurisprudence acceptait qu'un accusé souffrant des troubles mentaux sous-jacents et dont la condition mentale se serait « détériorée davantage » en raison d'une consommation de drogues puisse bénéficier de cette défense (par. 77). Par contre, elle a souligné que l'arrêt *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, avait décidé

psychosis induced by drug use cannot be considered a "disease of the mind" within the meaning of ss. 2 and 16 *Cr. C.* She accordingly held that because of the appellant's psychotic condition at the time he assaulted his victims, his insanity defence under s. 16 of the *Criminal Code* could not succeed.

[21] In this regard, Thibault J.A. added that the appellant had no underlying disease of the mind and had become perfectly sane again once the effects of the "*poire bleue*" had passed. Finally, in her opinion, the appellant's argument was an attempt to circumvent Parliament's intent by making it possible for an accused person to plead self-induced intoxication to avoid criminal liability for an offence against the bodily integrity of another person (para. 79), whereas the explicit purpose of the enactment of s. 33.1 *Cr. C.* had been to preclude such an outcome.

[22] The Court of Appeal also dismissed the appeal against sentence on the basis that the sentences imposed by the trial judge, though harsh, were not unreasonable (para. 85).

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] This appeal raises the following issues:

1. Does s. 33.1 *Cr. C.* limit the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder provided for in s. 16 *Cr. C.*?

2. Can a toxic psychosis whose symptoms are caused by a state of self-induced intoxication be a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*?

clairement qu'une psychose transitoire attribuable à une consommation de stupéfiants ne peut être considérée comme une « maladie mentale » au sens des art. 2 et 16 *C. cr.* La juge Thibault a alors décidé que l'état psychotique dans lequel l'appelant s'était trouvé au moment des agressions contre ses victimes ne lui permettait pas d'invoquer avec succès la défense d'aliénation mentale prévue à l'art. 16 du *Code criminel.*

[21] À ce propos, la juge Thibault a ajouté que l'appelant ne souffrait d'aucune maladie mentale sous-jacente et qu'il était redevenu parfaitement sain d'esprit après la résorption des effets de la « poire bleue ». Finalement, la juge Thibault a exprimé l'avis que l'argumentation de l'appelant tentait de contourner l'intention du législateur, en permettant à un accusé de plaider l'intoxication volontaire afin d'échapper à sa responsabilité criminelle relativement à une infraction contre l'intégrité physique d'autrui (par. 79), alors que l'adoption de l'art. 33.1 *C. cr.* avait explicitement pour objectif d'exclure un tel résultat.

[22] Par ailleurs, la Cour d'appel a rejeté l'appel sur la sentence au motif que les peines imposées par le juge de première instance, quoique sévères, n'étaient pas déraisonnables (par. 85).

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. L'article 33.1 *C. cr.* restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévue à l'art. 16 *C. cr.*?

2. Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d'intoxication volontairement provoqué peut-elle constituer un « troubl[e] menta[l] » en vertu de l'art. 16 *C. cr.*?

B. *Understanding the Nature of the Issue in This Appeal: Response to Daviault and Interplay Between Sections 16 and 33.1 Cr. C.*

[24] The appellant concedes that the evidence in the record shows that his toxic psychosis *resulted exclusively* from his state of self-induced intoxication the night of October 24, 2005. Although he disagrees with the failure of the courts below to take his predisposition to such a psychiatric disorder into account, he is not specifically submitting that they erred in rejecting the argument that his intoxication had triggered a latent disease of the mind. Indeed, his counsel stated at the hearing in this Court that she was not raising this as a ground of appeal (transcript, at p. 4).

[25] Nevertheless, the appellant's position leads to the same result. It amounts in substance to arguing that a single episode of intoxication can be a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* if it produces abnormal effects on the accused, such as psychotic symptoms. The syllogism proposed by the appellant comes down to this: since toxic psychosis is an abnormal effect of intoxication, it necessarily affects only those whose psyches are particularly fragile or vulnerable. As a result, this toxic psychosis must be considered a mental disorder from a legal standpoint.

[26] Thus, the appellant is arguing indirectly that the toxic psychosis he developed after taking a "*poire bleue*" pill resulted from an underlying disease of the mind that became apparent as a result of his intoxication. But because of the obstacles presented by the evidence in the record and the trial judge's findings of fact in relation to this argument, the appellant does not focus on his personal situation. Instead, he relies on an argument of general application. According to him, *any* toxic psychosis, even one that results, as the trial judge found in this case, from a single episode of intoxication, must be

B. *Comprendre la nature du problème soulevé dans le présent pourvoi : les suites de l'arrêt Daviault et l'interaction entre les art. 16 et 33.1 C. cr.*

[24] L'appelant ne conteste pas le fait que la preuve versée au dossier indique que la psychose toxique dont il a souffert a *exclusivement résulté* de l'état d'intoxication dans lequel il s'est volontairement placé dans la nuit du 24 octobre 2005. Bien qu'il déplore que les tribunaux inférieurs n'aient pas tenu compte de ses prédispositions à développer un tel désordre psychique, il ne soutient pas spécifiquement que ceux-ci ont refusé à tort de reconnaître que son intoxication aurait constitué l'élément déclencheur d'une maladie mentale en phase latente. Lors de l'audition devant notre Cour, son avocate a d'ailleurs déclaré qu'elle n'invoquait pas cette prétention comme moyen d'appel (transcription, p. 4).

[25] La position défendue par l'appelant conduit néanmoins au même résultat. En substance, elle revient à prétendre qu'un épisode unique d'intoxication peut constituer un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*, lorsqu'il provoque chez l'accusé des effets anormaux tels que des symptômes psychotiques. Le syllogisme proposé par l'appelant se décline ainsi : puisqu'une psychose toxique représente un effet anormal de l'intoxication, elle n'afflige nécessairement que les individus dont le psychisme présente une fragilité ou une vulnérabilité particulière. En conséquence, cette psychose toxique doit être considérée comme un trouble mental sur le plan juridique.

[26] On constate donc que l'appelant plaide indirectement que la psychose toxique qu'il a développée après avoir consommé un comprimé de « poire bleue » résulte d'une maladie mentale sous-jacente que l'intoxication a rendue manifeste. En raison des obstacles que posent la preuve versée au dossier et les conclusions de fait tirées par le juge de première instance quant à cette prétention, l'appelant n'insiste cependant pas sur sa situation personnelle. Il mise plutôt sur un argument à portée générale. D'après lui, *toute* psychose toxique, même si elle résulte d'un épisode unique d'intoxication,

considered a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* (A.F., at para. 48). The appellant's reasoning therefore rests on the premise that intoxication can never be the real or underlying cause of toxic psychosis and that toxic psychosis must originate in a pre-existing mental condition.

[27] The corollary to this argument is that a person in a psychotic condition should never, from a legal standpoint, be considered merely to be intoxicated (transcript, at p. 11). The appellant thus contends that the Court of Appeal confused the defence of self-induced intoxication with that of mental disorder under s. 16 *Cr. C.* in holding that s. 33.1 *Cr. C.* applied in this case (A.F., at para. 34). More specifically, the appellant argues that Thibault J.A. erred in writing that [TRANSLATION] "[h]is submission would have the effect of rendering s. 33.1 *Cr. C.* meaningless and [disregarding] the clearly expressed legislative intent of preventing individuals who reach a state of extreme intoxication by voluntarily consuming drugs or alcohol from avoiding criminal liability" (para. 79). In his opinion, this passage wrongly suggests that s. 33.1 *Cr. C.* limits the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder.

[28] The appellant adds that the passage in question is incorrect in law because Parliament, in enacting s. 33.1 *Cr. C.*, endorsed the position taken by the dissenting judges in *Daviault* that, owing to policy considerations, the defence of self-induced intoxication should not be available in the case of a general intent offence. He points out that those dissenting judges had acknowledged that [TRANSLATION] "toxic psychosis remained a defence under s. 16" (A.F., at para. 74). The appellant therefore submits that the dissent in *Daviault* struck a judicious balance and gave effect to society's wish to punish reprehensible acts committed by persons who decide voluntarily to become intoxicated, but not to punish those who lack the mental capacity to form any culpable intent. In his view, Sopinka J.'s reasons support his position that

comme l'a conclu le premier juge, doit être considérée comme un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.* (m.a., par. 48). Le raisonnement de l'appelant repose ainsi sur la prémisse que l'intoxication ne saurait en aucune circonstance constituer la cause réelle ou profonde de la psychose toxique et que l'origine de celle-ci doit se retrouver dans un état mental préexistant.

[27] Le corollaire de cette prétention signifierait qu'une personne en état de psychose ne devrait jamais, sur le plan juridique, être considérée comme étant simplement intoxiquée (transcription, p. 11). L'appelant reproche ainsi à la Cour d'appel d'avoir confondu la défense d'intoxication volontaire avec celle de troubles mentaux, prévue à l'art. 16 *C. cr.*, en concluant à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* en l'espèce (m.a., par. 34). L'appelant s'en prend spécifiquement au bien-fondé du passage du jugement où la juge Thibault a écrit que « [l]a proposition de l'appelant aurait pour effet de vider l'article 33.1 *C. cr.* de son sens et aussi de mettre de côté le vœu, clairement exprimé par le législateur, d'empêcher un individu qui, par sa consommation volontaire de drogues ou d'alcool atteint un état d'intoxication extrême, de se soustraire à sa responsabilité criminelle » (par. 79). Il affirme que cet extrait suggère à tort que l'art. 33.1 *C. cr.* limite la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

[28] L'appelant ajoute que ce passage serait mal fondé en droit puisque le législateur fédéral, en adoptant l'art. 33.1 *C. cr.*, aurait endossé la position des juges dissidents dans l'arrêt *Daviault*, selon laquelle des considérations d'ordre public militaient contre la reconnaissance de l'intoxication volontaire comme défense à un chef d'accusation portant sur une infraction d'intention générale. Or, il souligne que ces mêmes juges dissidents ont reconnu que « la psychose toxique demeurait un moyen de défense en vertu de l'article 16 » (m.a., par. 74). L'appelant soutient donc que l'opinion dissidente dans l'arrêt *Daviault* aurait réalisé un judicieux équilibre. Elle donnerait effet au vœu sociétal de réprimer les agissements répréhensibles commis par une personne qui a volontairement décidé de s'intoxiquer tout en évitant de punir un

[TRANSLATION] "those who become mentally ill as a result of drug use are fragile and vulnerable individuals who are predisposed to mental disorders" (A.F., at para. 84). But the appellant raises no arguments regarding the constitutionality of s. 33.1 *Cr. C.*, which means that only the interpretation and application of that provision are in issue.

[29] Before I respond to the appellant's argument that s. 33.1 *Cr. C.* must not be interpreted as changing the scope of the defence of mental disorder, it will be helpful to briefly summarize the case law that led to the enactment of that provision. There are three seminal cases in this regard. The first is the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, in which Lord Birkenhead set out the following three rules (as summarized by Bastarache J. in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 34):

(1) That intoxication could be a ground for an insanity defence if it produced a disease of the mind.

(2) That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

(3) That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts.

[30] In *Beard*, therefore, the House of Lords stated the principle that intoxication can be raised as a defence in respect of a specific intent offence in certain circumstances. This principle still represents the state of the law in Canada on this question,

individu dépourvu de la capacité mentale de former une quelconque intention coupable. À son avis, les motifs rédigés par le juge Sopinka supportent sa position selon laquelle « ce sont des individus fragiles, vulnérables, prédisposés aux troubles mentaux qui, en raison d'une consommation de stupéfiants, deviennent mentalement malades » (m.a., par. 84). Par ailleurs, l'appelant ne soulève aucun argument au sujet de la constitutionnalité de l'art. 33.1 *C. cr.* Le débat ne porte donc que sur l'interprétation et l'application de cette disposition.

[29] Avant de répondre à l'argument soulevé par l'appelant selon lequel l'art. 33.1 *C. cr.* ne doit pas être interprété comme une modification de la portée de la défense de troubles mentaux, il est utile de résumer sommairement la jurisprudence dont l'évolution a conduit à l'adoption de cette disposition législative. Trois jugements ont joué un rôle fondamental dans cette matière. Le premier d'entre eux a été rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479. Dans cet arrêt, lord Birkenhead a énoncé les trois règles suivantes (comme les résumait le juge Bastarache dans l'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 34) :

(1) L'intoxication peut fonder une défense d'aliénation mentale si elle a causé une maladie mentale.

(2) La preuve de l'ivresse qui rend l'accusé incapable de former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

(3) Si la preuve de l'ivresse n'est pas suffisante pour établir que l'accusé était incapable de former l'intention nécessaire pour commettre le crime et ne fait qu'établir que son esprit était affecté par ce qu'il avait bu, de sorte qu'il s'est laissé aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée.

[30] L'arrêt *Beard* a ainsi énoncé le principe selon lequel l'intoxication pouvait, en certaines circonstances, constituer une défense à une accusation relative à une infraction exigeant une intention spécifique. Sous réserve des nuances apportées

although it is subject to the qualification of Lord Birkenhead's third rule in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683 (*Daley*, at para. 40). In *Robinson*, this Court held that the third of the rules from *Beard*, which was based on the *capacity* of the accused to form a specific intent, violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, because it required a jury to convict even if there was a reasonable doubt that the accused possessed *actual intent*. The Court therefore replaced this rule with one to the effect that intoxication can be a defence if it prevented the accused from forming the actual specific intent to commit the offence.

[31] Since *Beard*, it has thus been possible to apply the intoxication defence to acquit an accused charged with a specific intent offence or, where the nature of the offence so permits, to convict the accused of a lesser included offence requiring only general intent. Another question that subsequently arose was whether an accused could also use the defence of self-induced intoxication to raise a reasonable doubt about *mens rea* where the offence required only general intent. In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, this Court answered this question in the negative. In that case, the Court established the principle that the recklessness shown by an accused in becoming voluntarily intoxicated can constitute the fault element needed to find that a general intent offence has been committed (*Daley*, at para. 36; see also the reasons of McIntyre J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833).

[32] In *Daviault*, however, a majority of the Court held that the "substituted *mens rea*" rule from *Leary* was contrary to ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Cory J. stated that "[a] person intending to drink cannot be said to be intending to commit a sexual assault" (p. 92). He added that "to deny that even a very minimal mental element is required for sexual assault offends the *Charter* in a manner

dans l'arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, relativement à la troisième règle énoncée par lord Birkenhead, ce principe représente toujours l'état du droit au Canada sur cette question (*Daley*, par. 40). Toutefois, dans l'arrêt *Robinson*, notre Cour a décidé que la troisième règle de l'arrêt *Beard*, qui était articulée autour de la notion de *capacité* de l'accusé de former une intention spécifique, violait l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisqu'elle obligeait un jury à rendre un verdict de culpabilité même en présence d'un doute raisonnable quant à *l'intention véritable* de l'accusé. En conséquence, la Cour l'a remplacée par une règle selon laquelle l'intoxication peut constituer une défense lorsqu'elle a empêché l'accusé de former une véritable intention spécifique de perpétrer l'infraction.

[31] Depuis l'arrêt *Beard*, la défense d'intoxication permet donc d'acquitter un prévenu accusé d'une infraction d'intention spécifique ou, selon la nature de l'infraction en cause, de réduire la condamnation à une déclaration de culpabilité d'une infraction incluse pour laquelle seule une intention générale est requise. Une autre question s'est par la suite posée, soit celle de savoir si un accusé pouvait aussi présenter une défense d'intoxication volontaire afin de soulever un doute raisonnable à l'égard de la *mens rea* lorsque l'infraction reprochée n'exige qu'une intention générale. Dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, notre Cour a répondu à cette question par la négative. Cette décision a établi le principe que l'indifférence dont fait preuve un accusé en s'intoxiquant volontairement peut constituer l'élément fautif nécessaire pour la perpétration d'un crime d'intention générale (*Daley*, par. 36; voir également les motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833).

[32] Dans l'arrêt *Daviault*, une majorité de la Cour a cependant jugé que la règle de la « *mens rea* substituée » mise de l'avant dans l'arrêt *Leary* était contraire à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le juge Cory a affirmé qu'« [o]n ne peut prêter à la personne qui décide de boire l'intention de commettre une agression sexuelle » (p. 92). Il a ajouté que « le fait de nier qu'un élément moral même

that is so drastic and so contrary to the principles of fundamental justice that it cannot be justified under s. 1 of the *Charter*" (*ibid.*). The Court thus cast aside the *Leary* rule in *Daviault* and established the principle that accused persons who were in a "state akin to automatism or insanity" at the time they committed an act constituting a general intent offence would be legally entitled to raise a reasonable doubt concerning the required mental element (pp. 99-100).

[33] Sopinka J. wrote a strong dissent in *Daviault*. In his view, there was no reason to abandon the *Leary* rule, since the application of that rule did not relieve the Crown of the responsibility of proving "the existence of a *mens rea* or any of the other elements of the offence of sexual assault which are required by the principles of fundamental justice" (p. 115). He felt that the validity of the *Leary* rule was also reinforced by sound policy considerations, including society's right "to punish those who of their own free will render themselves so intoxicated as to pose a threat to other members of the community" (p. 114).

[34] Less than a year after *Daviault*, Parliament enacted s. 33.1 *Cr. C.* to ensure that "intoxication may never be used as a defence against general intent violent crimes such as sexual assault and assault" (*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 14470). The section reads as follows:

33.1 (1) [When defence not available] It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).

(2) [Criminal fault by reason of intoxication] For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally

très minime est requis pour l'infraction d'agression sexuelle enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* » (*ibid.*). L'arrêt *Daviault* a ainsi mis de côté la règle de l'arrêt *Leary* et a établi le principe que les accusés qui se trouvent, au moment de commettre un geste constituant une infraction d'intention générale, dans un « état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale » sont juridiquement admis à soulever un doute raisonnable quant à l'élément moral requis (p. 100).

[33] L'arrêt *Daviault* a fait l'objet d'une forte dissidence rédigée par le juge Sopinka. À son avis, aucune raison ne justifiait l'abandon de la règle de l'arrêt *Leary* puisque l'application de celle-ci ne libérait pas le ministère public de son obligation de prouver « l'existence d'une *mens rea* ou tout autre élément de l'infraction d'agression sexuelle qui est exigé par les principes de justice fondamentale » (p. 115). Le bien-fondé de la règle de l'arrêt *Leary* lui apparaissait également renforcé par de fortes considérations d'ordre public, notamment le droit d'une société « de punir ceux qui, de leur plein gré, s'intoxiquent à un point tel qu'ils constituent une menace pour les autres membres de leur collectivité » (p. 114).

[34] Moins d'un an après la publication de l'arrêt *Daviault*, le Parlement a adopté l'art. 33.1 *C. cr.* afin que « l'intoxication ne puisse jamais être invoquée en défense à l'égard des crimes violents d'intention générale, par exemple, l'agression sexuelle et les voies de fait » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1re sess., 35e lég., 22 juin 1995, p. 14470). Cette disposition énonce :

33.1 (1) [Non-application du moyen de défense] Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l'accusé, en raison de son intoxication volontaire, n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction, dans les cas où il s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) [Responsabilité criminelle en raison de l'intoxication] Pour l'application du présent article, une personne s'écarte de façon marquée de la norme de

recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

(3) [Application] This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

[35] In a general sense, the appellant can reasonably argue that Parliament implicitly endorsed Sopinka J.'s dissent in *Daviault* by enacting s. 33.1 *Cr. C.* However, the enactment of that provision did not revive the *Leary* rule. It did not actually codify the position taken by the dissenting judges in *Daviault*; rather, it limited the scope of the rule stated by the majority. This means that the principles set out in *Daviault* still represent the state of the law in Canada, subject, of course, to the significant restriction set out in s. 33.1 *Cr. C. Daviault* would still apply today, for example, to enable an accused charged with a property offence to plead extreme intoxication. Indeed, the fact that the appellant was acquitted at trial on the charges against him under ss. 348(1)(*a*) and 463 *Cr. C.* affords an eloquent example of this.

[36] This being said, the appellant is right to say that s. 33.1 *Cr. C.* should not be interpreted so as to limit the scope of s. 16 *Cr. C.* Intoxication and insanity are two distinct legal concepts. As defences to criminal charges, they have different logics and each of them is governed by its own principles.

[37] First of all, it is important to understand that the application of s. 16 *Cr. C.* and that of s. 33.1 *Cr. C.* are mutually exclusive. For s. 33.1 *Cr. C.* to apply, the court must reach a conclusion in law that

diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l'intégrité physique d'autrui.

(3) [Infractions visées] Le présent article s'applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou toute forme de voies de fait.

[35] De façon générale, l'appelant peut arguer raisonnablement que le Parlement, en adoptant l'art. 33.1 *C. cr.*, a endossé implicitement la dissidence du juge Sopinka dans l'arrêt *Daviault*. Toutefois, l'adoption de cette disposition n'a pas ressuscité la règle de l'arrêt *Leary*. Cette disposition législative n'a effectivement pas codifié la position des juges dissidents dans l'arrêt *Daviault*; elle a plutôt restreint la portée de la règle énoncée par l'opinion majoritaire. En conséquence, les principes énoncés dans l'arrêt *Daviault* constituent toujours l'état du droit au Canada, sous réserve bien sûr de l'importante restriction imposée par l'art. 33.1 *C. cr.* Encore aujourd'hui, l'arrêt *Daviault* permettrait, par exemple, à un accusé de soulever une défense d'intoxication extrême à l'encontre d'un chef d'accusation portant sur une infraction contre la propriété. L'acquittement de l'appelant en première instance relativement aux chefs d'accusation déposés en vertu de l'al. 348(1)(*a*) et de l'art. 463 *C. cr.* en fournit d'ailleurs un exemple éloquent.

[36] Ceci étant dit, l'appelant a raison d'affirmer que l'art. 33.1 *C. cr.* ne devrait pas être interprété de manière à limiter la portée de l'art. 16 *C. cr.* L'intoxication et l'aliénation mentale demeurent deux concepts juridiques distincts. En tant que défenses à des accusations criminelles, elles répondent à des logiques différentes et sont régies par des principes qui leur sont propres.

[37] En premier lieu, il importe de comprendre que l'application des art. 16 et 33.1 *C. cr.* est mutuellement exclusive. En effet, l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* dépend de la conclusion juridique

the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence *by reason of self-induced intoxication*. The absence of this intent or voluntariness would then preclude a finding that the incapacity of the accused was caused by a disease of the mind (*R. v. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII), at para. 21). Conversely, the fact that an accused was intoxicated at the material time cannot support a finding that s. 33.1 *Cr. C.* applies if the accused establishes that he or she was incapable of appreciating the nature and quality of his or her acts *by reason of a mental disorder.*

[38] This general principle does not seem particularly contentious. If the accused was intoxicated and in a psychotic condition at the material time, the problem the court faces is to identify a specific source for his or her mental condition, namely self-induced intoxication or a disease of the mind, and determine whether it falls within the scope of s. 33.1 or s. 16 *Cr. C.* This appears to be all the more difficult to do in cases in which the mental health of the accused was already precarious prior to the incident in question, even if his or her problems had not yet been diagnosed at the time, and in which the psychosis emerged while the accused was highly intoxicated. Yet this identification of the source of the psychosis plays a key role, since it will ultimately determine whether the accused will be held criminally responsible for his or her actions.

[39] The law, as it now stands, includes a fairly general framework for resolving this difficult question. The starting point must be the legal concept of "disease of the mind" as defined by Dickson J. in *Cooper*, the leading case:

> In summary, one might say that in a legal sense "disease of the mind" embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion. [Emphasis added; p. 1159.]

[40] There is of course some correlation between "self-induced states caused by alcohol or drugs",

que l'accusé n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction *en raison de son intoxication volontaire*. L'absence de cette intention ou volonté empêche alors de conclure que la cause de son incapacité ait été une maladie mentale (*R. c. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII), par. 21). À l'inverse, un tribunal ne peut conclure à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* lorsqu'un accusé établit qu'il était incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actes *en raison d'un trouble mental*, et ce, même s'il était intoxiqué au moment des faits.

[38] Ce principe général ne semble pas particulièrement litigieux. Dans un contexte où l'accusé était intoxiqué et plongé dans un état psychotique au moment des faits, les tribunaux rencontrent plutôt la difficulté de rattacher sa condition mentale à une source particulière, l'intoxication volontaire ou la maladie mentale, et de la situer dans le champ d'application de l'art. 33.1 ou dans celui de l'art. 16 *C. cr.* La question apparaît d'autant plus délicate dans les cas où la santé mentale du prévenu se trouvait déjà précaire avant l'incident en cause, même si le diagnostic de ses problèmes n'avait pas encore été fait à ce moment, et où la psychose s'est manifestée à l'occasion d'une forte intoxication. Cette identification de la source d'une psychose revêt pourtant une importance cruciale puisqu'elle déterminera ultimement si l'accusé sera tenu criminellement responsable de ses gestes.

[39] L'état actuel du droit fournit un cadre plutôt général pour résoudre cette délicate question. Il faut partir de la notion juridique de la maladie mentale dans l'arrêt *Cooper*, qui constitue la décision de référence, où le juge Dickson a défini ainsi le concept de « maladie mentale » :

> En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, « maladie mentale » comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion. [Je souligne; p. 1159.]

[40] Certes, il existe assurément une correspondance entre les « états volontairement provoqués

which the Court, in *Cooper*, excluded from the definition of the legal concept of "disease of the mind" for the purposes of s. 16 *Cr. C.*, and the states of intoxication now covered by s. 33.1 *Cr. C.* However, where an accused raises a defence of mental disorder, it important that the legal analysis of the situation follow a logical order. The court must not begin its analysis by considering whether the mental condition of the accused at the material time is covered by s. 33.1 *Cr. C.* Such an approach would reverse the steps of the appropriate analytical process and disregard the nature of the defence raised by the accused. And as a result of it, the legal characterization exercise required by s. 16 *Cr. C.* would depend on the interpretation of the concept of causation in issue in s. 33.1 *Cr. C.* The court must instead consider the specific principles that govern the insanity defence in order to determine whether s. 16 *Cr. C.* is applicable. If that defence does not apply, the court can then consider whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable if it is appropriate to do so on the facts of the case.

[41] These observations, which are necessary to broadly delineate the respective scopes of ss. 16 and 33.1 *Cr. C.*, do not dispose of the appellant's main argument regarding the actual content of the insanity defence. The appellant submits that *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs" applies only to the normal effects of intoxication (transcript, at p. 20). In this context, what remains to be determined is whether a toxic psychosis that results exclusively from a state of intoxication, which the appellant views as an "abnormal effect" of intoxication, constitutes a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* or is excluded by *Cooper*.

[42] It is therefore necessary to take a closer look at the scope of *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs" from the ambit of s. 16 *Cr. C.* I will come back to this later. For now, I wish to point out that the appellant's criticism of the Court of Appeal's position on the interplay between ss. 16 and 33.1 *Cr. C.* is unfounded.

par l'alcool ou les stupéfiants », que l'arrêt *Cooper* exclut de la définition du concept juridique de maladie mentale pour l'application de l'art. 16 *C. cr.*, et les états d'intoxication que vise maintenant l'art. 33.1 *C. cr.* Cependant, lorsqu'un accusé présente une défense de troubles mentaux, il importe d'effectuer l'analyse juridique de la situation dans un ordre logique. Les tribunaux ne doivent pas entamer leur analyse en recherchant si la condition mentale dans laquelle se trouvait l'accusé au moment des faits est visée par l'art. 33.1 *C. cr.* Une telle approche inverserait les étapes du processus analytique approprié. De plus, elle négligerait la nature de la défense présentée par l'accusé. Enfin, elle rendrait l'exercice de qualification juridique nécessaire à l'application de l'art. 16 *C. cr.* tributaire de l'interprétation de la notion de causalité contenue dans l'art. 33.1 *C. cr.* Les tribunaux doivent plutôt examiner l'applicabilité de l'art. 16 *C. cr.* dans la perspective des principes spécifiques qui régissent la défense d'aliénation mentale. Si cette dernière ne trouve pas application, et si les faits du dossier s'y prêtent, on pourra alors examiner l'applicabilité de l'art. 33.1 *C. cr.*

[41] Ces observations nécessaires pour délimiter généralement les champs d'application respectifs des art. 16 et 33.1 *C. cr.* ne déterminent pas le sort du moyen principal soulevé par l'appelant en l'espèce à l'égard du contenu même de la défense d'aliénation mentale. En effet, celui-ci affirme que l'exclusion visant les « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants » établie dans l'arrêt *Cooper* ne s'applique qu'aux effets normaux de l'intoxication (transcription, p. 20). Dans ce contexte, il reste à déterminer si une psychose toxique qui résulte exclusivement d'un état d'intoxication, conceptualisée par l'appelant comme un « effet anormal » de l'intoxication, constitue un « troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* ou si elle demeure exclue par l'arrêt *Cooper*.

[42] Il faut donc examiner de plus près la portée de l'exclusion, établie par l'arrêt *Cooper*, des « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants » du champ d'application de l'art. 16 *C. cr.* J'y reviendrai plus loin. Dans l'immédiat, je veux souligner que la critique formulée par l'appelant à l'encontre de la position de la Cour d'appel sur

Contrary to the appellant's assertion, Thibault J.A. did not infer that s. 33.1 *Cr. C.* limits the scope of the defence of mental disorder provided for in s. 16 *Cr. C.* She stated clearly that no overlap is possible in the application of these provisions and simply concluded that, as the law stands in Canada, [TRANSLATION] "an accused suffering from a psychosis caused by the consumption of drugs in circumstances analogous to the ones in the case before us" cannot be found to have a disease of the mind for the purposes of s. 16 *Cr. C.* (para. 77). After noting that the appellant had to be considered from a legal standpoint to have been *intoxicated* at the material time, Thibault J.A. added that the appellant's argument was an indirect way to avoid the application of s. 33.1 *Cr. C.*

[43] Thus, the fundamental issue at this point is whether the Court of Appeal erred in law in holding that s. 33.1 *Cr. C.* was applicable in this case rather than s. 16 *Cr. C.* To resolve it, I must consider the legal principles and judicial policy considerations that underlie the interpretation and application of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.*

C. *Defence Provided for in Section 16 Cr. C.: An Exception to the General Principle of Criminal Responsibility*

[44] The defence of not criminally responsible on account of mental disorder, which Parliament codified in s. 16 *Cr. C.*, addresses concerns that are very legitimate in a democratic society. Insofar as the principles governing this defence are properly applied, a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder protects the integrity of our country's criminal justice system and the collective interest in ensuring respect for its fundamental principles. A review of the fundamental principles of criminal law that underlie the defence of mental disorder confirms the importance of this defence in Canadian criminal law.

l'interaction entre les art. 16 et 33.1 *C. cr.* n'est pas fondée. Contrairement à ce qu'allègue l'appelant, la juge Thibault n'a jamais inféré que l'art. 33.1 *C. cr.* limitait la portée de la défense de troubles mentaux prévue à l'art. 16 *C. cr.* Ses motifs affirment clairement qu'il n'existe aucun chevauchement possible dans l'application de ces dispositions. La juge Thibault a simplement conclu que l'état du droit au Canada ne permettait pas de considérer qu'« un accusé souffrant d'une psychose causée par la consommation de drogues dans des circonstances analogues à celles présentées dans le dossier » était atteint d'une maladie mentale au sens de l'art. 16 *C. cr.* (par. 77). Après avoir souligné que l'appelant devait juridiquement être considéré comme *intoxiqué* au moment des faits, la juge Thibault a ajouté que l'argumentation de l'appelant constituait un moyen détourné d'échapper à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.*

[43] L'enjeu fondamental de cette partie du débat consiste donc à déterminer si la cour a commis une erreur de droit en concluant en l'espèce à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* plutôt qu'à celle de l'art. 16 *C. cr.* Pour ce faire, je devrai examiner les principes juridiques et les considérations de politique judiciaire qui sous-tendent l'interprétation et l'application de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.*

C. *La défense prévue à l'art. 16 C. cr. : une exception au principe général de l'imputabilité pénale*

[44] La défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, que le Parlement canadien a codifiée à l'art. 16 *C. cr.*, répond à des préoccupations fort légitimes dans une société démocratique. Lorsqu'il repose sur une application adéquate des principes qui régissent cette défense, un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux protège l'intégrité du système de justice pénale de notre pays et l'intérêt collectif au respect de ses principes fondamentaux. Le rappel des principes fondamentaux de droit pénal qui sous-tendent la défense de troubles mentaux confirme l'importance de cette dernière en droit criminel canadien.

[45] According to a traditional fundamental principle of the common law, criminal responsibility can result only from the commission of a voluntary act. This important principle is based on a recognition that it would be unfair in a democratic society to impose the consequences and stigma of criminal responsibility on an accused who did not voluntarily commit an act that constitutes a criminal offence.

[46] For an act to be considered voluntary in the criminal law, it must be the product of the accused person's free will. As Taschereau J. stated in *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746, "there can be no *actus reus* unless it is the result of a willing mind at liberty to make a definite choice or decision, or in other words, there must be a willpower to do an act whether the accused knew or not that it was prohibited by law" (p. 749). This means that no one can be found criminally responsible for an involuntary act (see Dickson J.'s dissenting reasons in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, which were endorsed on this point in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871).

[47] An individual's will is expressed through conscious control exerted by the individual over his or her body (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 249). The control may be physical, in which case voluntariness relates to the muscle movements of a person exerting physical control over his or her body. The exercise of a person's will may also involve moral control over actions the person wants to take, in which case a voluntary act is a carefully thought out act that is performed freely by an individual with at least a minimum level of intelligence (see H. Parent, *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), at pp. 266-71). Will is also a product of reason.

[48] The moral dimension of the voluntary act, which this Court recognized in *Perka*, thus reflects the idea that the criminal law views individuals as autonomous and rational beings. Indeed, this idea

[45] En effet, une règle traditionnelle et fondamentale de common law subordonne l'imputabilité en matière pénale à la commission d'un acte volontaire par l'accusé. Cet important principe reconnaît qu'il serait injuste, dans une société démocratique, d'infliger les conséquences et les stigmates de la responsabilité pénale à un prévenu qui n'a pas accompli volontairement un acte constituant une infraction pénale.

[46] Pour qu'un acte soit considéré comme volontaire en droit pénal, il doit nécessairement être le produit de la volonté libre de l'accusé. Comme le juge Taschereau l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746, [TRADUCTION] « il ne peut y avoir d'*actus reus* à moins qu'il ne résulte d'un esprit apte à former une intention et libre de faire un choix ou de prendre une décision bien déterminée ou, autrement dit, il doit y avoir une volonté d'accomplir un acte, que l'accusé ait su ou non qu'il était prohibé par la loi » (p. 749). Cela signifie qu'un acte involontaire ne peut engager la responsabilité pénale de son auteur (voir les motifs dissidents du juge Dickson dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, tels qu'endossés sur ce point dans l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871).

[47] La volonté d'un individu se manifeste par le contrôle conscient qu'il exerce sur son corps (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 249). La nature de ce contrôle peut être physique, auquel cas l'acte volontaire réfère aux mouvements musculaires effectués par une personne qui exerce un contrôle matériel sur son corps. L'exercice de la volonté peut également procéder du contrôle moral qu'une personne exerce sur les gestes qu'elle désire accomplir. Dans un tel cas, l'acte volontaire correspond à un geste commis de façon libre et réfléchie par un individu doué d'une intelligence minimale (voir H. Parent, *Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), p. 266-271). La volonté est aussi un produit de la raison.

[48] La dimension morale de l'acte volontaire, que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Perka*, renvoie ainsi à cette conception selon laquelle le droit criminel considère les individus comme des êtres

can be seen as the cornerstone of the principles governing the attribution of criminal responsibility (L. Alexander and K. K. Ferzan with contributions by S. J. Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (2009), at p. 155). When considered from this perspective, human behaviour will trigger criminal responsibility only if it results from a "true choice" or from the person's "free will". This principle signals the importance of autonomy and reason in the system of criminal responsibility. As the Court noted in *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687:

> The treatment of criminal offenders as rational, autonomous and choosing agents is a fundamental organizing principle of our criminal law. Its importance is reflected not only in the requirement that an act must be voluntary, but also in the condition that a wrongful act must be intentional to ground a conviction. . . . Like voluntariness, the requirement of a guilty mind is rooted in respect for individual autonomy and free will and acknowledges the importance of those values to a free and democratic society . . . . Criminal liability also depends on the capacity to choose — the ability to reason right from wrong. [Emphasis added; citation omitted; para. 45.]

[49] This essential basis for attributing criminal responsibility thus gives rise to a presumption that each individual can distinguish right from wrong. The criminal law relies on a presumption that every person is an autonomous and rational being whose acts and omissions can attract liability. This presumption is not absolute, however: it can be rebutted by proving that the accused did not at the material time have the level of autonomy or rationality required to attract criminal liability. Thus, criminal responsibility will not be imposed if the accused gives an excuse for his or her act that is accepted in our society, in which there is "a fundamental conviction that criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong" (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1397). In *Ruzic*, the Court recognized the existence of a principle of fundamental justice that "only

autonomes et rationnels. Cette conception peut d'ailleurs être vue comme la pierre angulaire des principes de l'imputation de la responsabilité pénale (L. Alexander et K. K. Ferzan avec la contribution de S. J. Morse, *Crime and Culpability : A Theory of Criminal Law* (2009), p. 155). Envisagé sous cet angle, un comportement humain n'entraîne la responsabilité pénale que lorsqu'il représente le produit d'un « choix véritable » ou du « libre arbitre » de son auteur. Ce principe illustre toute l'importance que revêtent l'autonomie et la raison au sein du régime de responsabilité pénale. Comme le rappelait la Cour dans l'arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687 :

> Un principe directeur fondamental de notre droit criminel veut que les auteurs d'une infraction criminelle soient considérés comme des personnes douées de raison et autonomes qui font des choix. L'importance de ce principe se reflète non seulement dans l'exigence qu'un acte soit volontaire, mais aussi dans la condition que l'acte répréhensible demeure intentionnel pour justifier une déclaration de culpabilité. [. . .] À l'instar du caractère volontaire, l'exigence d'intention coupable tient au respect de l'autonomie et du libre arbitre de l'individu et elle reconnaît l'importance de ces valeurs dans une société libre et démocratique [. . .] La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir — la capacité de distinguer le bien du mal. [Je souligne; référence omise; par. 45.]

[49] De ce fondement essentiel de l'imputation de la responsabilité pénale découle donc une présomption que chaque individu dispose de la capacité de distinguer le bien du mal. En effet, le droit pénal présume que toute personne est un être autonome et rationnel dont les actes ou les omissions sont de nature à engager sa responsabilité. Cette présomption n'est toutefois pas absolue : elle peut être repoussée par la preuve que l'accusé n'avait pas, au moment des faits reprochés, le niveau d'autonomie ou de rationalité requis pour engager sa responsabilité pénale. Le droit pénal se refuse alors à l'imputation de la responsabilité en raison d'une excuse pour le geste commis, reconnue par notre société. En effet, celle-ci entretient « la conviction fondamentale que la responsabilité criminelle n'est appropriée que lorsque l'agent est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal » (*R. c. Chaulk*,

voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability" (para. 47).

[50] Insanity is an exception to the general criminal law principle that an accused is deemed to be autonomous and rational. A person suffering from a mental disorder within the meaning of s. 16 *Cr. C.* is not considered to be capable of appreciating the nature of his or her acts or understanding that they are inherently wrong. This is why Lamer C.J. stated in *Chaulk* that the insanity provisions of the *Criminal Code* "operate, at the most fundamental level, as an exemption from criminal liability which is predicated on an incapacity for criminal intent" (p. 1321 (emphasis deleted)).

[51] The logic of *Ruzic* is that it can also be said that an insane person is incapable of morally voluntary conduct. The person's actions are not actually the product of his or her free will. It is therefore consistent with the principles of fundamental justice for a person whose mental condition at the relevant time is covered by s. 16 *Cr. C.* not to be criminally responsible under Canadian law. Convicting a person who acted involuntarily would undermine the foundations of the criminal law and the integrity of the judicial system.

[52] However, the defence of mental disorder remains unique. It does not result in acquittal of the accused, but instead leads to a verdict of not criminally responsible. That verdict triggers an administrative process whose purpose is to determine whether the accused is a significant threat to the safety of the public, to take any necessary action to control that threat and, if necessary, to provide

[1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1397). Dans l'arrêt *Ruzic*, la Cour a d'ailleurs reconnu l'existence d'un principe de justice fondamentale selon lequel « seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure — entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque » (par. 47).

[50] L'aliénation mentale constitue une exception au principe général de droit pénal selon lequel l'accusé est réputé être une personne autonome et rationnelle. En effet, une personne atteinte de troubles mentaux au sens de l'art. 16 *C. cr.* n'est pas considérée comme capable d'apprécier la nature de ses actes ou de comprendre que ceux-ci sont foncièrement mauvais. Pour cette raison, dans l'arrêt *Chaulk*, le juge en chef Lamer a affirmé que les dispositions relatives à l'aliénation mentale qui sont contenues dans le *Code criminel* « agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle » (p. 1321 (soulignement omis)).

[51] En suivant la logique adoptée dans l'arrêt *Ruzic*, il est également possible d'affirmer qu'une personne souffrant d'aliénation mentale est incapable d'agir volontairement sur le plan moral. Les gestes qu'elle accomplit ne résultent effectivement pas de son libre arbitre. C'est donc en conformité avec les principes de justice fondamentale que le droit canadien écarte la responsabilité pénale d'une personne dont la condition mentale au moment des faits est visée par l'art. 16 *C. cr.* Le fait de condamner une personne qui agit de façon involontaire ébranlerait les fondements du droit criminel et porterait atteinte à l'intégrité du système judiciaire.

[52] La défense de troubles mentaux conserve cependant une nature singulière. Elle ne conduit pas à l'acquittement de l'accusé, mais plutôt à un verdict de non-responsabilité criminelle. Ce dernier vise alors à engager l'application d'un processus administratif destiné à déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public, à prendre les mesures nécessaires pour

the accused with appropriate care. A verdict of not criminally responsible on account of mental disorder thus gives effect to society's interest in ensuring that morally innocent offenders are treated rather than punished, while protecting the public as fully as possible.

[53] An accused who is found not criminally responsible becomes subject to the scheme established in Part XX.1 of the *Criminal Code*. Parliament adopted the current scheme after this Court had held in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, that a *Criminal Code* provision requiring the automatic and indeterminate detention of an accused found not criminally responsible violated the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. In *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, McLachlin J. (as she then was) explained the principles underlying the application of Part XX.1 of the *Criminal Code* as follows:

> In summary, the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. Under Part XX.1, the NCR accused is neither convicted nor acquitted. Instead, he or she is found not criminally responsible by reason of illness at the time of the offence. This is not a finding of dangerousness. It is rather a finding that triggers a balanced assessment of the offender's possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1's goals of public protection and fairness to the NCR accused. [Emphasis added; para. 43.]

[54] With these general considerations in mind, I will now review the conditions that must be met for s. 16 *Cr. C.* to apply in order to determine, in particular, whether those conditions are met in this case. After this review, I will consider issues

contrôler ce risque et, le cas échéant, à lui prodiguer les soins nécessaires. Un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux donne ainsi effet au vœu sociétal de traiter, plutôt que de punir, un contrevenant moralement innocent, tout en assurant la protection du public le plus adéquatement possible.

[53] En effet, un accusé déclaré non criminellement responsable devient assujetti au régime mis en place par la partie XX.1 du *Code criminel*. Le régime actuel a été adopté par le Parlement après que notre Cour a jugé, dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, que la disposition du *Code criminel* prévoyant la détention automatique pendant une période indéterminée de l'accusé déclaré non criminellement responsable contrevenait au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a exposé ainsi les principes qui sous-tendent l'application de la partie XX.1 du *Code criminel* :

> En résumé, l'objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu'elles sont atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l'accent sur l'évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. Sous le régime de la partie XX.1, l'accusé non responsable criminellement n'est ni déclaré coupable ni acquitté. Le tribunal le déclare plutôt non criminellement responsable en raison des troubles mentaux dont il était atteint au moment de l'infraction. Il ne conclut pas à l'existence d'un danger potentiel, mais rend plutôt une décision qui entraîne l'évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s'imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement. [Je souligne; par. 43.]

[54] À la lumière de ces considérations générales, j'étudierai maintenant les conditions d'application de l'art. 16 *C. cr.* afin notamment de déterminer si celles-ci sont remplies en l'espèce. Cette étude permettra l'examen des problèmes spécifiquement

related specifically to toxic psychoses that result from a state of self-induced intoxication.

D. *Requirements of the Defence of Not Criminally Responsible on Account of Mental Disorder*

[55] Section 16(2) *Cr. C.* provides that "[e]very person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility". An accused who seeks to avoid criminal responsibility on this ground must prove on a balance of probabilities that, at the material time, he or she was suffering from "a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong" (s. 16(1) *Cr. C.*). In *Chaulk*, this Court held that imposing this burden of proof on the accused infringed the presumption of innocence guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter* but that this was nonetheless a reasonable limit on that presumption in a free and democratic society.

[56] An accused who wishes to successfully raise the defence of mental disorder must therefore meet the requirements of a two-stage statutory test. The first stage involves *characterizing* the mental state of the accused. The key issue to be decided at trial at this stage is whether the accused was suffering from a mental disorder in the legal sense at the time of the alleged events. The second stage of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* concerns the *effects of the mental disorder*. At this stage, it must be determined whether, owing to his or her mental condition, the accused was incapable of "knowing that [the act or omission] was wrong" (s. 16(1) *Cr. C.*).

[57] In the instant case, it is not in dispute that the appellant was incapable of distinguishing right from wrong at the material time. The trial judge wrote that [TRANSLATION] "[a]t the time the criminal acts were committed, the accused did not realize what he was doing and was in a serious psychotic condition; there is no real dispute about this" (para. 2). Therefore, the only issue in this appeal is

liés aux psychoses toxiques qui résultent d'un état d'intoxication volontaire.

D. *Les conditions d'application de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux*

[55] Le paragraphe 16(2) *C. cr.* dispose que « [c]hacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle ». Lorsqu'un accusé souhaite échapper à sa responsabilité criminelle pour ce motif, il lui appartient de prouver selon la balance des probabilités qu'il était, au moment des faits reprochés, atteint de « troubles mentaux qui [le] rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais » (par. 16(1) *C. cr.*). Dans l'arrêt *Chaulk*, notre Cour a statué que ce fardeau de preuve imposé à l'accusé violait la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte*, mais qu'il constituait néanmoins une limite raisonnable à celle-ci dans une société libre et démocratique.

[56] L'accusé qui souhaite présenter avec succès une défense de troubles mentaux doit ainsi satisfaire aux exigences d'un test en deux étapes, d'origine législative. La première étape concerne la *qualification* de l'état mental de l'accusé. La question cruciale à trancher au procès est alors de savoir si l'accusé souffrait de troubles mentaux au sens juridique au moment des faits reprochés. La deuxième étape de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* porte sur les *effets des troubles mentaux*. On doit alors décider si la condition mentale de l'accusé le rendait incapable de « savoir que l'acte ou l'omission était mauvais » (par. 16(1) *C. cr.*).

[57] En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelant était incapable de distinguer le bien du mal au moment des faits. Le juge de première instance a écrit qu'« [a]u moment où les gestes criminels ont été posés, l'accusé ne réalisait pas ce qu'il faisait et était dans un état de psychose sérieux; il n'y a pas de contestation réelle sur cette question » (par. 2). Le seul enjeu du pourvoi se limite donc à déterminer

whether the psychosis resulted from a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

(1) Incapacity Must Result From a Disease of the Mind

[58] The *Criminal Code* does not contain a precise definition of the "mental disorder" concept for the purposes of s. 16 *Cr. C.* Section 2 *Cr. C.* simply provides that the term "mental disorder" means "a disease of the mind" ("*toute maladie mentale*" in French). Because of the circular nature of this definition, the courts have had to gradually delineate this legal concept over time.

[59] The line of authority based on *Cooper* clearly confirms that the scope of the legal concept of "mental disorder" is very broad. In *Cooper*, Dickson J. stated that the "disease of the mind" concept includes "any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning" (p. 1159). In *Rabey*, Dickson J. explained that "the concept is broad, embracing mental disorders of organic and functional origin, whether curable or incurable, temporary or not, recurring or non-recurring" (p. 533). While it must be borne in mind that a verdict of not criminally responsible triggers a special mechanism for the management of the accused, the inclusive nature of the definition of "mental disorder" can be explained in particular by Parliament's wish to give the public a high level of protection from persons who could be a threat to others (J. Barrett and R. Shandler, *Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (loose-leaf), at p. 4-12).

[60] The "mental disorder" concept continues to evolve, which means that it can be adapted continually to advances in medical science (*R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.)). As a result, it will undoubtedly never be possible to define and draw up an exhaustive list of the mental conditions that constitute "disease[s] of the mind" within the meaning of s. 2 *Cr. C.* As Martin J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, stated in *R. v. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, this concept "is not capable of precise definition" (p. 12). It is thus

si cette psychose résulte d'un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

(1) L'incapacité doit découler d'une maladie de l'esprit

[58] Le *Code criminel* ne contient aucune définition précise de la notion de « troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* L'article 2 *C. cr.* prévoit simplement qu'un trouble mental est un terme qui englobe « [t]oute maladie mentale » (« *disease of the mind* » en anglais). En raison de cette définition circulaire, les tribunaux ont dû définir graduellement les contours de ce concept juridique.

[59] La jurisprudence découlant de l'arrêt *Cooper* confirme clairement la portée très large du concept juridique de « trouble mental ». Dans cette décision, le juge Dickson a mentionné que le concept de maladie mentale comprend « toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement » (p. 1159). Dans l'arrêt *Rabey*, le juge Dickson a précisé que « [l]e concept est vaste : il englobe des troubles mentaux d'origine organique et fonctionnelle, guérissables ou non, temporaires ou non, susceptibles de se répéter ou non » (p. 533). En gardant à l'esprit qu'un verdict de non-responsabilité criminelle déclenche un mécanisme spécial de prise en charge de l'accusé, le caractère englobant de la définition des « troubles mentaux » peut notamment s'expliquer par le niveau élevé de protection que le législateur a souhaité conférer à la population contre les personnes qui peuvent représenter un danger pour autrui (J. Barrett et R. Shandler, *Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (feuilles mobiles), p. 4-12).

[60] Le concept de « troubles mentaux » demeure évolutif. Ce caractère permet une adaptation continuelle aux progrès de la science médicale (*R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.)). En conséquence, il ne sera sans doute jamais possible de définir et d'énumérer de façon exhaustive les conditions mentales qui constituent une « maladie mentale » au sens de l'art. 2 *C. cr.* Comme le juge Martin l'a affirmé au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, ce concept [TRADUCTION] « ne peut être

flexible enough to apply to any mental condition that, according to medical science in its current or future state, is indicative of a disorder that impairs the human mind or its functioning, and the recognition of which is compatible with the policy considerations that underlie the defence provided for in s. 16 *Cr. C.*

(2) Characterizing a Mental Condition as a "Mental Disorder" Is a Legal Exercise With a Medical and Scientific Substratum

[61] For the purposes of the *Criminal Code*, "disease of the mind" is a legal concept with a medical dimension. Although medical expertise plays an essential part in the legal characterization exercise, it has long been established in positive law that whether a particular mental condition can be characterized as a "mental disorder" is a question of law to be decided by the trial judge. In a jury trial, the judge decides this question, not the jury. As Martin J.A. stated in an oft-quoted passage from *Simpson*, "[i]t is the function of the psychiatrist to describe the accused's mental condition and how it is considered from the medical point of view. It is for the Judge to decide whether the condition described is comprehended by the term 'disease of the mind'" (p. 350). If the judge finds as a matter of law that the mental condition of the accused is a "mental disorder", it will ultimately be up to the jury to decide whether, on the facts, the accused was suffering from such a mental disorder at the time of the offence.

[62] Thus, the trial judge is not bound by the medical evidence, since medical experts generally take no account of the policy component of the analysis required by s. 16 *Cr. C.* (*Parks*, at pp. 899-900). Moreover, an expert's opinion on the legal issue of whether the mental condition of the accused constitutes a "mental disorder" within the meaning of the *Criminal Code* has "little or no evidentiary value" (*R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1, at para. 113).

défini avec précision » (p. 12). Ainsi, la portée de ce concept reste suffisamment flexible pour s'appliquer à toute condition mentale qui, selon l'état actuel ou futur de la science médicale, traduit un trouble de la raison humaine ou de son fonctionnement, et dont la reconnaissance s'harmonise avec les considérations d'ordre public qui sous-tendent l'application de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.*

(2) La qualification d'une condition mentale comme « trouble mental » est un exercice juridique lié au substrat médical et scientifique

[61] En vertu du *Code criminel*, la maladie mentale représente un concept juridique qui comprend une dimension médicale. Bien que l'expertise médicale constitue une composante essentielle de l'exercice de qualification juridique, il est acquis depuis longtemps en droit positif que la qualification d'une condition mentale comme un « trouble mental » demeure une question de droit que le juge du procès doit trancher. Dans le cas d'un procès devant jury, elle ne relève pas de ce dernier, mais du juge. Comme le juge Martin l'a rappelé dans un extrait souvent cité de l'arrêt *Simpson*, [TRADUCTION] « [i]l appartient au psychiatre de décrire l'état mental de l'accusé et d'exposer ce qu'il implique du point de vue médical. Il appartient au juge de décider si l'état décrit est compris dans l'expression "maladie mentale" » (p. 350). Lorsque le juge conclut en droit que la condition mentale de l'accusé constitue un « trouble mental », il appartient éventuellement au jury de décider si, dans les faits, ce dernier souffrait d'un tel trouble mental au moment de l'infraction.

[62] Ainsi, le juge du procès n'est pas lié par la preuve médicale puisque celle-ci ne prend généralement pas en considération les éléments d'ordre public qui font partie de l'analyse requise par l'art. 16 *C. cr.* (*Parks*, p. 899-900). De même, l'opinion d'un expert sur la question juridique de savoir si la condition mentale de l'accusé constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens du *Code criminel* ne jouit que de [TRADUCTION] « peu ou d'aucune valeur probante » (*R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1, par. 113).

[63] The respective roles of the expert, the judge and the jury were summarized in *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290. Writing for the majority, Bastarache J. stated the following:

> Taken alone, the question of what mental conditions are included in the term "disease of the mind" is a question of law. However, the trial judge must also determine whether the condition the accused claims to have suffered from satisfies the legal test for disease of the mind. This involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law and is thus a question of mixed law and fact. . . . The question of whether the accused actually suffered from a disease of the mind is a question of fact to be determined by the trier of fact. [Citation omitted; para. 197.]

[64] The central issue in this appeal is a question of law within the meaning of *Stone*. It is common ground that the appellant was in a psychotic condition that prevented him from distinguishing right from wrong. The main issue is whether a toxic psychosis caused exclusively by a single episode of intoxication constitutes a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[65] It can be seen at this point that the appellant's position poses a serious problem. To argue that toxic psychosis must always be considered a "mental disorder" is to say that the legal characterization exercise under s. 16 *Cr. C.* depends exclusively on a medical diagnosis. If the appellant's position were accepted, psychiatric experts would thus be responsible for determining the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder. This argument conflicts directly with this Court's consistent case law over the past three decades and cannot succeed. It would shift the responsibility for deciding whether the accused is guilty from the judge or jury to the expert.

E. *Specific Problem of a Toxic Psychosis That Results From the Voluntary Consumption of Alcohol or Drugs*

[66] An additional reason for rejecting the appellant's central argument has to do with the very

[63] L'arrêt *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, a fait une synthèse des rôles respectifs de l'expert, du juge et du jury. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a affirmé que :

> Prise isolément, la question de savoir quels états mentaux sont englobés par l'expression « maladie mentale » est une question de droit. Toutefois, le juge du procès doit également déterminer si l'état dans lequel l'accusé prétend s'être trouvé satisfait au critère juridique de la maladie mentale. Il lui faut alors évaluer la preuve présentée dans l'affaire dont il est saisi, au lieu d'un principe général de droit, de sorte qu'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. [. . .] La question de savoir si l'accusé souffrait véritablement d'une maladie mentale est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits. [Référence omise; par. 197.]

[64] L'enjeu central du présent pourvoi soulève une question de droit au sens de l'arrêt *Stone*. Il n'est pas contesté en l'espèce que l'appelant se trouvait dans un état psychotique qui l'empêchait de distinguer le bien du mal. La question principale est de savoir si une psychose toxique causée exclusivement par un épisode unique d'intoxication constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

[65] À ce stade, il est possible de constater la présence d'un problème important avec la position défendue par l'appelant. L'argument voulant que toute psychose toxique doive être considérée comme un « troubl[e] menta[l] » revient à affirmer que l'exercice de qualification juridique qui doit être effectué en vertu de l'art. 16 *C. cr.* dépend exclusivement d'un diagnostic médical. En conséquence, l'acceptation de la position de l'appelant conférerait aux experts en psychiatrie le soin de déterminer la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Cette prétention contredit directement la jurisprudence constante de notre Cour rendue au cours des trois dernières décennies et ne saurait être retenue. Elle transférerait la responsabilité de la déclaration de culpabilité du juge ou du jury à l'expert.

E. *Le problème particulier de la psychose toxique résultant d'une consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants*

[66] Une raison additionnelle justifiant le rejet de la prétention centrale de l'appelant concerne la

diverse reality encompassed by the term "toxic psychosis". In the case law, this term usually refers to the symptoms of the accused as diagnosed by psychiatrists. However, medical science does not always identify the causes of toxic psychosis as precisely as is required in law. Although toxic psychosis is always related to exposure to a toxic substance, the circumstances in which it may arise can vary a great deal. This is readily apparent from a review of the case law on this point (see *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351 (Ont. C.A.); *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (Ont. C.A.), aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. v. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. v. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. v. Fortin*, 2005 CanLII 6933 (C.Q.); *R. v. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85).

[67] Many factors might contribute to a state of substance-induced psychosis, including the fact that symptoms of a paranoid personality disorder are active at the time drugs are taken (*Mailloux*), the combined effect of exposure to toxic vapours and a period of intense stress (*Oakley*), dependence on certain drugs, such as cocaine (*Moroz* and *Snelgrove*), heavy drug use during the days and hours leading up to the commission of the crime (*Lauv* and *Paul*), and withdrawal following a period of excessive drinking (*R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (Man. C.A.)). It seems that this diversity of circumstances can be attributed to variations in psychological makeup and psychological histories from one accused to another, as well as in the nature of the drug use that contributed to their psychoses. The quantity and toxicity of the drugs taken also seem to have a significant effect in this regard. As a result, in each new situation, the case turns on its own facts and cannot always be fitted easily into the existing case law.

[68] Because of the heterogeneous nature of the circumstances in which a toxic psychosis at the

réalité plurielle à laquelle réfère le terme « psychose toxique ». En jurisprudence, ce terme réfère habituellement aux symptômes de l'accusé tels que diagnostiqués par les psychiatres. Or, la science médicale ne cerne pas toujours les causes de la psychose toxique avec le niveau de précision requis en droit. Bien qu'elle soit toujours liée à une exposition quelconque à une substance toxique, les circonstances dans lesquelles elle peut se manifester peuvent varier considérablement. Un examen de la jurisprudence en la matière permet de percevoir aisément cette réalité (voir *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.); *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (C.A. Ont.), conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. c. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. c. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. c. Fortin*, 2005 CanLII 6933 (C.Q.); *R. c. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85).

[67] Nombre de facteurs semblent susceptibles de contribuer au déclenchement d'un trouble psychotique induit par une substance (« *substance-induced psychosis* » en anglais). Parmi ceux-ci, on constate les symptômes actifs d'un trouble de la personnalité paranoïaque au moment de consommer des stupéfiants (*Mailloux*), l'effet combiné d'une exposition à des vapeurs toxiques et d'une période de stress intense (*Oakley*), la dépendance à certaines drogues telles que la cocaïne (*Moroz* et *Snelgrove*), une consommation excessive de drogues au cours des jours et des heures précédant la perpétration du crime (*Lauv* et *Paul*), ainsi qu'un sevrage suivant une période de consommation excessive d'alcool (*R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (C.A. Man.)). Cet éventail de circonstances semble être attribuable à la constitution et aux antécédents psychiques propres à chaque accusé ainsi qu'à la nature même de la consommation de stupéfiants ayant contribué au déclenchement de la psychose. À ce chapitre, la quantité et le niveau de toxicité des drogues consommées paraissent également jouer un rôle non négligeable. La réalité est donc que chaque nouvelle situation constitue un cas d'espèce qu'il n'est pas toujours facile de situer dans la jurisprudence existante.

[68] En raison de l'hétérogénéité des circonstances dans lesquelles un diagnostic de psychose

material time may be medically diagnosed, I consider it unwise to adopt an approach as broad as the one proposed by the appellant. In *Cooper*, this Court instead urged the courts to exercise particular caution where an accused person's mental condition was closely related to an episode of intoxication contemporaneous with the offence. In my opinion, the Court, in its decision in *Cooper*, recommended a contextual approach that was intended to strike a fair balance between the need to protect the public from persons whose mental state is inherently dangerous and the desire to impose criminal liability solely on persons who are responsible for the state they were in at the time of the offence. Since this contextual approach means that a court must base its analysis on the particular circumstances of the case before it, I cannot accept the recent decisions or opinions that seem to suggest that toxic psychosis is always a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code* (see, *inter alia*, *Snelgrove*, at para. 234; *Lauv*, at para. 18; *Fortin*, at para. 57; *R. v. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII), at para. 25; and H. Parent, "Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution" (2010), 69 *R. du B.* 103, at p. 119).

[69] When confronted with a difficult fact situation involving a state of toxic psychosis that emerged while the accused was intoxicated, a court should start from the general principle that temporary psychosis is covered by the exclusion from *Cooper*. This principle is not absolute, however: the accused can rebut the presumption provided for in s. 16(2) *Cr. C.* by showing that, at the material time, he or she was suffering from a disease of the mind that was unrelated to the intoxication-related symptoms. To determine whether an accused has discharged the burden of proof in this respect, the court should adopt the "more holistic approach" described by Bastarache J. in *Stone* (para. 203). As the Attorney General of Ontario suggested in this Court, it is ultimately this "more holistic approach" that will enable a court to determine whether the mental condition of an accused at the material time constitutes a "mental

toxique au moment des faits reprochés peut être porté sur le plan médical, il ne m'apparaît pas sage d'adopter une approche aussi large que celle proposée par l'appelant. L'arrêt *Cooper* invite plutôt les tribunaux à faire preuve d'une prudence particulière lorsque la condition mentale d'un accusé se trouve étroitement liée à un épisode d'intoxication contemporain au crime commis. À mon avis, l'arrêt *Cooper* prescrit une approche contextuelle destinée à assurer un juste équilibre entre la nécessité de protéger le public contre les personnes dont l'état mental présente un degré inhérent de dangerosité et le désir d'imputer une responsabilité pénale aux personnes qui sont responsables de l'état dans lequel elles se trouvent au moment du crime. Puisque cette approche contextuelle doit s'ancrer dans les particularités de chaque dossier, je ne saurais retenir les décisions ou opinions récentes qui semblent suggérer qu'une psychose toxique constitue en toute circonstance une maladie mentale au sens du *Code criminel* (voir notamment *Snelgrove*, par. 234; *Lauv*, par. 18; *Fortin*, par. 57; *R. c. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII), par. 25; et H. Parent, « Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution » (2010), 69 *R. du B.* 103, p. 119).

[69] Lorsqu'aux prises avec des situations factuelles difficiles survenant alors qu'une psychose toxique se manifeste durant l'intoxication de l'accusé, les tribunaux devraient partir du principe général que la psychose temporaire est visée par l'exclusion de *Cooper*. Ce principe n'est toutefois pas absolu : l'accusé peut repousser la présomption établie par le par. 16(2) *C. cr.* en démontrant qu'il souffrait, au moment des faits reprochés, d'une maladie mentale distincte des symptômes liés à l'intoxication. Pour déterminer si l'accusé s'est déchargé de son fardeau de preuve, les tribunaux devraient appliquer la « méthode plus globale » décrite par le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone* (par. 203). Comme le procureur général de l'Ontario l'a suggéré devant notre Cour, c'est ultimement au moyen de cette « méthode plus globale » que les tribunaux pourront déterminer si la condition mentale de l'accusé au moment des faits constitue un

disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* (Factum, at paras. 22-23).

[70] In *Stone*, Bastarache J. proposed a flexible approach structured around two analytical tools and certain policy considerations. The purpose of the approach is to help the courts distinguish mental conditions that fall within the scope of s. 16 *Cr. C.* from those covered by *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs" (p. 1159). In other words, a court should use this approach to determine whether a medically diagnosed disease of the mind constitutes a mental disorder in the legal sense.

[71] The *internal cause factor*, the first of the analytical tools described in *Stone*, involves comparing the accused with a normal person. In that case, Bastarache J. noted that "the trial judge must consider the nature of the trigger and determine whether a normal person in the same circumstances might have reacted to it by entering an automatistic state as the accused claims to have done" (para. 206). The comparison between the circumstances of the accused and those of a normal person will be objective and may be based on the psychiatric evidence. The more the psychiatric evidence suggests that a normal person, that is, a person suffering from no disease of the mind, is susceptible to such a state, the more justified the courts will be in finding that the trigger is external. Such a finding would exclude the condition of the accused from the scope of s. 16 *Cr. C.* The reverse also holds true.

[72] Although the trigger associated with the internal cause factor often involves a "psychological blow", there is no reason why it cannot consist of alcohol or drug use contemporaneous with the offence. What must therefore be determined is what state a normal person might have entered after consuming the same substances in the same quantities as the accused. Since certain factors such as fatigue and the pace of consumption may influence the

« troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* (mémoire, par. 22-23).

[70] Dans l'arrêt *Stone*, le juge Bastarache a proposé une méthode flexible articulée autour de deux outils analytiques et de certaines considérations d'ordre public. Cette méthode veut aider les tribunaux à distinguer les conditions mentales qui se situent dans le champ d'application de l'art. 16 *C. cr.* de celles qui sont visées par l'exclusion de l'arrêt *Cooper* portant sur les « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants » (p. 1159). En d'autres termes, c'est au moyen de cette méthode que les tribunaux devraient déterminer si un diagnostic médical de maladie mentale correspond à un trouble mental sur le plan juridique.

[71] Le *facteur de la cause interne*, qui constitue le premier outil analytique décrit dans l'arrêt *Stone*, place l'accent sur la comparaison entre l'accusé et une personne normale. Dans cet arrêt, le juge Bastarache a noté que « le juge du procès doit examiner la nature de l'élément déclencheur et décider si ce dernier était susceptible de plonger une personne normale, se trouvant dans la même situation, dans l'état d'automatisme dans lequel l'accusé allègue avoir sombré » (par. 206). La comparaison entre la situation de l'accusé et celle d'une personne normale s'effectuera sur une base objective et peut reposer sur la preuve psychiatrique. Plus celle-ci suggérera qu'une personne normale, c'est-à-dire une personne qui ne souffre d'aucune maladie mentale, est susceptible de développer un tel état, plus les tribunaux seront fondés à considérer que l'élément déclencheur possède une nature externe. Ces constatations excluront la condition de l'accusé de la portée de l'art. 16 *C. cr.* Le raisonnement inverse est également applicable.

[72] Quoique l'élément déclencheur auquel le facteur de la cause interne réfère soit souvent associé à un « choc psychologique », rien n'empêche de considérer que celui-ci puisse être une consommation d'alcool ou de stupéfiants contemporaine au crime commis. Il s'agit alors de se demander dans quel état une personne normale aurait été susceptible d'être plongée si elle avait consommé les mêmes substances et les mêmes quantités que

effects of drugs, this comparison must take account of all the circumstances in which the accused consumed the drugs that triggered the psychotic condition. If a normal person might also have reacted to similar drug use by developing toxic psychosis, it will be easier for the court to find that the mental disorder of the accused was purely external in origin (*Rabey* (S.C.C.), at pp. 519 and 533; see also *Moroz*, at para. 46) and was not a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code*.

[73] The second analytical tool, the *continuing danger factor*, is directly related to the need to ensure public safety. The purpose of this factor is to assess the likelihood of recurring danger to others. Where a condition is likely to present a recurring danger, there is a greater chance that it will be regarded as a disease of the mind. To assess this danger, the court must consider, among other factors, "the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur" (*Stone*, at para. 214).

[74] Although Bastarache J.'s reasons were not explicit in this regard, it stands to reason that danger will be recurring only if it is likely to arise again independently of the exercise of the will of the accused. The recurrence of danger is not a factor linked to voluntary behaviour by the accused. This conclusion is consistent with the idea that the effect of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* is to exempt from criminal responsibility an accused whose actions are morally involuntary. The purpose of the defence of mental disorder is to ascertain whether the mental condition of the accused poses an *inherent* danger, that is, a danger that persists despite the will of the accused. As a corollary to this principle, a danger to public safety that might be voluntarily *created* by the accused

l'accusé. Puisque certains éléments tels que la fatigue et le rythme de la consommation peuvent avoir une incidence sur l'effet des drogues, cette comparaison doit prendre en considération l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'accusé a consommé les drogues qui constituent l'élément déclencheur de son état psychotique. Dans la mesure où la personne normale aurait également été susceptible de développer une psychose toxique à la suite d'une telle consommation de stupéfiants, les tribunaux pourront plus facilement considérer que le désordre psychique dont a souffert l'accusé avait une origine purement externe (*Rabey* (C.S.C.), p. 519 et 533; voir également *Moroz*, par. 46) et ne constituait pas une maladie mentale au sens du *Code criminel*.

[73] La considération du *facteur du risque subsistant*, qui constitue le deuxième outil analytique, découle directement de la nécessité d'assurer la sécurité du public. Ce facteur tente d'évaluer la probabilité de récurrence d'un danger pour autrui. Un état qui comporte un risque vraisemblable de récurrence d'un tel danger se trouve davantage susceptible d'être assimilé à une maladie mentale. Pour évaluer ce risque, les tribunaux doivent prendre en considération, parmi d'autres facteurs, « les antécédents psychiatriques de l'accusé et la probabilité que l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme se présente de nouveau » (*Stone*, par. 214).

[74] Bien que les motifs du juge Bastarache ne soient pas explicites à cet égard, il va de soi qu'un danger ne sera récurrent que s'il est susceptible de se produire de nouveau indépendamment de la volonté de l'accusé. La récurrence du danger n'est pas un élément qui dépend du comportement volontaire de l'accusé. On rejoint ici l'idée voulant que la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* exonère de toute responsabilité pénale les accusés qui agissent involontairement sur le plan moral. La défense de troubles mentaux vise à identifier si la condition mentale de l'accusé présente un risque de danger *inhérent*, c'est-à-dire qui subsiste en dépit de la volonté de l'accusé. Comme corollaire de ce principe, le danger pour la sécurité du public qui pourrait être volontairement *créé* par l'accusé au

in the future by consuming drugs would not be the result of a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.*

[75] In *Stone*, Bastarache J. also stated that "a holistic approach to disease of the mind must also permit trial judges to consider other policy concerns which underlie this inquiry" (para. 218). The main policy consideration continues to be the need to protect society from the accused through the special procedure set out in Part XX.1 of the *Criminal Code*. Thus, if the circumstances of a case suggest that a pre-existing condition of the accused does not require any particular treatment and is not a threat to others, the court should more easily hold that the accused was not suffering from a disease of the mind at the time of the alleged events.

[76] The contextual approach required by *Stone* makes it possible to define the scope of this appeal. The purpose of the appeal is not to identify a rule to be applied to every case of toxic psychosis. And because every case has distinctive characteristics, it would be counterproductive to try to formulate an exhaustive definition of the mental conditions covered by *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs". The instant case concerns just one type of toxic psychosis, namely one that resulted *exclusively* from a single episode of self-induced intoxication.

[77] Although the courts can seek assistance from the existing case law, it would be preferable for them to engage in an individualized analysis that takes account of the specific circumstances of each case. This means that the courts should determine on a case-by-case basis, applying the "more holistic approach" from *Stone*, whether the mental condition of each accused is included in or excluded from the definition of "disease of the mind" proposed by Dickson J. in *Cooper*. This approach is consistent with the line of authority based on

moyen d'une consommation future de stupéfiants ne découle pas d'un « troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.*

[75] Dans l'arrêt *Stone*, le juge Bastarache a aussi mentionné qu'« une façon globale d'aborder la question de la maladie mentale doit aussi permettre au juge du procès de tenir compte des autres préoccupations d'ordre public qui sous-tendent cet examen » (par. 218). La principale de ces considérations d'ordre public demeure le besoin de protéger la société contre l'accusé par l'engagement de la procédure spéciale établie par la partie XX.1 du *Code criminel*. Ainsi, lorsque les circonstances d'un dossier suggèrent que la condition préexistante de l'accusé ne nécessite aucun traitement particulier et qu'elle ne constitue pas une menace pour autrui, les tribunaux devraient arriver plus facilement à la conclusion que l'accusé n'était pas malade mentalement au moment des faits reprochés.

[76] L'approche contextuelle que les tribunaux doivent appliquer selon l'arrêt *Stone* permet de délimiter la portée du présent pourvoi. Celui-ci ne vise pas à dégager une règle destinée à s'appliquer à tous les cas de psychose toxique. En raison des particularités propres à chaque dossier, il serait d'ailleurs contre-productif de tenter de définir de façon exhaustive les conditions mentales qui sont visées par l'exclusion établie dans l'arrêt *Cooper* à l'égard des « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants ». Le présent dossier ne concerne qu'un seul type de psychose toxique, c'est-à-dire celle qui résulte *exclusivement* d'un épisode unique d'intoxication volontaire.

[77] Tout en s'aidant de la jurisprudence existante, il est préférable que les tribunaux conduisent une analyse individualisée destinée à prendre en considération les circonstances particulières de chaque dossier. En conséquence, les tribunaux détermineront au cas par cas, en application de la « méthode plus globale » décrite dans l'arrêt *Stone*, si la condition mentale de l'accusé est incluse ou non dans la définition de la maladie mentale proposée par le juge Dickson dans l'arrêt *Cooper*. Cette approche s'inscrit dans la lignée de

Rabey, in which this Court endorsed Martin J.A.'s opinion that "[p]articular transient mental disturbances may not . . . be capable of being properly categorized in relation to whether they constitute 'disease of the mind' on the basis of a generalized statement and must be decided on a case-by-case basis" (pp. 519-20).

F. *Application of the Principles to This Appeal*

[78] In accordance with the approach set out above, I must now determine whether the appellant was suffering from a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* at the material time. To do this, it will be helpful to begin by referring to the trial judge's main findings of fact. Judge Decoste found that the appellant, who was highly intoxicated at the material time, was in a psychotic condition caused by the voluntary consumption of drugs. He wrote that [TRANSLATION] "the psychotic condition the accused was in when he committed these criminal acts originated in his drug use during the moments leading up to them" (para. 41). I would also note that the appellant's central argument is based on the contention that toxic psychosis is necessarily a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* because it is an "abnormal effect" of intoxication that affects only those who have a psychological predisposition or whose psyches are particularly fragile.

[79] The evidence in the record does not support the distinction drawn by the appellant between "normal effects" and "abnormal effects" of intoxication. Nor is it compatible with the argument that only persons who are predisposed to a mental disorder are likely to develop toxic psychosis as a result of drug use. For example, Dr. Faucher testified at trial that he saw cases of toxic psychosis [TRANSLATION] "every week" (A.R., at p. 967). As Thibault J.A. noted, the same witness also stated that half (50 percent) of subjects who take drugs containing PCP are likely to develop a psychotic condition when intoxicated. It thus appears that

la jurisprudence découlant de l'arrêt *Rabey*, dans lequel notre Cour a endossé l'opinion du juge Martin selon laquelle [TRADUCTION] « [c]ertains troubles mentaux momentanés pourraient [. . .] demeurer impossibles à catégoriser correctement, à partir d'une déclaration générale, lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils constituent une "maladie mentale"; ils doivent donc être catégorisés au cas par cas » (p. 519-520).

F. *Application des principes au présent pourvoi*

[78] Conformément à la méthode exposée ci-dessus, il s'agit maintenant de déterminer si l'appelant souffrait d'un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.* au moment des faits. Pour ce faire, il est pertinent de rappeler au préalable les principales conclusions de fait auxquelles le juge de première instance est parvenu. Le juge Decoste a conclu que l'appelant, fortement intoxiqué au moment des faits, se trouvait dans un état psychotique causé par une consommation volontaire de drogues. Il a écrit que « l'état de psychose dans lequel était l'accusé en posant ces gestes délictueux origine de la consommation de drogues qu'il a consommées dans les instants précédents » (par. 41). Je rappelle également que la prétention centrale de l'appelant repose sur l'argument qu'une psychose toxique constituerait nécessairement un « troubl[e] menta[l] » en vertu de l'art. 16 *C. cr.* puisqu'elle représenterait un « effet anormal » de l'intoxication qui n'afflige que les individus ayant des prédispositions ou une fragilité particulière sur le plan psychique.

[79] La preuve versée au dossier ne supporte pas la distinction effectuée par l'appelant entre « effets normaux » et « effets anormaux » de l'intoxication. Elle est aussi incompatible avec l'argument selon lequel seules les personnes prédisposées aux troubles mentaux sont susceptibles de développer une psychose toxique à la suite d'une consommation de stupéfiants. Par exemple, lors du procès, le D[r] Faucher a témoigné qu'il rencontrait « à toutes les semaines » des cas de psychose toxique (d.a., p. 967). Comme la juge Thibault l'a noté, le même témoin a également mentionné que la moitié des sujets (50 p. 100) qui consomment des drogues

toxic psychosis is unfortunately a fairly frequent phenomenon that seems to result from the high toxicity of chemical drugs.

[80] The application of the first factor from *Stone* thus suggests that the taking of one "*poire bleue*" pill is a specific external factor that contradicts the appellant's argument, since it seems likely that the reaction of a normal person to such a pill would indeed be to develop toxic psychosis. This strongly suggests that the appellant was not suffering from a mental disorder at the time he committed the impugned acts.

[81] The rapid appearance of psychotic symptoms generally indicates that the delusions of the accused can be attributed to a specific external factor. Dr. Faucher's expert assessment, which the trial judge preferred to that of Dr. Turmel, an expert called by the defence, revealed that the rapid reversal of symptoms is characteristic of a toxic psychosis caused by an episode of self-induced intoxication (A.R., at pp. 954-59). Moreover, Professor Parent has written on this topic that [TRANSLATION] "delusions that subside at the same rate as the drug are usually signs of *Substance Intoxication*" ("Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution", at p. 123 (emphasis in original)). Such delusions therefore do not result from a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code*.

[82] In the instant case, the psychotic symptoms experienced by the appellant began to diminish shortly after he took the "*poire bleue*" pill and continued to do so until they disappeared completely on October 28, 2005. The Court of Appeal held that the disappearance of the symptoms showed that the symptoms of toxic psychosis coincided with the duration of the appellant's intoxication. Thibault J.A. could thus say that [TRANSLATION]

contenant du PCP étaient susceptibles de développer un état psychotique alors qu'ils sont intoxiqués. Il appert donc que la psychose toxique constitue malheureusement un phénomène plutôt fréquent qui semble s'expliquer par le niveau élevé de toxicité des drogues chimiques.

[80] L'application du premier facteur décrit dans l'arrêt *Stone* suggère donc que la consommation d'un comprimé de « poire bleue » représente un facteur spécifiquement externe dont la présence milite contre la prétention de l'appelant. Une personne normale semble effectivement susceptible de développer une psychose toxique à la suite de la consommation d'un tel comprimé. Ce constat suggère fortement que l'appelant ne souffrait pas d'un trouble mental au moment de commettre les faits reprochés.

[81] L'apparition rapide des symptômes psychotiques indique généralement que les idées délirantes chez l'accusé étaient attribuables à un facteur spécifiquement externe. L'expertise du D^r^ Faucher, que le juge de première instance a préférée à celle du D^r^ Turmel assigné par la défense, a révélé qu'une rétrocession rapide des symptômes était caractéristique d'une psychose toxique causée par un épisode d'intoxication volontaire (d.a., p. 954-959). Comme le professeur Parent l'a également écrit à ce sujet, « des idées délirantes qui rétrocèdent au même rythme que la drogue laissent habituellement présager la présence d'une *Intoxication par substance* » (« Les *Troubles psychotiques induits par une substance* en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution », p. 123 (en italique dans l'original)). De telles idées délirantes ne découlent alors pas d'une maladie mentale au sens du *Code criminel*.

[82] En l'espèce, les symptômes psychotiques vécus par l'appelant ont commencé à s'estomper peu de temps après la consommation du comprimé de « poire bleue », et ce, de façon continue jusqu'à leur extinction complète le 28 octobre 2005. La Cour d'appel a jugé que cette rétrocession des symptômes révélait une concordance entre la durée de l'intoxication et les manifestations de la psychose toxique. La juge Thibault a pu donc affirmer

"[t]he appellant suffered from no [disease of the mind] before committing the crimes, and once the effects of the drug consumption had passed, he was entirely sane" (para. 77). I see no valid reason to depart from this conclusion.

[83] As for the second factor from *Stone*, there is no evidence indicating that the mental condition of the accused is inherently dangerous in any way. Provided that the appellant abstains from such drugs in the future, which he is capable of doing voluntarily, it would seem that his mental condition poses no threat to public safety. Although I will not adopt a definitive position on this question, I might have concluded otherwise if the appellant had a dependency on drugs that affected his ability to stop using them voluntarily. The likelihood of recurring danger might then be greater.

[84] Finally, after considering all the circumstances of this case, I am satisfied that there is no valid reason to initiate the special procedure provided for in Part XX.1 of the *Criminal Code*. An accused whose mental condition at the material time can be attributed exclusively to a state of temporary self-induced intoxication and who poses no threat to others is not suffering from a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* The scheme of Part XX.1 applies only if the accused actually suffered from a disease of the mind at the material time. It is not intended to apply to accused persons whose temporary madness was induced artificially by a state of intoxication.

[85] In this context, I conclude that the appellant was not suffering from a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* at the time he committed the assault. He has failed to rebut the presumption that his toxic psychosis was a "self-induced stat[e] caused by alcohol or drugs" in accordance with the definition in *Cooper*. A malfunctioning of the mind that results *exclusively* from self-induced intoxication cannot be considered a disease of the

que « [l]'appelant ne souffrait d'aucune maladie mentale avant de commettre les crimes et une fois les effets de la consommation de drogues résorbés, il était tout à fait sain d'esprit » (par. 77). Je ne vois aucune raison valable de m'écarter de cette conclusion.

[83] En ce qui a trait à l'application du deuxième facteur décrit dans l'arrêt *Stone*, aucun élément de preuve n'indique que la condition mentale de l'accusé présente un quelconque niveau de dangerosité inhérente. Dans la mesure où l'appelant s'abstient à l'avenir de consommer de telles drogues, ce qu'il est en mesure de faire volontairement, il semble que sa condition mentale ne constitue pas une menace pour la sécurité du public. Sans exprimer une position définitive sur cette question, signalons qu'il pourrait en être autrement si l'appelant souffrait d'une dépendance aux stupéfiants ayant pour effet d'affecter sa capacité à cesser volontairement sa consommation. La probabilité de récurrence du danger pourrait alors être plus élevée.

[84] Finalement, un examen de l'ensemble des circonstances du présent dossier me convainc qu'il n'existe aucune raison valable d'engager la procédure spéciale mise en place par la partie XX.1 du *Code criminel*. Un accusé dont la condition mentale au moment des faits reprochés est exclusivement attribuable à un état d'intoxication temporaire volontaire et qui ne représente aucun danger pour autrui ne souffre pas d'un « troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* Le régime établi par la partie XX.1 est réservé aux accusés qui souffrent réellement d'une maladie mentale au moment des faits reprochés. Il n'a pas vocation à s'appliquer aux accusés dont la folie temporaire a été artificiellement créée par un état d'intoxication.

[85] Dans ce contexte, je conclus que l'appelant ne souffrait pas d'un « troubl[e] menta[l] » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* au moment de commettre l'agression. L'appelant n'a pas réussi à repousser la présomption que la psychose toxique dont il a souffert était un « éta[t] volontairement provoqu[é] par l'alcool ou les stupéfiants » au sens de l'arrêt *Cooper*. Les déséquilibres mentaux développés *exclusivement* en raison d'une intoxication

mind in the legal sense, since it is not a product of the individual's inherent psychological makeup. This is true even though medical science may tend to consider such conditions to be diseases of the mind. In circumstances like those of the case at bar, toxic psychosis seems to be nothing more than a symptom, albeit an extreme one, of the accused person's state of self-induced intoxication. Such a state cannot justify exempting an accused from criminal responsibility under s. 16 *Cr. C.*

[86] This conclusion takes account of the policy considerations referred to by Dickson J. in *Cooper*. In light of Dr. Faucher's expert assessment of the frequency of toxic psychosis in circumstances analogous to the ones in the instant case, the appellant's position, if adopted, would affect the integrity of the criminal justice system in ways that would be difficult to accept. If everyone who committed a violent offence while suffering from toxic psychosis were to be found not criminally responsible on account of mental disorder regardless of the origin or cause of the psychosis, the scope of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* would become much broader than Parliament intended. These considerations reinforce the conclusion that the toxic psychosis of the appellant in this case is covered by *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs".

[87] The lack of evidence that the appellant was suffering from an underlying mental disorder certainly simplifies the legal characterization exercise under s. 16 *Cr. C.* From a factual standpoint, this case seems quite clear: as in *Paul*, the only reasonable conclusion is that the appellant's mental condition is covered by the exclusion from *Cooper*. Contrary to the conclusion the appellant is asking this Court to draw, it would be unreasonable to assume, absent any evidence to back up such a claim, that the real cause of his toxic psychosis was an underlying mental disorder. In addition, no

volontaire ne peuvent être considérés comme une maladie mentale au sens juridique, puisqu'ils ne sont pas le produit de la constitution psychique inhérente d'un individu. Il en est ainsi malgré le fait que la science médicale puisse volontiers considérer de tels états comme des maladies mentales. Dans des circonstances analogues à celles du présent dossier, une psychose toxique ne semble être rien d'autre qu'une manifestation, certes extrême, d'un état d'intoxication dans lequel l'accusé s'est volontairement placé. Un tel état ne permet pas à un accusé d'être exonéré de toute responsabilité pénale en vertu de l'art. 16 *C. cr.*

[86] Cette conclusion prend en compte les considérations d'ordre public évoquées par le juge Dickson dans l'arrêt *Cooper*. En considérant la teneur de l'expertise du D^r^ Faucher au sujet de la fréquence des psychoses toxiques dans des circonstances analogues à celles du présent dossier, l'adoption de la position de l'appelant entraînerait des conséquences difficilement acceptables pour l'intégrité du système de justice criminelle. Si chaque individu qui commet une infraction violente pendant qu'il souffre d'une psychose toxique devait, sans égard à l'origine ou à la cause de celle-ci, échapper à la responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* acquerrait une portée qui excéderait largement celle qu'envisageait le législateur. Ces considérations renforcent la conclusion que la psychose toxique développée par l'appelant en l'espèce est visée par l'exclusion établie dans l'arrêt *Cooper* à l'égard des « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants ».

[87] Certes, l'absence de preuve relative à la présence d'un trouble mental sous-jacent chez l'appelant facilite l'exercice de qualification juridique qui doit être effectué en vertu de l'art. 16 *C. cr.* D'un point de vue factuel, le présent dossier paraît plutôt clair : comme dans l'affaire *Paul*, la seule conclusion raisonnable est que la condition mentale de l'appelant est visée par l'exclusion établie dans l'arrêt *Cooper*. Contrairement à la conclusion que l'appelant nous invite à tirer, il serait déraisonnable de présumer, en l'absence de tout élément de preuve de nature à étoffer une telle prétention, que la cause

Canadian court has applied the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* in the context of toxic psychosis without evidence showing that the accused suffered from an underlying disease of the mind.

[88] In light of the case law, it is plausible to expect that the courts will have to perform this legal characterization exercise in circumstances much more difficult than the ones in the case at bar. One example would be a case in which the mental condition of the accused indicates an underlying mental disorder but the evidence also shows that the toxic psychosis was triggered by the consumption of drugs of a nature and in a quantity that could have produced the same condition in a normal person. In such circumstances, the courts should be especially meticulous in applying the "more holistic approach" from *Stone*.

G. *Section 33.1 Cr. C. Applies in This Case*

[89] The foregoing conclusion leads to the question whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable. This provision applies where three conditions are met: (1) the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) the accused departed from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person (see, generally, *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (B.C.S.C.); *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99). Where these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence.

[90] The self-induced intoxication to which s. 33.1 *Cr. C.* refers is limited in time. It corresponds to the period during which the substance consumed

réelle de sa psychose toxique aurait été un trouble mental sous-jacent. On ne retrouve d'ailleurs, dans la jurisprudence canadienne, aucune décision ayant appliqué la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* dans un contexte de psychose toxique sans que la preuve ait révélé que l'accusé souffrait d'une maladie mentale sous-jacente.

[88] Au regard de la jurisprudence existante, il est plausible de prévoir que les tribunaux auront à effectuer cet exercice de qualification juridique dans des circonstances beaucoup plus délicates que celles du présent dossier. Il en sera notamment ainsi lorsque la condition mentale révélera la présence d'un trouble mental sous-jacent mais que la preuve indiquera aussi que la psychose toxique a été déclenchée par une consommation de stupéfiants dont la nature et la quantité auraient pu provoquer le même état chez une personne normale. Dans de telles circonstances, il convient d'inviter les tribunaux à faire preuve d'une minutie particulière dans l'application de la « méthode plus globale » décrite dans l'arrêt *Stone*.

G. *L'article 33.1 C. cr. trouve application en l'espèce*

[89] En raison de la conclusion qui précède, il devient maintenant pertinent de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 33.1 *C. cr.* Cette disposition s'applique lorsque trois conditions sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits; (2) cette intoxication était volontaire; et (3) l'accusé s'est écarté de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui (voir, généralement, *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (C.S.C.-B.); *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99). Lorsque la preuve de ces trois éléments est établie, l'accusé ne peut soulever une défense basée sur l'absence d'intention générale ou de la volonté requise pour la perpétration de l'infraction.

[90] L'intoxication volontaire visée par l'art. 33.1 *C. cr.* est circonscrite dans le temps. Elle correspond à la période au cours de laquelle la substance

by the accused produced its effects. Section 33.1(2) *Cr. C.* leaves no doubt about this. It provides that a person "is . . . criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person". Section 33.1 *Cr. C.* is intended to prevent an accused from avoiding criminal liability on the ground that his or her state of intoxication at the material time *rendered the accused incapable* of forming the mental element or having the voluntariness required to commit the offence.

[91] Section 33.1 *Cr. C.* therefore applies to any mental condition that is a direct extension of a state of intoxication. It is also important to understand that no distinction based on the seriousness of the effects of self-induced intoxication is drawn in this provision. The appellant's suggestion that it applies only to the "normal effects" of intoxication is wrong. There is no threshold of intoxication beyond which s. 33.1 *Cr. C.* does not apply to an accused, which means that toxic psychosis can be one of the states of intoxication covered by this provision. It is so covered in the case at bar. The Court of Appeal therefore did not err in law in holding that s. 33.1 *Cr. C.* was applicable rather than s. 16 *Cr. C.*

V. Conclusion

[92] For all these reasons, the appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Roy & Robert, Montréal.

Solicitor for the respondent: Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Matane.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

consommée par l'accusé produit ses effets. Le paragraphe 33.1(2) *C. cr.* ne laisse planer aucun doute à ce sujet. Il prévoit qu'une personne « est criminellement responsable si, alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l'intégrité physique d'autrui ». L'article 33.1 *C. cr.* veut empêcher un accusé d'échapper à sa responsabilité criminelle au motif que l'état d'intoxication dans lequel il se trouvait au moment des faits *l'a rendu incapable* de former l'élément moral ou d'avoir la volonté requise pour la perpétration de l'infraction.

[91] L'article 33.1 *C. cr.* s'applique donc à toute condition mentale qui constitue le prolongement direct d'un état d'intoxication. Il importe également de préciser que cette disposition n'établit aucune distinction relative à la gravité des effets de l'intoxication volontaire. L'appelant a tort de suggérer qu'il ne s'applique qu'aux « effets normaux » de l'intoxication. Il n'existe aucun seuil d'intoxication à partir duquel l'état d'un accusé échappe à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* Une psychose toxique peut donc faire partie des états d'intoxication visés par cette disposition. C'est le cas en l'espèce. La Cour d'appel n'a donc pas commis d'erreur de droit en concluant à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* plutôt que de l'art. 16 *C. cr.*

V. Conclusion

[92] Pour l'ensemble de ces motifs, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Roy & Robert, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Matane.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

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

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

Nor-Man Regional Health Authority Inc. *Appellant*

v.

Manitoba Association of Health Care Professionals *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia *Intervener*

INDEXED AS: NOR-MAN REGIONAL HEALTH AUTHORITY INC. *v.* MANITOBA ASSOCIATION OF HEALTH CARE PROFESSIONALS

2011 SCC 59

File No.: 33795.

2011: October 20; 2011: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Labour relations — Grievances — Arbitral award — Standard of review — Arbitrator imposing estoppel on union's claim for redress under collective agreement — Whether arbitral award applying common law or equitable remedy is reviewable on standard of reasonableness or correctness.

P contended that she was entitled, upon 20 years of employment, to a bonus week of vacation pursuant to the terms of the collective agreement between Nor-Man and P's Union. Her request was denied by Nor-Man. The arbitrator decided that the employer's practice of excluding casual service in calculating vacation benefits breached the terms of the collective agreement. However, the Union was barred by its long-standing acquiescence from grieving the employer's application of the disputed provisions of the collective agreement. The arbitrator held that the Union was estopped from asserting its strict rights under the disputed provisions of the collective agreement until the expiry of the agreement. The Union's application for judicial review

Nor-Man Regional Health Authority Inc. *Appelante*

c.

Manitoba Association of Health Care Professionals *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : NOR-MAN REGIONAL HEALTH AUTHORITY INC. *c.* MANITOBA ASSOCIATION OF HEALTH CARE PROFESSIONALS

2011 CSC 59

N° du greffe : 33795.

2011 : 20 octobre; 2011 : 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Relations du travail — Griefs — Sentence arbitrale — Norme de contrôle — Arbitre ayant appliqué la préclusion à la demande de réparation présentée par le syndicat en vertu de la convention collective — La sentence arbitrale mettant en jeu une réparation de common law ou d'equity est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

P prétendait avoir droit à une semaine de congé annuel en prime l'année de son 20e anniversaire d'entrée en service, conformément aux dispositions de la convention collective intervenue entre Nor-Man et le Syndicat la représentant. Nor-Man lui a refusé ce congé. L'arbitre a conclu que la pratique de l'employeur consistant à exclure les périodes d'emploi à titre occasionnel du calcul des congés annuels contrevenait aux dispositions de la convention collective. Toutefois, le Syndicat ne pouvait pas contester la façon dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses de la convention collective, parce qu'il y avait acquiescé de longue date. Selon l'arbitre, le Syndicat était préclus d'exiger le respect strict des droits que lui confèrent les dispositions

was dismissed on the basis that the arbitrator's award was reasonable. The Court of Appeal held that correctness was the governing standard of review and it set aside the estoppel imposed by the arbitrator.

Held: The appeal should be allowed.

Broadly stated, the issue is whether arbitral awards that apply common law or equitable remedies are for that reason subject to judicial review for correctness. It is well established that, as a general rule, reasonableness is the standard of review governing arbitral awards under a collective agreement. The equitable remedy of estoppel imposed here by the arbitrator does not involve a question of central importance to the legal system as a whole that was beyond the expertise of the arbitrator. It therefore cannot be said to fall within that established category of question — nor any other — subject to review for correctness. Furthermore, a contextual analysis confirms that reasonableness, not correctness, is the appropriate standard of review. Deference is appropriate in this case.

Rigidity in the dispute resolution process risks not only the disintegration of the relationship, but also industrial discord. Labour arbitrators require the flexibility to craft appropriate remedial doctrines when the need arises. Labour arbitrators are not legally bound to apply equitable and common law principles — including estoppel — in the same manner as courts of law. Labour arbitrators may properly develop doctrines and fashion remedies appropriate in their field, drawing inspiration from general legal principles, the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievances of which they are seized. The broad mandate of arbitrators flows from the broad grant of authority vested in arbitrators by collective agreements, statutes such as *The Labour Relations Act* ("*LRA*"), and from their distinctive role in fostering peace in industrial relations. They are well equipped by their expertise to adapt the legal and equitable doctrines they find relevant within the sphere of arbitral creativity. The domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless. An arbitral award that flexes a common law or equitable principle in a manner that does not reasonably respond to the distinctive nature of labour relations

litigieuses de la convention collective jusqu'à l'expiration de cette dernière. La demande de contrôle judiciaire présentée par le Syndicat a été rejetée au motif que la sentence arbitrale était raisonnable. La Cour d'appel, estimant que la norme applicable était celle de la décision correcte, a annulé la conclusion de l'arbitre selon laquelle il y avait préclusion.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Définie largement, la question consiste à déterminer si les sentences arbitrales qui mettent en jeu des réparations de common law ou d'equity sont, de ce fait, assujetties au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Il est bien établi que, règle générale, c'est la norme de la raisonnabilité qui s'applique aux sentences arbitrales prononcées en vertu d'une convention collective. En l'espèce, la préclusion appliquée à titre de réparation d'equity par l'arbitre ne constitue pas une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et est étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre. Par conséquent, elle ne saurait appartenir à cette catégorie — ni à quelque autre catégorie — déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte. En outre, une analyse contextuelle vient confirmer qu'il convient d'appliquer la norme de la raisonnabilité — plutôt que celle de la décision correcte. La déférence est justifiée en l'espèce.

Un processus rigide de règlement des différends risque non seulement de provoquer la désintégration de la relation, mais également de troubler la paix industrielle. Les arbitres en droit du travail ont toutefois besoin de la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige. Ils ne sont pas tenus juridiquement d'appliquer les principes de common law et d'equity, dont la préclusion, de la même manière que les tribunaux judiciaires. Ils peuvent, à bon droit, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s'inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis. Le large mandat dont les arbitres sont investis découle du vaste pouvoir qui leur est conféré par les conventions collectives et les textes législatifs, comme la *Loi sur les relations du travail* (« *Loi* »), et de leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles. Grâce à leur expertise, ils ont tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de common law et d'equity qu'ils estiment pertinentes dans les limites de leur sphère de créativité. La sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n'est nullement dépourvue

necessarily remains subject to judicial review for its reasonableness.

Here, the labour arbitrator's award can hardly be considered unreasonable. His reasons are not just transparent and intelligible, but coherent as well. The arbitrator adapted and applied the equitable doctrine of estoppel in a manner reasonably consistent with the objectives and purposes of the *LRA*, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of P's grievance. The arbitrator's reasons are amply sufficient to explain why he imposed the remedy of estoppel in this case.

Cases Cited

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; **referred to:** *Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL); *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, ss. 121, 128(2).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Steel and Freedman JJ.A.), 2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93, 486 W.A.C. 93, 319 D.L.R. (4th) 193, 194 L.A.C. (4th) 193, 5 Admin. L.R. (5th) 291, 85 C.C.E.L. (3d) 163, [2010] 7 W.W.R. 1, 2010 CLLC ¶220-034, [2010] M.J. No. 166 (QL), 2010 CarswellMan 217, reversing a decision of Bryk J., 2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281, 98 Admin. L.R. (4th) 266, 2009

de limites. La sentence arbitrale qui prête à un principe de common law ou d'equity une application qui n'est pas raisonnablement adaptée à la nature distinctive des relations du travail demeure forcément assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la raisonnabilité.

En l'espèce, on peut difficilement qualifier de déraisonnable la sentence prononcée par l'arbitre. Ses motifs sont non seulement transparents et intelligibles, mais aussi cohérents. L'arbitre a adapté et appliqué la doctrine d'equity que constitue la préclusion d'une manière raisonnablement conforme aux buts et objectifs de la *Loi*, aux principes des relations du travail, à la nature du processus de négociation collective et au fondement factuel du grief de P. Les motifs de l'arbitre expliquent amplement les raisons qui l'ont amené en l'espèce à appliquer la préclusion à titre de réparation.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; **arrêts mentionnés :** *Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL); *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations du travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 121, 128(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Steel et Freedman), 2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93, 486 W.A.C. 93, 319 D.L.R. (4th) 193, 194 L.A.C. (4th) 193, 5 Admin. L.R. (5th) 291, 85 C.C.E.L. (3d) 163, [2010] 7 W.W.R. 1, 2010 CLLC ¶220-034, [2010] M.J. No. 166 (QL), 2010 CarswellMan 217, qui a infirmé une décision du juge Bryk, 2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281, 98 Admin. L.R. (4th) 266, 2009

CLLC ¶220-048, [2009] M.J. No. 289 (QL), 2009 CarswellMan 386. Appeal allowed.

Bryan P. Schwartz, William S. Gardner and *Todd C. Andres*, for the appellant.

Jacob Giesbrecht, for the respondent.

Jonathan Eades and *Meghan Butler*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] An experienced labour arbitrator endorsed in this case the union's interpretation of vacation benefit clauses in its collective agreement with the employer — but imposed an estoppel on the union's claim for redress.

[2] Essentially, the arbitrator held that the union was barred by its long-standing acquiescence from grieving the employer's application of the disputed provisions. Given the employer's consistent and open practice of calculating vacation entitlements as it did, and the employer's detrimental reliance on the union's acquiescence, it would be unfair, the arbitrator found, for the union to now hold the employer to the strict terms of the collective agreement in that regard.

[3] The union's application for judicial review was dismissed in the Manitoba Court of Queen's Bench on the ground that the arbitrator's award was reasonable (2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281). The Manitoba Court of Appeal held that *correctness* — not reasonableness — was the governing standard of review (2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93). Applying that standard here, the Court of Appeal set aside the estoppel imposed by the arbitrator.

CLLC ¶220-048, [2009] M.J. No. 289 (QL), 2009 CarswellMan 386. Pourvoi accueilli.

Bryan P. Schwartz, William S. Gardner et *Todd C. Andres*, pour l'appelante.

Jacob Giesbrecht, pour l'intimée.

Jonathan Eades et *Meghan Butler*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] En l'espèce, un arbitre d'expérience en droit du travail a donné raison au syndicat quant à l'interprétation des dispositions sur les crédits de congés annuels incluses dans la convention collective, mais il a appliqué la préclusion à sa demande de réparation.

[2] Essentiellement, l'arbitre a conclu que le syndicat ne pouvait pas contester la façon dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses, parce qu'il y avait acquiescé de longue date. Compte tenu de la formule de calcul des congés annuels adoptée systématiquement et ouvertement par l'employeur et du fait que ce dernier avait agi à son détriment sur la foi de l'acquiescement du syndicat, il serait inéquitable, selon l'arbitre, que le syndicat contraigne maintenant l'employeur à respecter strictement les termes de la convention collective à cet égard.

[3] La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le syndicat, parce qu'elle estimait que la sentence arbitrale était raisonnable (2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281). La Cour d'appel du Manitoba a statué que la norme de contrôle applicable n'était pas la norme de la raisonnabilité, mais la norme de la *décision correcte* (2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93). Suivant celle-ci, la Cour d'appel a annulé l'application de la préclusion par l'arbitre.

[4] In my respectful view, the Court of Appeal erred in reviewing the arbitrator's decision for correctness: reasonableness is the applicable standard.

[5] Labour arbitrators are not legally bound to apply equitable and common law principles — including estoppel — in the same manner as courts of law. Theirs is a different mission, informed by the particular context of labour relations.

[6] To assist them in the pursuit of that mission, arbitrators are given a broad mandate in adapting the legal principles they find relevant to the grievances of which they are seized. They must, of course, exercise that mandate reasonably, in a manner that is consistent with the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievance.

[7] The arbitrator's decision in this case falls well within those bounds. I would allow the appeal and restore his award.

II

[8] At the time of her grievance in July 2008, Jacqueline Plaisier had been employed continuously for 20 years — though at times only on a casual basis — by Nor-Man Regional Health Authority Inc. ("Nor-Man").

[9] Ms. Plaisier contended that she was entitled upon 20 years of employment to a "bonus" week of vacation pursuant to arts. 1104 and 1105 of the collective agreement between Nor-Man and Ms. Plaisier's union, the Manitoba Association of Health Care Professionals (the "Union"). Nor-Man denied her request on the ground that, in its view, Ms. Plaisier's time as a casual employee did not count for the purposes of art. 1105.

[4] Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en révisant la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte : la norme applicable est celle de la raisonnabilité.

[5] Les arbitres en droit du travail ne sont pas tenus juridiquement d'appliquer les principes de common law et d'equity, dont la préclusion, de la même manière que les tribunaux judiciaires. Leur mission est différente, car elle tient compte du contexte particulier des relations du travail.

[6] Pour les aider à s'acquitter de cette mission, on a confié aux arbitres un large mandat qui leur permet d'adapter les principes juridiques qu'ils estiment pertinents aux griefs dont ils sont saisis. Dans l'exécution de ce mandat, ils doivent bien entendu agir raisonnablement, en accord avec les buts et objectifs du régime législatif, les principes des relations du travail, la nature du processus de négociation collective et le fondement factuel du grief.

[7] En l'espèce, la décision de l'arbitre respecte largement ces limites. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la sentence arbitrale.

II

[8] Lorsqu'elle a déposé son grief, en juillet 2008, Jacqueline Plaisier comptait 20 ans de service ininterrompu — bien qu'elle ait travaillé à titre d'employée occasionnelle, à certains moments — pour la Nor-Man Regional Health Authority Inc. (« Nor-Man »).

[9] M^me^ Plaisier prétendait avoir droit à une semaine de congé annuel « en prime » l'année de son 20^e^ anniversaire d'entrée en service, conformément aux art. 1104 et 1105 de la convention collective intervenue entre Nor-Man et le syndicat la représentant, soit la Manitoba Association of Health Care Professionals (le « Syndicat »). Nor-Man lui a refusé ce congé au motif que, selon son interprétation, les périodes d'emploi à titre occasionnel de M^me^ Plaisier ne comptaient pas pour l'application de l'art. 1105.

[10] Articles 1104 and 1105 of the collective agreement provided during the relevant period as follows:

1104 Employees shall be entitled to paid vacation, calculated on the basis of vacation earned at the following rates:

Length of Employment	Rate at which vacation earned
In the first (1st) to third (3rd) year inclusive	Twenty (20) working days per year*
In the fourth (4th) to [tenth] (10th) year inclusive	Twenty-five (25) working days per year
In the eleventh (11th) to twentieth (20th) year inclusive	Thirty (30) working days per year
In the twenty-first (21st) and subsequent years	Thirty-five [(35)] working days per year

*for employees hired prior to August 31, 1989, the rate shall be "twenty-one" (21) days instead of "twenty" (20).

. . .

1105 An additional week of paid vacation shall be granted to an employee in the year of her twentieth (20th) anniversary of employment, and at five (5) year intervals thereafter. Such additional vacation shall be taken in the vacation year during which the anniversary will occur. This provision shall apply to all employees employed on August 31, 1989. It ceases to apply to employees hired after August 31, 1989.

[11] In denying her request, Nor-Man advised Ms. Plaisier that her "anniversary of employment" under art. 1105 was, at the earliest, May 30, 1999 — the date she began to accrue seniority. Under the collective agreement, her casual employment did not count toward seniority. It therefore had no bearing, according to Nor-Man,

[10] Au cours de la période pertinente, les art. 1104 et 1105 de la convention collective étaient ainsi libellés :

[TRADUCTION]

1104 Les employées ont droit à des congés annuels payés, calculés en fonction des crédits qu'elles acquièrent selon les modalités suivantes :

Durée d'emploi	Rythme d'acquisition des crédits de congés annuels
De la première (1re) à la troisième (3e) année, inclusivement	Vingt (20) jours ouvrables par année*
De la quatrième (4e) à la [dixième] (10e) année, inclusivement	Vingt-cinq (25) jours ouvrables par année
De la onzième (11e) à la vingtième (20e) année, inclusivement	Trente (30) jours ouvrables par année
À compter de la vingt-et-unième (21e) année	Trente-cinq [(35)] jours ouvrables par année

*Les employées engagées avant le 31 août 1989 acquièrent « vingt-et-un » (21) jours de crédits de congés au lieu de « vingt » (20).

. . .

1105 Une semaine supplémentaire de congés annuels payés est accordée à l'employée au cours de l'année où survient son vingtième (20e) anniversaire d'entrée en service, et tous les cinq (5) ans par la suite. Les congés supplémentaires doivent être pris au cours de l'année de congé annuel où survient la date anniversaire. La présente disposition s'applique aux employées en poste le 31 août 1989. Elle ne s'applique pas aux employées engagées après le 31 août 1989.

[11] Lors du rejet de la demande de congé, Nor-Man a informé Mme Plaisier que son « anniversaire d'entrée en service » visé à l'art. 1105 ne pouvait être fondé sur une date antérieure au 30 mai 1999, date à laquelle elle avait commencé à accumuler de l'ancienneté. Suivant la convention collective, ses périodes d'emploi à titre occasionnel ne comptaient

on Ms. Plaisier's eligibility for a bonus week of vacation.

[12] Since 1988, Nor-Man had consistently applied arts. 1104 and 1105 according to the "seniority date" of its employees. And the Union had never challenged this practice until Ms. Plaisier's grievance — some twenty years and at least five collective agreements later.

III

[13] Ms. Plaisier's grievance went to arbitration under *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10 ("*LRA*"), before a sole arbitrator, R. A. Simpson. Two main issues were dealt with at the grievance arbitration: (1) What is the correct interpretation of arts. 1104 and 1105 of the collective agreement? and (2) Is the Union estopped from asserting its rights accordingly? ([2008] M.G.A.D. No. 30 (QL)).

[14] On the first issue, the arbitrator endorsed the Union's interpretation of arts. 1104 and 1105. He explained his conclusion this way:

> Length of employment is not necessarily synonymous with seniority, but is the period of time during which the employee has been continuously employed by the employer. . . . There are employment settings where each casual engagement may reflect a new employment relationship. There are employment settings where a change in status to or from casual and permanent will cause a break in the employment relationship. Here, no such break occurs. . . . Although there have been many changes in [Ms. Plaisier's] status throughout her career, she has been employed by the Employer since July 12, 1988. That would be her employment date for determining length of employment and anniversary of employment under Articles 1104 and 1105 of the Collective Agreement. [para. 89]

[15] After concluding that the Union's interpretation of arts. 1104 and 1105 was correct, the arbitrator declined to enforce them accordingly.

pas dans le calcul de l'ancienneté. Selon Nor-Man, elles ne comptaient donc pas pour les années de service ouvrant droit à la semaine de congé supplémentaire.

[12] Depuis 1988, Nor-Man avait toujours appliqué les art. 1104 et 1105 en se fondant sur la « date d'ancienneté » de ses employés. Le Syndicat n'avait jamais contesté cette pratique avant le dépôt du grief de M^me^ Plaisier, quelque vingt ans et au moins cinq conventions collectives plus tard.

III

[13] Le grief de M^me^ Plaisier a été soumis à un arbitre, R. A. Simpson, conformément à la *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10 (« *Loi* »). Deux questions principales ont été examinées lors de l'arbitrage du grief : (1) Comment les art. 1104 et 1105 de la convention collective devaient-ils être interprétés? (2) Le Syndicat était-il préclus de faire valoir cette interprétation en l'espèce? ([2008] M.G.A.D. No. 30 (QL)).

[14] En ce qui concerne la première question, l'arbitre a accepté l'interprétation des art. 1104 et 1105 proposée par le Syndicat et il a expliqué sa conclusion en ces termes :

> [TRADUCTION] La durée d'emploi n'est pas forcément synonyme d'ancienneté, mais représente la période ininterrompue pendant laquelle l'employé a été au service de l'employeur. [. . .] Dans certains milieux de travail, chaque période d'emploi à titre occasionnel correspond à une nouvelle relation d'emploi; dans d'autres, un changement de statut — d'employé occasionnel à employé permanent, ou vice versa — interrompt la relation d'emploi. En l'espèce, il n'y a eu aucune interruption de ce genre. [. . .] Bien que le statut [de M^me^ Plaisier] ait changé maintes fois au cours de sa carrière, elle est au service de l'Employeur depuis le 12 juillet 1988. Cette date constitue sa date d'entrée en service aux fins de la détermination de la durée de son emploi et de sa date anniversaire d'entrée en service pour l'application des articles 1104 et 1105 de la Convention collective. [par. 89]

[15] Après avoir conclu que l'interprétation des art. 1104 et 1105 proposée par le Syndicat était la bonne, l'arbitre a refusé d'en ordonner l'application en conséquence.

[16] On this branch of the grievance, the arbitrator reasoned as follows:

> Having regard to the Statement of Agreed Facts, the accompanying exhibits, and the viva voce testimony, the Employer's practice has been long standing, consistent, and open. All employees were made aware of the practice through the annual Employees Confirmation of Vacation Sheets, and all employees and the Union were made aware of the practice through the annual Seniority Reports, both provided and posted. Questions pertaining to the practice have been asked and answered. If the Union was not aware, it certainly ought to have been aware of the Employer's application of Articles 1104 and 1105. It would be unfair to permit the Union to enforce its interpretation of Articles 1104 and 1105. The Employer was entitled to assume that the Union had accepted its practice, and to rely on that acceptance in not seeking to negotiate a change or to exercise a right to effect a service break with a change in employment status. [para. 96]

[17] The arbitrator cited with approval two arbitral precedents in which the doctrine of estoppel was similarly applied in a labour relations context (*Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL) (Arbitrator Graham) ("*Agassiz*"), and *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173 (Arbitrator Peltz) ("*Murdock*")).

[18] In both instances, the employer was found by the arbitrator to have applied the relevant clauses of its collective agreement incorrectly — in *Agassiz*, for at least twenty-five years; in *Murdock*, for at least three. And in both instances, estoppel was imposed against the union for reasons that in essence mirror the arbitral award in this case.

[19] Both arbitrators were alive to the foundational principles of estoppel. Essentially, they both found that the union was fixed with knowledge — constructive, if not actual — of the employer's mistaken application of the disputed clauses throughout the relevant time; that the union's silence

[16] Sur ce volet du grief, l'arbitre a tiré les conclusions suivantes :

> [TRADUCTION] L'énoncé conjoint des faits, les pièces jointes et les témoignages de vive voix révèlent que cette pratique de l'Employeur est appliquée depuis longtemps, systématiquement et ouvertement. Cette pratique a été révélée à tous les employés, grâce aux Relevés de confirmation des congés des employés produits annuellement, ainsi qu'à tous les employés et au Syndicat, grâce aux rapports d'ancienneté annuels, distribués et affichés. Des questions ont été posées et des réponses ont été fournies relativement à cette pratique. Si le Syndicat n'était pas au courant de la façon dont l'Employeur appliquait les articles 1104 et 1105, il aurait certainement dû l'être. Il serait inéquitable de permettre au Syndicat d'imposer son interprétation des articles 1104 et 1105. L'Employeur était en droit de présumer que le Syndicat avait accepté sa pratique et d'agir sur la foi de cette acceptation en s'abstenant de négocier une modification ou d'exercer le droit de décider qu'un changement de statut de l'employé entraîne une interruption de service. [par. 96]

[17] L'arbitre a cité et approuvé deux précédents dans lesquels un arbitre a appliqué de manière similaire la doctrine de la préclusion dans le contexte des relations du travail (*Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL) (arbitre Graham) (« *Agassiz* »), et *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173 (arbitre Peltz) (« *Murdock* »)).

[18] Dans ces deux cas, l'arbitre a conclu que l'employeur en cause avait appliqué incorrectement les dispositions pertinentes de la convention collective — pendant au moins vingt-cinq ans dans *Agassiz*, et pendant au moins trois ans dans *Murdock* — et que la préclusion l'empêchait de donner gain de cause au syndicat, pour des motifs correspondant essentiellement à ceux sur lesquels repose la sentence arbitrale dont nous sommes ici saisis.

[19] Les deux arbitres étaient au fait des principes fondamentaux de la préclusion. Essentiellement, ils ont tiré les conclusions suivantes : le syndicat avait connaissance — de droit, sinon de fait — de la façon incorrecte dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses de la convention collective pendant

amounted to acquiescence in the employer's practice; that this sufficiently fulfilled the intention requirement of estoppel; that the employer could reasonably rely on the union's acquiescence; that the employer's reliance was to its detriment; and that all of this had the effect of altering the legal relations between the parties.

[20] Thus, in *Murdock*, the arbitrator first reviewed in detail the essential elements of an estoppel, its effects, and the arbitral award in *Agassiz*. He then concluded as follows:

> . . . there was a representation by silence in this case, sufficient to meet the test for an equitable estoppel and barring the Union from asserting its strict legal rights under Article 15.03(a) of the collective agreement. While the Union did not know about the practice, it had constructive or imputed notice. Under all the circumstances, it would be inequitable to allow the Union to enforce its rights against the Employer after a period of acquiescence which extended into collective bargaining. [p. 192]

[21] The arbitrator in this case applied *Agassiz* and *Murdock* to the facts as he found them and, as I have already mentioned, imposed an estoppel against the Union. This estoppel was to terminate upon the expiry of the collective agreement, on March 31, 2010.

[22] The Union's application for judicial review was dismissed in the Manitoba Court of Queen's Bench, where Bryk J. held that the appropriate standard of review was reasonableness. In his view, this followed from the existence of a privative clause in the *LRA* and the nature of the disputed issue — a mixed question of fact and law that was neither of central importance to the legal system as a whole nor beyond the expertise of the arbitrator.

[23] Bryk J. then concluded that the arbitrator's decision was not unreasonable. He found that it was intelligible, justifiable and "f[ell] within a range of

toute la période pertinente; le silence du syndicat valait acquiescement à la pratique de l'employeur; cela suffisait pour établir l'intention requise pour qu'il y ait préclusion; l'employeur pouvait raisonnablement agir sur la foi de l'acquiescement du syndicat; l'employeur a agi sur la foi de celui-ci à son détriment. L'ensemble de ces éléments, selon les arbitres, avait pour effet de modifier les relations juridiques entre les parties.

[20] Ainsi, dans *Murdock*, l'arbitre a d'abord passé en revue les éléments essentiels de la préclusion, ses effets et la sentence arbitrale prononcée dans *Agassiz*, puis il a tiré la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] . . . en l'espèce, une assertion a résulté du silence, qui suffisait pour répondre aux critères d'application de la préclusion en equity et empêchait le Syndicat d'exiger le respect strict des droits en common law que lui conférait l'alinéa 15.03a) de la convention collective. Même si le Syndicat n'était pas au courant de cette pratique, il en avait connaissance de droit ou imputée. Compte tenu de toutes ces circonstances, il serait inéquitable de permettre au Syndicat d'exiger le respect de ses droits de la part de l'Employeur après une période d'acquiescement qui s'est poursuivie pendant la négociation collective. [p. 192]

[21] En l'espèce, l'arbitre a appliqué les décisions *Agassiz* et *Murdock* à ses constatations de fait et, comme je l'ai déjà mentionné, il a opposé la préclusion au Syndicat. Cette préclusion devait prendre fin à l'expiration de la convention collective, le 31 mars 2010.

[22] La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le Syndicat. Le juge Bryk a statué que la norme de contrôle applicable était celle de la raisonnabilité, compte tenu de l'existence d'une clause privative dans la *Loi* et de la nature de la question en litige — une question mixte de fait et de droit qui ne revêtait pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui n'était pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre.

[23] Le juge Bryk a ensuite conclu que la décision de l'arbitre n'était pas déraisonnable. À son avis, elle était intelligible, justifiable et appartenait

possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47).

[24] The Manitoba Court of Appeal held that Bryk J. had erred in applying the reasonableness standard of review to the arbitrator's finding of estoppel. In the court's view, correctness was the applicable standard since the arbitrator's finding of estoppel raised a question of law that was of central importance to the legal system as a whole and did not fall within the expertise of labour arbitrators (*Dunsmuir*, at paras. 55 and 60).

[25] The Court of Appeal then concluded that the arbitrator had misconstrued the doctrine of promissory estoppel. It held that promissory estoppel, as a matter of law, requires a finding that the promisor intended to affect its legal relations with the promisee. Yet here, the arbitrator had found only that the promisor (the Union) ought to have known how the promisee (Nor-Man) was calculating employees' vacation entitlements, and had made no finding as to the Union's intent.

[26] On this ground alone, the Court of Appeal set aside the arbitrator's finding of estoppel.

[27] For the sake of clarity, I pause here to mention that the arbitrator never mentioned "promissory estoppel". Nor did he purport to apply the doctrine of promissory estoppel as a matter of law. Rather, like the precedents on which he relied, the arbitrator simply referred to the remedy he awarded as an "estoppel".

[28] In fairness to the Court of Appeal, I acknowledge that the estoppel applied by the arbitrator resembles promissory estoppel more closely than any of the other estoppels identified by this Court in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R.

« aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47).

[24] La Cour d'appel du Manitoba a conclu que le juge Bryk avait fait erreur en appliquant la norme de contrôle de la raisonnabilité à la conclusion de l'arbitre selon laquelle il y avait préclusion. La cour estimait que la norme applicable était celle de la décision correcte, puisque la conclusion de l'arbitre au sujet de la préclusion mettait en jeu une question de droit qui revêtait une importance capitale pour le système de justice dans son ensemble et qui était étrangère au domaine d'expertise des arbitres en droit du travail (*Dunsmuir*, par. 55 et 60).

[25] La Cour d'appel a ensuite conclu que l'arbitre avait mal interprété la doctrine de la préclusion promissoire. Elle a déclaré que le concept juridique de la préclusion promissoire exige, de la part de l'auteur de la promesse, l'intention de modifier ses relations juridiques avec le destinataire de la promesse. Or, en l'espèce, l'arbitre avait simplement conclu que l'auteur de la promesse (le Syndicat) aurait dû connaître la méthode de calcul des congés annuels adoptée par le destinataire de la promesse (Nor-Man), sans tirer quelque conclusion que ce soit sur l'intention du Syndicat.

[26] Pour ce seul motif, la Cour d'appel a annulé la conclusion de l'arbitre selon laquelle il y avait préclusion.

[27] Par souci de clarté, je précise que l'arbitre n'a jamais mentionné la [TRADUCTION] « préclusion promissoire ». Il ne prétendait pas non plus appliquer le concept juridique de préclusion promissoire. Il a simplement utilisé le terme [TRADUCTION] « préclusion » pour désigner la réparation qu'il a accordée, comme cela avait été fait dans les précédents sur lesquels il s'est appuyé.

[28] En toute justice pour la Cour d'appel, je reconnais que la préclusion appliquée par l'arbitre tient plus de la préclusion promissoire que de tout autre type de préclusion recensé par la Cour dans *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53,

53, at para. 52. It nonetheless remains *an arbitral remedy* and not a strict application by the arbitrator of the doctrine of promissory estoppel applicable in courts of law.

IV

[29] The standard of review applicable in this case is governed by *Dunsmuir*.

[30] *Dunsmuir* makes clear that "[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review" (para. 57). A reviewing court should therefore first inquire "whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question" (*Dunsmuir*, at para. 62; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 24). Only where this "first inquiry proves unfruitful, [must courts] proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review" (*Dunsmuir*, at para. 62).

[31] Prevailing case law clearly establishes that arbitral awards under a collective agreement are subject, as a general rule, to the reasonableness standard of review.

[32] Stated narrowly, the issue on this appeal is whether the arbitrator's imposition of an estoppel brings his award within an exception to that general rule. Stated more broadly, the issue is whether arbitral awards that apply common law or equitable remedies are for that reason subject to judicial review for correctness.

[33] Stated either way, the issue comes before us squarely for the first time in this case. And, as we have seen, the courts below reached opposing conclusions as to the governing standard of review.

[34] In this light, I think it best to adhere, in substance if not in form, to the analytical template set out in *Dunsmuir* and adopted in *Smith*. This

par. 52. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'*une réparation fixée par un arbitre* et non de la doctrine de la préclusion promissoire telle qu'elle est appliquée par les tribunaux judiciaires.

IV

[29] La norme de contrôle applicable en l'espèce doit être déterminée suivant les principes établis dans *Dunsmuir*.

[30] L'arrêt *Dunsmuir* établit clairement qu'« [i]l n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). En effet, la cour de révision doit vérifier d'abord « si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, par. 62; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 24). C'est seulement lorsque « cette démarche se révèle infructueuse, [que le tribunal] entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle » (*Dunsmuir*, par. 62).

[31] La jurisprudence dominante établit clairement que, règle générale, les sentences arbitrales rendues en vertu d'une convention collective sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonnabilité.

[32] Définie étroitement, la question en litige est celle de savoir si la décision de l'arbitre fait exception à cette règle générale du fait qu'il a appliqué la préclusion. Définie largement, elle consiste à déterminer si les sentences arbitrales qui mettent en jeu des réparations de common law ou d'equity sont, de ce fait, assujetties au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[33] Peu importe la façon dont cette question est formulée, c'est la première fois qu'elle nous est soumise directement et, comme nous l'avons vu, les juridictions inférieures sont arrivées à des conclusions opposées sur la norme de contrôle applicable.

[34] Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'il vaut mieux utiliser — sur le plan du fond, si ce n'est de la forme — le cadre analytique établi

will serve to explain why reasonableness — not correctness — is the appropriate standard in cases such as this. And it will help to determine whether the award conforms to that standard.

V

[35] An administrative tribunal's decision will be reviewable for correctness if it raises a constitutional issue, a question of "general law 'that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise'", or a "true question of jurisdiction or *vires*". It will be reviewable for correctness as well if it involves the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paras. 58-61; *Smith*, at para. 26; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 ("*Toronto (City)*"), at para. 62, *per* LeBel J.).

[36] The standard of reasonableness, on the other hand, normally prevails where the tribunal's decision raises issues of fact, discretion or policy; involves inextricably intertwined legal and factual issues; or relates to the interpretation of the tribunal's enabling (or "home") statute or "statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (*Dunsmuir*, at paras. 51 and 53-54; *Smith*, at para. 26).

[37] In this case, the Court of Appeal held, as mentioned earlier, that correctness was the governing standard because, in its view, the issue involved a question of central importance to the legal system as a whole that was beyond the expertise of the arbitrator.

[38] With respect, I see the matter differently. Our concern here is with an estoppel imposed as a remedy by an arbitrator seized of a grievance in virtue of a collective agreement. No aspect of this remedy transforms it into a question of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's

dans *Dunsmuir* et adopté dans *Smith*. Cette façon de faire nous permettra d'expliquer pourquoi il convient d'appliquer la norme de la raisonnabilité, plutôt que celle de la décision correcte, aux instances semblables à celle-ci et nous aidera à déterminer si la sentence arbitrale respecte cette norme.

V

[35] La décision d'un tribunal administratif est assujettie à la norme de la décision correcte si elle soulève une question constitutionnelle; une question de « droit générale "à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre" »; une « question touchant véritablement à la compétence »; ou une question portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 58-61; *Smith*, par. 26; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (« *Toronto (Ville)* »), par. 62, le juge LeBel).

[36] En revanche, la norme de la raisonnabilité l'emporte généralement lorsque la décision du tribunal administratif touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique; lorsque les faits et le droit s'entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés; ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une « loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 51 et 53-54; *Smith*, par. 26).

[37] Rappelons que la Cour d'appel a conclu que la norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la décision correcte, parce que la question revêtait à son avis une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qu'elle était étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre.

[38] Avec égards, je ne suis pas du même avis. Nous sommes en présence d'une préclusion appliquée à titre de réparation par un arbitre saisi d'un grief en vertu d'une convention collective. Aucun aspect de cette réparation n'en fait une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et

specialized area of expertise" within the meaning of *Dunsmuir* (para. 60). It therefore cannot be said to fall within that established category of question — nor any other — subject to review for correctness pursuant to *Dunsmuir*.

[39] Moreover, the second step of the standard of review inquiry mandated by *Dunsmuir* — a contextual analysis — confirms that reasonableness, not correctness, is the appropriate standard of review.

[40] In proceeding to a contextual analysis, reviewing courts must remain sensitive to the tension between the rule of law and respect for legislatively endowed administrative bodies (*Dunsmuir*, at para. 27). Four non-exhaustive contextual factors have been identified in the jurisprudence to guide courts through this exercise: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purposes of the tribunal; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal (*Dunsmuir*, at para. 64).

[41] These contextual guideposts confirm that deference is appropriate in this case. As I noted earlier, they are of assistance as well in assessing the reasonableness of a contested arbitral remedy.

[42] As a starting point, it is well established that, as a general rule, reasonableness is the standard of review governing arbitral awards under a collective agreement: "This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference" (*Dunsmuir*, at para. 68).

[43] In this case, as we have seen, the Court of Appeal found that the arbitrator's imposition of an estoppel was an aspect of the award that fell outside the protected zone of deference. With respect, I disagree.

étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » au sens de l'arrêt *Dunsmuir* (par. 60). Par conséquent, elle ne saurait appartenir à cette catégorie — ni à quelque autre catégorie — déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte suivant l'arrêt *Dunsmuir*.

[39] En outre, la deuxième étape de l'examen relatif à la norme de contrôle exigé par *Dunsmuir* — une analyse contextuelle — confirme que c'est la norme de la raisonnabilité qui s'applique, et non celle de la décision correcte.

[40] En se livrant à une analyse contextuelle, la cour de révision doit demeurer sensible à la tension qui s'exerce entre la primauté du droit et le respect des organismes administratifs auxquels le législateur a conféré des pouvoirs (*Dunsmuir*, par. 27). La jurisprudence a relevé une liste non exhaustive de quatre facteurs contextuels pour guider les cours dans cet exercice : (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 64).

[41] Ces indicateurs contextuels confirment que la déférence est justifiée en l'espèce. Comme je l'ai mentionné précédemment, ils sont également utiles à l'appréciation du caractère raisonnable d'une réparation contestée fixée par un arbitre.

[42] Tout d'abord, il est bien établi que, règle générale, c'est la norme de la raisonnabilité qui s'applique aux sentences arbitrales prononcées en vertu d'une convention collective : « La Cour a maintes fois reconnu l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard » (*Dunsmuir*, par. 68).

[43] Dans la présente affaire, comme nous l'avons vu, la Cour d'appel était d'avis que l'application de la préclusion par l'arbitre était un aspect de sa décision qui ne faisait pas partie des questions qui commandent la déférence. Avec égards, je ne partage pas cet avis.

[44] Common law and equitable doctrines emanate from the courts. But it hardly follows that arbitrators lack either the legal authority or the expertise required to adapt and apply them in a manner more appropriate to the arbitration of disputes and grievances in a labour relations context.

[45] On the contrary, labour arbitrators are authorized by their broad statutory and contractual mandates — and well equipped by their expertise — to adapt the legal and equitable doctrines they find relevant within the contained sphere of arbitral creativity. To this end, they may properly develop doctrines and fashion remedies appropriate in their field, drawing inspiration from general legal principles, the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievances of which they are seized.

[46] This flows from the broad grant of authority vested in labour arbitrators by collective agreements and by statutes such as the *LRA*, which governs here. Pursuant to s. 121 of the *LRA*, for example, arbitrators and arbitration boards must consider not only the collective agreement but also "the real substance of the matter in dispute between the parties". They are "*not bound by a strict legal interpretation of the matter in dispute*". And their awards "provide a final and conclusive settlement of the matter submitted to arbitration".

[47] The broad mandate of arbitrators flows as well from their distinctive role in fostering peace in industrial relations (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487 ("*O.S.S.T.F., District 15*"), at para. 36; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 17).

[48] Collective agreements govern the ongoing relationship between employers and their employees, as represented by their unions. When disputes

[44] Certes, les doctrines de common law et d'equity émanent des tribunaux, mais il ne s'ensuit pas pour autant que les arbitres sont dépourvus du pouvoir légal ou de l'expertise nécessaires pour les adapter et les appliquer de façon plus judicieuse à l'arbitrage de différends et de griefs dans le contexte des relations du travail.

[45] Au contraire, les arbitres en relations du travail, grâce à leurs larges mandats légal et contractuel — et à leur expertise —, ont tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de common law et d'equity qu'ils estiment pertinentes dans les limites de leur sphère circonscrite de créativité. Ils peuvent à bon droit, à cette fin, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s'inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis.

[46] Cette latitude découle du large pouvoir conféré aux arbitres par les conventions collectives et les textes législatifs, comme la *Loi* qui s'applique dans le cas qui nous occupe. Par exemple, l'art. 121 de la *Loi* précise que l'arbitre ou le conseil d'arbitrage tient compte non seulement de la convention collective, mais également « de la substance réelle de la question en litige entre les parties ». Il « *n'est pas lié par une interprétation juridique stricte de la question en litige* », et sa sentence « règle de façon définitive et péremptoire la question soumise à l'arbitrage ».

[47] Le large mandat dont les arbitres sont investis découle également de leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles (*Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487 (« *F.E.E.E.S.O., district 15* »), par. 36; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 17).

[48] Les conventions collectives régissent les rapports incessants entre les employeurs et leurs employés, qui sont représentés par leurs syndicats.

arise — and they inevitably will — the collective agreement is expected to survive, at least until the next round of negotiations. The peaceful continuity of the relationship depends on a system of grievance arbitration that is sensitive to the immediate and long-term interests of both the employees and the employer.

[49] Labour arbitrators are uniquely placed to respond to the exigencies of the employer-employee relationship. But they require the flexibility to craft appropriate remedial doctrines when the need arises: Rigidity in the dispute resolution process risks not only the disintegration of the relationship, but also industrial discord.

[50] These are the governing principles of labour arbitration in Canada. Their purpose and underlying rationale have long been well understood by arbitrators and academics alike. More than 30 years ago, Paul C. Weiler, then Chairman of the British Columbia Labour Relations Board and now Professor Emeritus at Harvard University, underlined their importance in a dispute of particular relevance here. He explained in the following terms why the doctrine of estoppel must be applied differently in a grievance arbitration than in a court of law:

> . . . a collective bargaining relationship is quite a different animal. The union and the employer deal with each other for years and years through successive agreements and renewals. They must deal with a wide variety of problems arising on a day-to-day basis across the entire spectrum of employment conditions in the workplace, and often under quite general and ambiguous contract language. By and large, it is the employer which takes the initiative in making operational decisions within the framework of the collective agreement. If the union leadership does not like certain management actions, then it will object to them and will carry a grievance forward about the matter. The other side of that coin is that if management does take action, and the union officials are fully aware of it, and no objection is forthcoming, then the only reasonable inference the employer can draw is that its position is acceptable. Suppose the employer commits itself on that assumption. But the union later on takes a second look and

Lorsque surviennent des différends — et il en survient inévitablement —, on s'attend à ce que la convention collective survive, au moins jusqu'aux prochaines négociations. Le maintien harmonieux de cette relation repose sur un système d'arbitrage des griefs sensible aux intérêts immédiats et à long terme des employés et de l'employeur.

[49] Les arbitres en droit du travail sont particulièrement bien placés pour répondre aux exigences des relations entre employeur et employé. Ils ont toutefois besoin de la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige. En effet, un processus rigide de règlement des différends risque non seulement de provoquer la désintégration de la relation, mais également de troubler la paix industrielle.

[50] Voilà les principes qui régissent l'arbitrage en droit du travail au Canada. Leur objet et leur raison d'être sont depuis longtemps familiers aux arbitres et aux auteurs. Il y a plus de 30 ans, à l'époque où il présidait la commission des relations du travail de la Colombie-Britannique, Paul C. Weiler, aujourd'hui professeur émérite à l'Université Harvard, a souligné l'importance de ces principes dans un différend particulièrement pertinent en l'espèce. Il a expliqué en ces termes pourquoi la règle de la préclusion doit être appliquée différemment par un arbitre et une cour de justice :

> [TRADUCTION] . . . une relation régie par une convention collective est d'une tout autre nature. Le syndicat et l'employeur traitent l'un avec l'autre pendant des années, d'une convention et d'un renouvellement à l'autre. Ils doivent régler quotidiennement des problèmes très variés touchant l'éventail complet des conditions d'emploi, et ce, en appliquant des dispositions contractuelles souvent formulées en termes très généraux et ambigus. Dans la plupart des cas, les décisions opérationnelles prises dans le cadre de la convention collective procèdent de l'initiative de l'employeur. Si le syndicat n'approuve pas certaines décisions de la direction, il s'y opposera et présentera un grief. En revanche, dans le cas où le syndicat ne fait valoir aucune objection contre une mesure patronale dont il est pleinement conscient, la seule inférence raisonnable que l'employeur peut en tirer est que cette mesure est acceptable. Supposons que l'employeur décide d'agir sur la foi de cette inférence, mais que le syndicat réexamine la question par la suite,

feels that it might have a good argument under the collective agreement, and the union now asks the arbitrator to enforce its strict legal rights for events that have already occurred. It is apparent on its face that it would be inequitable and unfair to permit such a sudden reversal to the detriment of the other side. In the words of the Board in [*Corporation of the District of Burnaby and Canadian Union of Public Employees, Local 23*, [1978] 2 C.L.R.B.R. 99, at p. 103], "It is hard to imagine a better recipe for eroding the atmosphere of trust and co-operation which is required for good labour management relations, ultimately breeding industrial unrest in the relationship — all contrary to the objectives of the Labour Code" . . . .

(*Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307 (B.C.L.R.B.), at p. 320)

[51] Reviewing courts must remain alive to these distinctive features of the collective bargaining relationship, and reserve to arbitrators the right to craft labour specific remedial doctrines. Within this domain, arbitral awards command judicial deference.

[52] But the domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless. An arbitral award that flexes a common law or equitable principle in a manner that does not reasonably respond to the distinctive nature of labour relations necessarily remains subject to judicial review for its reasonableness.

[53] Other contextual factors favour judicial deference to labour arbitrators as they adopt and apply common law and equitable principles within their distinctive sphere: Section 128(2) of the *LRA* contains a privative clause in respect of labour arbitrators and boards of arbitration. They benefit from *institutional expertise* in resolving disputes arising under a collective agreement (*O.S.S.T.F., District 15*, at para. 37), even if they lack *personal expertise* in matters of law. *Dunsmuir* makes clear that, "at an institutional level, adjudicators . . . can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate,

conclue qu'il pourrait faire valoir un argument valable fondé sur la convention collective et demande à l'arbitre d'ordonner rétroactivement le respect strict de ses droits en common law. Il serait de toute évidence injuste et inéquitable de permettre ce revirement soudain, au détriment de l'autre partie. Pour reprendre les propos du Conseil dans l'affaire [*Corporation of the District of Burnaby and Canadian Union of Public Employees, Local 23*, [1978] 2 C.L.R.B.R. 99, p. 103], « [i]l est difficile d'imaginer meilleure recette pour miner le climat de confiance et l'esprit de collaboration essentiels à de saines relations patronales-syndicales et provoquer ultimement des turbulences dans les relations industrielles, ce qui va à l'encontre des objectifs du Code du travail » . . .

(*Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307 (B.C.L.R.B.), p. 320)

[51] Les cours de révision doivent demeurer sensibles à ces particularités des relations fondées sur la négociation collective et réserver aux arbitres le droit d'élaborer des doctrines à vocation réparatrice propres aux relations du travail. À l'intérieur de cette sphère, les sentences arbitrales commandent la déférence de la part des tribunaux.

[52] Cependant, la sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n'est nullement dépourvue de limites. La sentence arbitrale qui prête à un principe de common law ou d'equity une application qui n'est pas raisonnablement adaptée à la nature distinctive des relations du travail demeure forcément assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la raisonnabilité.

[53] D'autres facteurs contextuels militent en faveur de la déférence des cours de justice envers les arbitres qui adoptent et appliquent des principes de common law et d'equity à l'intérieur de la sphère d'activité qui leur est propre : le par. 128(2) de la *Loi* contient une clause privative qui protège les décisions des arbitres et des conseils d'arbitrage. Ces derniers bénéficient d'une *expertise institutionnelle* en ce qui concerne le règlement des conflits de travail sous le régime d'une convention collective (*F.E.E.E.S.O., district 15*, par. 37), même s'ils sont dépourvus d'une *expertise personnelle* en ce qui concerne les questions de droit. Il ressort

as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions" (para. 68 (emphasis added)).

VI

[54] The respondent argues that the flexible application of estoppel in the field of labour relations is a matter best left to the legislature. I would reject that submission. The requisite legislative authority already exists: It is *inherent* in the statutory scheme of the *LRA* and similar statutes across the country that labour arbitrators are already authorized — subject to the constraints I mentioned earlier (at para. 6) — to apply general legal principles flexibly in resolving disputes arising under collective agreements. More particularly, arbitrators have a "statutory mandate . . . to fit the principle of estoppel into the special setting and policy objectives of the world of industrial relations" (*Re Corporation of the City of Penticton*, at pp. 319-20).

[55] The respondent also argues that *Toronto (City)* stands for the proposition that a labour arbitrator's application of common law doctrines must be correct. In my view, it does not. As we have seen, the application of general rules or principles of law will not automatically be reviewed for correctness unless they raise legal issues "both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (*Toronto (City)*, at para. 62, *per* LeBel J.; *Dunsmuir*, at para. 60; *Smith*, at para. 26).

VII

[56] The labour arbitrator's imposition of estoppel in this case can hardly be considered unreasonable.

clairement de *Dunsmuir* que, « sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [. . .] possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils sont souvent appelés à appliquer dans l'exercice de leurs fonctions » (par. 68 (je souligne)).

VI

[54] Selon l'intimée, l'application souple de la préclusion aux relations du travail est une question qu'il vaut mieux laisser au législateur. Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir légal requis existe déjà : il découle *nécessairement* du régime établi par la *Loi*, et d'autres textes législatifs de même nature adoptés ailleurs au pays, que les arbitres en droit du travail sont déjà habilités — sous réserve des limites mentionnées précédemment (au par. 6) — à appliquer les principes juridiques généraux avec souplesse pour régler les différends dans l'application des conventions collectives. On a plus particulièrement confié aux arbitres le [TRADUCTION] « mandat légal [. . .] d'adapter le principe de la préclusion aux cadre et objectifs de politique générale particuliers du monde des relations industrielles » (*Re Corporation of the City of Penticton*, p. 319-320).

[55] L'intimée prétend également que l'arrêt *Toronto (Ville)* permet d'affirmer qu'un arbitre en droit du travail est tenu d'appliquer les doctrines de common law de façon correcte. Je ne suis pas de cet avis. Comme nous l'avons vu, l'application de règles ou de principes généraux de droit n'est pas automatiquement assujettie à la norme de la décision correcte, à moins qu'elle ne soulève des questions de droit « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d'expertise de l'arbitre » (*Toronto (Ville)*, par. 62, le juge LeBel; *Dunsmuir*, par. 60; *Smith*, par. 26).

VII

[56] En l'espèce, on peut difficilement qualifier de déraisonnable l'application de la préclusion par l'arbitre.

[57] As LeBel J. stated in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at para. 38, "[t]he concept of 'reasonableness' relates primarily to the transparency and intelligibility of the reasons given for a decision. But it also encompasses a quality requirement that applies to those reasons and to the outcome of the decision-making process". Similar guidance can be found in *Dunsmuir*, at para. 47.

[58] In my view, the labour arbitrator's reasons are not just transparent and intelligible, but coherent as well. They set out in detail the evidence, the submissions of the parties, and the arbitrator's own analysis. The arbitrator reviewed the decisions relied on by the parties, and he identified and applied the precedents he found relevant and persuasive. They are consistent with his decision, and his reasons are amply sufficient to explain why he imposed the remedy of estoppel in this case.

[59] With respect to substance, the respondent submits that the labour arbitrator did not make a factual finding that the Union intended to affect its legal relationship with Nor-Man, as required by the test for promissory estoppel laid down by this Court in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50, at p. 57.

[60] I would reject that submission as well. The question is not whether the labour arbitrator failed to apply *Maracle* to the letter, but whether he adapted and applied the equitable doctrine of estoppel in a manner reasonably consistent with the objectives and purposes of the *LRA*, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of Ms. Plaisier's grievance.

[61] I am satisfied that he did.

VIII

[62] For all of these reasons, I would allow the appeal with costs and restore the labour arbitrator's award in its entirety.

[57] Pour reprendre les propos du juge LeBel dans *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, par. 38, « [l]e concept de raisonnabilité de la décision s'entend d'abord de la transparence et de l'intelligibilité des motifs justifiant cette décision. Mais, il exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel ». L'arrêt *Dunsmuir*, au par. 47, va dans le même sens.

[58] À mon avis, les motifs de l'arbitre sont non seulement transparents et intelligibles, mais aussi cohérents. Dans ses motifs, l'arbitre a exposé en détail la preuve, les prétentions des parties et son analyse. Il a examiné les décisions invoquées par les parties et il a indiqué et appliqué les précédents qu'il jugeait pertinents et convaincants. Ces précédents appuient sa décision, et ses motifs expliquent amplement les raisons qui l'ont amené en l'espèce à appliquer la préclusion à titre de réparation.

[59] Sur le fond, l'intimée avance que l'arbitre a omis de tirer une conclusion de fait concernant l'intention du Syndicat de modifier ses relations juridiques avec Nor-Man, alors qu'il aurait dû le faire selon le test applicable à la préclusion promissoire établi par la Cour dans *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, p. 57.

[60] Je rejette également cette prétention. La question n'est pas de savoir si l'arbitre n'a pas appliqué l'arrêt *Maracle* à la lettre, mais s'il a adapté et appliqué la doctrine d'equity que constitue la préclusion d'une manière raisonnablement conforme aux buts et objectifs de la *Loi*, aux principes des relations du travail, à la nature du processus de négociation collective et au fondement factuel du grief de M^me^ Plaisier.

[61] Or, je suis convaincu qu'il l'a fait.

VIII

[62] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et de rétablir la sentence arbitrale en totalité.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Pitblado, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Inkster, Christie, Hughes, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Pitblado, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée : Inkster, Christie, Hughes, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Department of Human Resources and Social Development Canada and Commission de la santé et de la sécurité du travail *Respondents*

and

Rock Bruyère and Attorney General of British Columbia *Interveners*

Indexed as: Quebec (Attorney General) *v.* Canada (Human Resources and Social Development)

2011 SCC 60

File No.: 33511.

2011: February 15; 2011: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Federal paramountcy — Employment insurance — Recovery mechanism — Provincial statute providing that income replacement benefits received by injured worker exempt from seizure — Federal statute authorizing Employment Insurance Commission to issue requirement to pay in order to recover overpayments — Whether provincial provision constitutionally inoperative in relation to garnishment provided for in federal statute — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126(4) — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.

Crown law — Prerogatives — Immunity — Whether Employment Insurance Commission, as agent of Crown, protected by common law immunity, with result that s. 144 of Act respecting industrial accidents and occupational diseases inapplicable to federal Crown — Whether it is appropriate to consider doctrine of paramountcy

Procureur général du Québec *Appelant*

c.

Ministère des Ressources humaines et Développement social Canada et Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intimés*

et

Rock Bruyère et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Répertorié : Québec (Procureur général) *c.* Canada (Ressources humaines et Développement social)

2011 CSC 60

N° du greffe : 33511.

2011 : 15 février; 2011 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Prépondérance fédérale — Assurance-emploi — Mesure de recouvrement — Disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations de remplacement du revenu d'un accidenté du travail — Disposition législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi de faire une demande péremptoire de paiement pour recouvrer des sommes payées en trop — La disposition provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la saisie-arrêt prévue à la disposition fédérale? — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126(4) — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.

Droit de la Couronne — Prérogatives — Immunité — À titre de mandataire de la Couronne, la Commission de l'assurance-emploi bénéficie-t-elle d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles inapplicable à la Couronne fédérale? — Convient-il

before determining whether Crown immunity applies — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

Following an industrial accident, B received income replacement benefits from the Quebec Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST"). From November 2006 to August 2007, the CSST complied with a requirement to pay that the Canada Employment Insurance Commission ("Commission") had issued under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act* ("*EIA*") in order to recover employment insurance benefits B had received from the Commission but to which he was not entitled. B challenged the lawfulness of the remittance of the income replacement benefits on the ground that they were unseizable by virtue of s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* ("*AIAOD*"). The Superior Court found that the CSST had acted improperly, and ordered it to reimburse B. The Court of Appeal allowed the appeal and, finding that there was a conflict between the provincial and federal statutory provisions, declared s. 144 *AIAOD* to be inoperative in relation to requirements to pay issued under s. 126(4) *EIA*.

Held: The appeal should be dismissed.

The courts are not required to apply systematically the Crown immunity rule set out in s. 17 of the *Interpretation Act*. Where a case can be decided without recourse to this rule, the court should generally give preference to the other grounds raised by the parties. In the instant case, since it is possible to apply the paramountcy doctrine, that doctrine should be considered first.

Section 126(4) *EIA* is a permissive provision, and s. 144 *AIAOD* is a prohibitive provision. Compliance with one is not defiance of the other, so there is no operational conflict. There is, however, a conflict of purposes. In this regard, to determine whether a restriction imposed by a government at one level is compatible with an authorization granted by one at another level, it is necessary to consider the two provisions in their broader legislative context in order to identify the purpose being pursued by each of the legislatures. Parliament has, in enacting s. 126(4) *EIA*, chosen to give the Commission a freestanding positive right to require a third party to pay to the Receiver General any amount the third party owes a person who is liable to make a payment under the *EIA*, on account of that person's liability. The purpose of this measure is to ensure the integrity of the

d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de déterminer si la Couronne peut invoquer une immunité? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.

À la suite d'un accident du travail, B reçoit des prestations de remplacement du revenu de la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (« CSST »). De novembre 2006 à août 2007, la CSST obtempère à une demande péremptoire de paiement présentée par la Commission de l'assurance-emploi du Canada (« Commission ») en application du par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (« *LAE* ») pour recouvrer des prestations d'assurance-emploi versées par la Commission à B alors que celui-ci n'y avait pas droit. B conteste la légalité de la remise des prestations de remplacement du revenu, au motif que ces prestations sont insaisissables en vertu de l'art. 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (« *LATMP* »). La Cour supérieure déclare que la CSST a agi sans droit et lui ordonne de rembourser B. La Cour d'appel accueille l'appel et, concluant à l'existence d'un conflit entre la disposition législative provinciale et la disposition législative fédérale, elle déclare l'art. 144 *LATMP* inopérant à l'égard des demandes péremptoires de paiement présentées en vertu du par. 126(4) *LAE*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux ne sont pas tenus de recourir de façon systématique à la règle de l'immunité de la Couronne inscrite à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*. Lorsque le litige peut être résolu sans avoir recours à cette règle, les tribunaux devraient généralement privilégier les autres moyens soulevés par les parties. En l'espèce, la doctrine de la prépondérance fédérale est susceptible d'application et devrait donc être examinée en premier lieu.

Le paragraphe 126(4) *LAE* est une disposition permissive alors que l'art. 144 *LATMP* est une disposition prohibitive. L'observance de l'une n'entraîne pas l'inobservance de l'autre et il ne s'agit donc pas d'un conflit d'application. Il y a cependant une incompatibilité d'objectifs. À cet égard, la détermination de la compatibilité d'une restriction imposée par un ordre de gouvernement avec une faculté créée par un autre ordre requiert d'examiner les deux dispositions dans leur contexte législatif plus global afin de dégager le but poursuivi par chacun des législateurs. Au paragraphe 126(4) *LAE*, le Parlement a choisi de conférer à la Commission un droit positif et autonome, qui lui permet de requérir d'un tiers qu'il verse au receveur général toute somme que ce tiers doit à une personne qui est pour sa part tenue d'effectuer un versement en

employment insurance system by making it possible to recover amounts owed, including benefit overpayments, in a simple and summary fashion, without regard for the provincial rules respecting exemption from seizure. This purpose would be frustrated if the Commission were to comply with the provincial provision creating an exemption from seizure. The Attorney General of Quebec has failed to show that Parliament intended to require the Commission, in issuing a requirement to pay, to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure. The conflict between the two provisions is not merely apparent, but is indeed real. The provincial provision is therefore inoperative owing to a conflict of legislative purposes.

Cases Cited

Considered: *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; **referred to:** *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.
Constitution Act, 1867, s. 91(2A).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 38(2), 42(1), (2), 43, 45, 46, 65, 126(1) to (4).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1.1, 448.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 225(1), (5).
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 17.
Interpretation Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8, s. 14.

application de la *LAE*, pour imputation sur le versement en cause. L'objectif de cette mesure est d'assurer l'intégrité du régime d'assurance-emploi en permettant de recouvrer simplement et sommairement, sans égard aux règles provinciales relatives à l'insaisissabilité, des sommes dues notamment à la suite de prestations versées en trop. La réalisation de cet objectif serait contrecarrée si la disposition provinciale sur l'insaisissabilité était respectée. Le procureur général du Québec n'est pas parvenu à démontrer que le Parlement entendait assujettir la Commission à l'obligation de se conformer à la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu lorsqu'elle a recours à la demande péremptoire de paiement. Le conflit entre les deux dispositions n'est pas simplement apparent, il est bien réel. La disposition provinciale est donc inopérante en raison d'un conflit d'objectifs législatifs.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; **arrêts mentionnés :** *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Canada (Attorney General) c. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223.

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 14(1).
Interpretation Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-8, art. 14.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1, 17.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 225(1), (5).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 38(2), 42(1), (2), 43, 45, 46, 65, 126(1) à (4).
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1.1, 448.

Authors Cited

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.

McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada.* Toronto: University of Toronto Press, 1977.

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2011.* Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Morissette JJ.A.), 2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1, [2010] R.J.D.T. 1, [2009] J.Q. nº 14313 (QL), 2009 CarswellQue 11956, setting aside a decision of Bédard J., 2008 QCCS 1465, [2008] J.Q. nº 3011 (QL), 2008 CarswellQue 3026. Appeal dismissed.

Alain Gingras and *Benoît Boucher*, for the appellant.

Bernard Letarte and *Pierre Salois*, for the respondent the Department of Human Resources and Social Development Canada.

No one appeared for the respondent Commission de la santé et de la sécurité du travail.

No one appeared for the intervener Rock Bruyère.

Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal raises the issue of the interplay between a provincial statutory provision according to which provincial income replacement benefits received by an injured worker are exempt from seizure and a federal

Doctrine citée

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.

McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada.* Toronto : University of Toronto Press, 1977.

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2011.* Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Morissette), 2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1, [2010] R.J.D.T. 1, [2009] J.Q. nº 14313 (QL), 2009 CarswellQue 11956, qui a infirmé une décision du juge Bédard, 2008 QCCS 1465, [2008] J.Q. nº 3011 (QL), 2008 CarswellQue 3026. Pourvoi rejeté.

Alain Gingras et *Benoît Boucher*, pour l'appelant.

Bernard Letarte et *Pierre Salois*, pour l'intimé le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Personne n'a comparu pour l'intervenant Rock Bruyère.

Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre une disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations provinciales de remplacement du revenu d'un accidenté du travail et une disposition

statutory provision that authorizes the issuance by the Canada Employment Insurance Commission ("Commission") of a requirement to pay. For the reasons that follow, it is my opinion that the two provisions are in conflict and that the doctrine of federal paramountcy applies.

[2] The facts are not in dispute. Following an industrial accident, Rock Bruyère received income replacement benefits from the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST"). From November 1, 2006, to August 24, 2007, the CSST complied with a requirement to pay that the Commission had issued under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*EIA*"), in order to recover employment insurance benefits Mr. Bruyère had received from the Commission but to which he was not entitled. Mr. Bruyère challenged the lawfulness of the remittance of the income replacement benefits on the ground that they were unseizable by virtue of s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("*AIAOD*").

I. Judicial History

[3] Bédard J. of the Superior Court ruled in Mr. Bruyère's favour (2008 QCCS 1465 (CanLII) (*sub nom. Bruyère v. CSST*)). He found that the CSST had acted improperly. In his opinion, the determination of whether property is seizable falls within the exclusive jurisdiction of the provinces over property and civil rights. According to Bédard J., the federal paramountcy doctrine cannot apply in such a case. A federal provision will be paramount only where there is concurrent jurisdiction or an unoccupied field. He pointed out that s. 144 *AIAOD* is of public order and expressed the opinion that the CSST may not depart from it even if the federal Crown has a statutory right of seizure.

[4] The Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Morissette JJ.A. (2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1)) set aside the Superior Court's judgment, holding that there is a conflict between s. 144 *AIAOD* and s. 126(4) *EIA*. In its view, the

législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi du Canada (« Commission ») de faire une demande péremptoire de paiement. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il y a conflit entre les deux dispositions et que la doctrine de la prépondérance des lois fédérales s'applique.

[2] Les faits ne sont pas contestés. À la suite d'un accident du travail, M. Rock Bruyère reçoit des prestations de remplacement du revenu de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST »). Du 1er novembre 2006 au 24 août 2007, la CSST obtempère à une demande péremptoire de paiement présentée par la Commission en application du par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), pour recouvrer des prestations d'assurance-emploi versées par la Commission à M. Bruyère alors que celui-ci n'y avait pas droit. Ce dernier conteste la légalité de la remise des prestations de remplacement du revenu, au motif que ces prestations sont insaisissables en vertu de l'art. 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« *LATMP* »).

I. Historique judiciaire

[3] Le juge Bédard de la Cour supérieure rend jugement en faveur de M. Bruyère (2008 QCCS 1465 (CanLII) (*sub nom. Bruyère c. CSST*)). Il déclare que la CSST a agi sans droit. Selon lui, la détermination du caractère saisissable d'un bien relève de la compétence exclusive des provinces sur la propriété et les droits civils. Selon le juge Bédard, la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut s'appliquer dans un tel cas. Une disposition fédérale ne l'emporte que lorsqu'il est question de compétence mixte ou de champ inoccupé. Il souligne que l'art. 144 *LATMP* est d'ordre public et estime que la CSST ne peut y déroger, même dans l'hypothèse où la Couronne fédérale dispose d'un droit de saisie prévu par la loi.

[4] La Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Morissette (2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1)) infirme le jugement de la Cour supérieure. Elle conclut à l'existence d'un conflit entre l'art. 144 *LATMP* et le par. 126(4) *LAE*. La *LAE*

EIA confers on the Commission a right that is incompatible with the prohibition against seizure provided for in the *AIAOD*. The Court of Appeal also pointed out that it was open to Parliament to subject the federal enforcement measure to other federal social provisions and to provincial provisions creating exemptions from seizure, and that Parliament had done so in other contexts. Since Parliament did not intend to so limit the scope of s. 126(4) *EIA*, there is a conflict of intentions. For these reasons, the Court of Appeal declared s. 144 *AIAOD* to be inoperative in relation to requirements to pay issued under s. 126(4) *EIA*.

[5] The Attorney General of Quebec, who appeared in the Court of Appeal as an intervener, is appealing to this Court.

II. Constitutional Questions

[6] On June 29, 2010, the Chief Justice stated these two constitutional questions:

1. Is s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, constitutionally inapplicable to a garnishment under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23?

2. Is s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, constitutionally inoperative in relation to a garnishment under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23?

III. Positions of the Parties

[7] The Attorney General of Quebec does not dispute that it was open to Parliament to enact s. 126(4) *EIA* pursuant to the federal unemployment insurance power (s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*). But he submits that the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply, because s. 126(4) *EIA* does not fall within the core of the federal unemployment insurance power and because, in any event, the application of s. 144 *AIAOD* does not impair the core of the federal power. Moreover, in his view, the federal Crown's immunity would not entitle it to effect a seizure that is not authorized by s. 144 *AIAOD*. The Attorney General of Quebec

confère à la Commission un droit qui est incompatible avec la prohibition contre les saisies prévue par la *LATMP*. La Cour d'appel signale aussi que le Parlement a la possibilité d'assujettir la mesure d'exécution fédérale à d'autres dispositions sociales fédérales et à des dispositions provinciales d'insaisissabilité, et qu'il s'est prévalu de cette possibilité dans d'autres contextes. Comme le Parlement n'a pas voulu restreindre la portée du par. 126(4) *LAE*, il y a conflit d'intention. Pour ces motifs, la Cour d'appel déclare l'art. 144 *LATMP* inopérant à l'égard des demandes péremptoires de paiement présentées en vertu du par. 126(4) *LAE*.

[5] Le procureur général du Québec, qui a comparu à titre d'intervenant devant la Cour d'appel, interjette appel devant notre Cour.

II. Questions constitutionnelles

[6] Le 29 juin 2010, la Juge en chef a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il constitutionnellement inapplicable à l'égard d'une saisie-arrêt prévue au par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23?

2. L'article 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il constitutionnellement inopérant à l'égard d'une saisie-arrêt prévue au par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23?

III. Thèses des parties

[7] Le procureur général du Québec ne conteste pas que le par. 126(4) *LAE* pouvait être adopté par le Parlement en se fondant sur sa compétence en matière d'assurance-chômage (art. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Il soutient cependant que la doctrine de la protection des compétences exclusives (doctrine de l'exclusivité des compétences) ne s'applique pas, puisque le par. 126(4) *LAE* ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage et que, de toute façon, l'application de l'art. 144 *LATMP* n'entrave pas le contenu essentiel de la compétence fédérale. De plus, à son avis, l'immunité dont jouit

further argues that the federal and provincial provisions in issue are not incompatible, because it cannot be said that Parliament intended to exclude the application of the provincial measure.

[8] The Department of Human Resources and Social Development Canada ("Department") submits that the Commission, as an agent of the Crown, is protected by a common law immunity as a result of which s. 144 *AIAOD* is inapplicable to the federal Crown. The Department does not rely on the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity, but instead argues that, even if the provision in question were applicable despite the Crown's immunity, it would be inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy.

IV. Analysis

[9] The only issues are whether the provincial provision is applicable and whether it is operative. The Attorney General of Quebec submits that the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply in the instant case, but there is no need to address this question because the Department is not relying on that doctrine.

A. *Analytical Framework*

[10] The Department's position that the CSST must comply with the requirement to pay is supported by two arguments. The Department suggests, in accordance with the principle that the Court should not rule on constitutional arguments unless it is necessary to do so, that the issue of the common law immunity should be considered before that of paramountcy.

[11] At first glance, the Department's suggestion would appear to be based on the order in which the Court has often dealt with the issues now before it: *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97,

la Couronne fédérale ne permettrait pas à cette dernière de pratiquer une saisie qui ne serait pas autorisée par l'art. 144 *LATMP*. Par ailleurs, le procureur général du Québec plaide que les dispositions fédérale et provinciale en cause ne sont pas incompatibles, parce qu'on ne saurait prêter au Parlement l'intention d'exclure l'application de la mesure provinciale.

[8] Pour sa part, le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada (« Ministère ») avance que, à titre de mandataire de la Couronne, la Commission bénéficie d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 *LATMP* inapplicable à la Couronne fédérale. Le Ministère n'invoque pas la doctrine constitutionnelle de la protection des compétences exclusives. Il soutient plutôt que, même si la disposition était applicable en dépit de l'immunité dont jouit la Couronne, elle serait inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

IV. Analyse

[9] Seules l'applicabilité de la disposition provinciale et son opérabilité sont en litige. Le procureur général du Québec a soutenu que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'appliquait pas en l'espèce, mais il n'y a pas lieu de traiter de cette question car le Ministère ne s'appuie pas sur cette doctrine.

A. *Grille d'analyse*

[10] Le Ministère avance deux arguments au soutien de l'obligation de la CSST de se conformer à la demande péremptoire de paiement. Le Ministère suggère d'étudier la question de l'immunité reconnue par la common law avant celle de la prépondérance, suivant le principe que la Cour ne se prononce pas sur les moyens constitutionnels lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire.

[11] À première vue, la proposition du Ministère paraît être fondée sur l'ordre dans lequel la Cour a souvent abordé les questions de droit qui sont en litige : *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*,

at para. 9. If a statute is invalid, there is no point in enquiring into its applicability. And if a provincial provision is not applicable, there can be no question of a conflict with a federal provision that engages the doctrine of federal paramountcy. It is therefore logical to consider first whether a contested provision is valid, then whether it is applicable and, finally, whether it is operative. Thus, it would be appropriate to begin by considering the scope of Crown immunity, since it is a common law rule and since it relates to the applicability of the provision, before turning to the doctrine of federal paramountcy, which relates to the operability of the provision. This does not amount to a rule, however. Indeed, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, a majority of the Court held that arguments based on the paramountcy doctrine should be considered first, except where there are precedents that justify having recourse to the doctrine of interjurisdictional immunity to resolve the issue and that support a finding that the provision is inapplicable. This hierarchy was established as a matter of judicial policy (paras. 77-78).

[12] In my view, several reasons support considering the paramountcy doctrine before determining whether Crown immunity applies. First, the privilege of Crown immunity has been eroded somewhat. A more modern approach to the role of governments is reflected in numerous legislative amendments, in insolvency matters for example (see the historical discussion in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379). Two provinces, British Columbia and Prince Edward Island, have passed legislation to reverse the common law presumption that statutes are not binding on the Crown (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1); *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8, s. 14).

[13] Second, the exceptions to the Crown immunity rule are now so numerous that the current law

[1995] 2 R.C.S. 97, par. 9. Si une loi est invalide, il n'y a pas lieu de s'interroger sur son applicabilité. De même, si une disposition provinciale n'est pas applicable, elle ne peut entrer en conflit avec une disposition fédérale et ainsi à entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Il est donc logique d'étudier d'abord la validité d'une disposition en litige, puis son applicabilité et, enfin, son opérabilité. Ainsi, il conviendrait d'examiner en premier la portée de la règle de l'immunité de la Couronne, puisqu'elle relève de la common law et concerne l'applicabilité de la disposition — avant de se pencher sur la doctrine de la prépondérance fédérale qui s'intéresse au caractère opérant de la disposition. Il ne s'agit cependant pas d'une règle. D'ailleurs, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, une majorité des juges de la Cour a estimé que, sauf dans les cas où des décisions antérieures préconisent l'application de la doctrine de la protection des compétences exclusives à la question en litige et permettent de conclure à l'inapplicabilité de la disposition, les arguments fondés sur la doctrine de la prépondérance devaient être étudiés en premier lieu. Des motifs de politique judiciaire ont prévalu pour établir cette hiérarchie (par. 77-78).

[12] Plusieurs raisons m'incitent à dire qu'il convient d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de se demander si la Couronne peut invoquer une immunité. D'une part, on observe un certain effritement du privilège que constitue l'immunité de la Couronne. En effet, de nombreuses modifications législatives vont dans le sens d'une approche plus moderne à l'égard du rôle de l'État — c'est le cas notamment en matière d'insolvabilité (voir l'historique relaté dans *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379). Deux provinces, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard, ont légiféré pour renverser la présomption d'inopposabilité des lois à la Couronne prévue par la common law (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, par. 14(1); *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-8, art. 14).

[13] De plus, les exceptions à la règle de l'immunité de la Couronne sont maintenant si nombreuses

in this field is considered to be exceedingly complex. It is said that most of the techniques used to ensure that statutes apply to the Crown are uncertain in scope and unpredictable in their application. The immunity is considered to be broader than is necessary for governments to function properly (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at pp. 327 and 329).

[14] Finally, as is true of the doctrine of interjurisdictional immunity, the immunity rule has tended to benefit the federal Crown asymmetrically: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at pp. 271-75; see also C. H. H. McNairn, *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), at p. 42.

[15] Nearly 30 years ago, in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, Dickson J. (as he then was), aware of the difficulties inherent in the application of Crown immunity, wrote the following:

> The conceptual rationale underlying the doctrine of Crown immunity is obscure. . . . Why that presumption [of Crown immunity] should be made is not clear. It seems to conflict with basic notions of equality before the law. The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject. This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune. [p. 558]

(See also the reforms suggested by Hogg and Monahan in *Liability of the Crown*, at pp. 326-30, and P. W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 10-14 to 10-23, as well as the comments of McNairn, at pp. 21-22, and those of P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3rd ed. 2009), at pp. 1396-97.)

que l'état actuel de ce domaine du droit est qualifié d'excessivement complexe. La majorité des techniques utilisées pour faire en sorte que les lois s'appliquent à la Couronne sont vues comme ayant une portée incertaine et une application imprévisible. L'immunité est considérée comme plus généreuse que ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'État (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 327 et 329).

[14] Enfin, tout comme pour la doctrine de la protection des compétences exclusives, la règle de l'immunité a eu tendance à bénéficier de façon asymétrique à la Couronne fédérale : *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, p. 271-275; voir aussi C. H. H. McNairn, *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), p. 42.

[15] Conscient des difficultés inhérentes à l'application de l'immunité de la Couronne, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrivait ceci il y a près de 30 ans, dans *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551 :

> La raison d'être conceptuelle de la doctrine de l'immunité de l'État est obscure. [. . .] On ne peut dire avec certitude pourquoi il faut retenir cette présomption [d'immunité étatique]. Il semble y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État, puisque le Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit à première vue de l'immunité. [p. 558]

(Voir aussi les réformes suggérées par Hogg et Monahan dans *Liability of the Crown*, p. 326-330, et P. W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 1, p. 10-14 à 10-23, ainsi que les commentaires de McNairn, p. 21-22, et ceux de P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (3e éd. 2009), p. 1396-1397.)

[16] Although the courts cannot change the Crown immunity rule given that it is set out in s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, this does not mean that they are required to apply it systematically. Where a case can be decided without recourse to Crown immunity, the court should generally give preference to the other grounds raised by the parties. This is one such case, since it is possible to apply the paramountcy doctrine.

B. *Doctrine of Federal Paramountcy*

[17] In *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 64, the Chief Justice stated that the doctrine of federal paramountcy is applicable to two forms of conflict:

The first is operational conflict between federal and provincial laws, where one enactment says "yes" and the other says "no", such that "compliance with one is defiance of the other": *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, *per* Dickson J. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 155, La Forest J. identified a second branch of paramountcy, in which dual compliance is possible, but the provincial law is incompatible with the purpose of federal legislation: see also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 72; [*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86], at para. 84. Federal paramountcy may thus arise from either the impossibility of dual compliance or the frustration of a federal purpose: [*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188], at para. 14.

[18] In the case at bar, the Court of Appeal concluded that there is a conflict of intentions between the two provisions in issue (para. 7). But the Attorney General of Quebec challenges this conclusion on the ground that Parliament's intention could not have been to block the application

[16] Si, du fait que la règle de l'immunité de la Couronne est inscrite à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, les tribunaux ne peuvent la modifier, ils ne sont pas tenus pour autant d'y recourir de façon systématique. Lorsque le litige peut être résolu sans avoir recours à l'immunité de la Couronne, les tribunaux devraient généralement privilégier les autres moyens soulevés par les parties. Nous sommes en présence d'un tel cas en l'espèce : la doctrine de la prépondérance est susceptible d'application.

B. *La doctrine de la prépondérance des lois fédérales*

[17] Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 64, la Juge en chef précise que deux formes de conflit peuvent donner ouverture à l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales :

La première est le conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, où une loi dit « oui » et l'autre dit « non », de sorte que « l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, le juge Dickson. Dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155, le juge La Forest a relevé, pour le critère de la prépondérance, un deuxième volet selon lequel il est possible de se conformer aux deux textes même si la loi provinciale est incompatible avec l'objet de la loi fédérale : voir aussi *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 72; [*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86], par. 84. La règle de la prépondérance fédérale peut donc s'appliquer s'il est impossible de se conformer aux deux textes ou si la réalisation de l'objet d'une loi fédérale est entravée : [*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188], par. 14.

[18] En l'espèce, la Cour d'appel a estimé qu'il existait un conflit d'intention entre les deux dispositions litigieuses (par. 7). Le procureur général du Québec conteste cependant cette conclusion, au motif que l'intention du Parlement ne pouvait être d'empêcher l'application des lois provinciales

of provincial statutes that provide for exemptions from seizure. He emphasizes that such statutes are generally designed to protect a minimum level of resources. In his opinion, because Parliament has not clearly expressed an intention to exclude the application of provincial law, that law — s. 144 *AIAOD* in this case — applies by virtue of s. 8.1 of the *Interpretation Act.*

[19] Before I consider the Attorney General of Quebec's argument in greater detail, it will be helpful to reproduce the two provisions in issue:

An Act respecting industrial accidents and occupational diseases

144. Indemnities paid under this Act are unassignable, unseizable and nontaxable except the income replacement indemnity, up to 50% of which is seizable for alimentary debts.

At the request of the Minister of Employment and Social Solidarity, the Commission shall deduct from indemnities payable to a person under this Act the amount repayable under section 90 of the Individual and Family Assistance Act (chapter A-13.1.1). The Commission shall remit the amount thus deducted to the Minister of Employment and Social Solidarity.

It shall also, at the request of the Régie des rentes du Québec, deduct from the income replacement indemnity payable to a person under this Act, the amounts of disability pension or retirement pension paid to that person under the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9) which may be recovered under that Act. It shall pay the amounts so deducted to the Board.

Employment Insurance Act

126. (1) An amount or part of an amount payable under Part I, II or VII.1 that has not been paid may be certified by the Commission

(*a*) without delay, if in the opinion of the Commission the person liable to pay the amount is attempting to avoid payment; and

(*b*) in any other case, on the expiration of 30 days after the default.

(2) On production to the Federal Court, the resulting certificate shall be registered in the Court and when

en matière d'insaisissabilité. Il souligne que ces lois visent généralement à protéger des ressources minimales. Puisque le Parlement n'a pas exprimé clairement son intention d'en exclure l'application, le droit provincial, en l'occurrence l'art. 144 *LATMP*, s'appliquerait en conformité avec l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation.*

[19] Avant d'aborder plus en détail l'argument du procureur général du Québec, il est utile de reproduire le texte des deux dispositions en cause :

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles

144. Les indemnités versées en vertu de la présente loi sont incessibles, insaisissables et non imposables, sauf l'indemnité de remplacement du revenu qui est saisissable, jusqu'à concurrence de 50%, pour le paiement d'une dette alimentaire.

La Commission doit toutefois, sur demande du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale, déduire des indemnités payables à une personne en vertu de la présente loi le montant remboursable en vertu de l'article 90 de la Loi sur l'aide aux personnes et aux familles (chapitre A-13.1.1). La Commission remet le montant ainsi déduit au ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale.

Elle doit également, sur demande de la Régie des rentes du Québec, déduire de l'indemnité de remplacement du revenu payable à une personne en vertu de la présente loi, les montants de rente d'invalidité ou de la rente de retraite qui ont été versés à cette personne en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9) et qui sont recouvrables en vertu de cette loi. Elle remet les montants ainsi déduits à la Régie.

Loi sur l'assurance-emploi

126. (1) Une somme ou fraction de somme à payer en application de la partie I, II ou VII.1 et qui n'a pas été payée peut être certifiée par la Commission :

a) immédiatement, lorsque la Commission est d'avis que la personne qui doit payer cette somme tente d'éluder le paiement de cotisations;

b) sinon, trente jours francs après le défaut de paiement.

(2) Le certificat en cause est enregistré à la Cour fédérale sur production à celle-ci et il a dès lors la

registered has the same force and effect, and all proceedings may be taken, as if the certificate were a judgment obtained in the Court for a debt of the amount specified in the certificate plus interest to the day of payment as provided for in this Act.

(3) All reasonable costs and charges attendant on the registration of the certificate are recoverable in like manner as if they had been certified and the certificate had been registered under this section.

(4) If the Commission has knowledge or suspects that a person is or is about to become indebted or liable to make a payment to a person liable to make a payment under Part I, II or VII.1 or under subsection (7), it may, by a notice served personally or sent by a confirmed delivery service, require the first person to pay the money otherwise payable to the second person in whole or in part to the Receiver General on account of the second person's liability.

. . .

[20] As can be seen from the provisions themselves, the federal provision is permissive, and the provincial provision is prohibitive. Compliance with one is not defiance of the other (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191). It would be possible to comply with the more restrictive provision, the provincial one, by limiting the scope of the less restrictive provision, the federal one. There is not, therefore, an operational conflict. As a result, what must be determined in the case at bar is whether there is a conflict of purposes. In some cases, it can be seen from the legislative context that a permissive or restrictive provision of a federal statute has a purpose that is compatible with the purpose of the provincial legislation, but in others, the opposite is true. To determine whether the legislative purposes of the provisions are in conflict, it must be asked whether Parliament's purpose is compatible with that of the provincial legislature. To guide this analysis, it will be helpful to review certain of this Court's decisions.

[21] The Attorney General of Quebec urges the Court to draw an analogy with the facts of *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795. Three other cases are also relevant to the determination of whether

même force et le même effet et il permet d'intenter les mêmes procédures que s'il s'agissait d'un jugement obtenu devant ce tribunal pour une dette du montant qui y est spécifié majoré des intérêts prévus par la présente loi jusqu'à la date du paiement.

(3) Tous les frais et dépens raisonnables afférents à l'enregistrement du certificat sont recouvrables de la même manière que s'ils avaient été constatés par certificat enregistré en vertu du présent article.

(4) Lorsque la Commission sait ou soupçonne qu'une personne doit ou va bientôt devoir payer une dette ou verser une somme à une autre personne tenue d'effectuer un versement en application de la partie I, II ou VII.1 ou au titre du paragraphe (7), elle peut, par un avis signifié à personne ou expédié par service de messagerie, exiger qu'elle verse au receveur général, pour imputation sur le versement en cause, tout ou partie des fonds qui devraient autrement être payés à cette autre personne.

. . .

[20] À la lecture du texte des dispositions en cause, on constate que la disposition fédérale est permissive alors que la disposition provinciale est prohibitive. L'observance de l'une n'entraîne pas l'inobservance de l'autre (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191). On pourrait se conformer à la disposition la plus restrictive, soit la disposition provinciale — en restreignant la portée de la disposition moins restrictive, soit la disposition fédérale. Il ne s'agit donc pas d'un conflit d'application. Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il y a une incompatibilité d'objet. Dans certains cas, l'examen du contexte législatif révèle qu'une disposition permissive ou restrictive prévue dans une loi fédérale poursuit un objectif compatible avec la législation provinciale, alors que parfois c'est l'inverse. Pour déterminer s'il y a un conflit d'objectifs législatifs, il faut se demander si le but poursuivi par le Parlement est compatible avec celui du législateur provincial. L'examen de quelques arrêts de la Cour est utile pour guider l'analyse.

[21] Le procureur général du Québec invite la Cour à établir une analogie avec les faits de l'arrêt *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795. Trois autres arrêts sont également pertinents pour décider de la

a permissive federal provision is compatible with a restriction imposed by a provincial provision: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; and *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113.

[22] In *Clarke*, the Court found that the prohibition against attaching federal pension benefits that was provided for in the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, was not inconsistent with the inclusion of those benefits in the property subject to division between spouses under the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9. The Court reached this conclusion because, in particular, the purpose of the statute that prohibited attachment was to protect not only Canadian Forces retirees but also their spouses. In addition, the protection from attachment was subject to the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, which included an exception for the enforcement of an order made to ensure the payment of financial support to a spouse. The two provisions in issue were held to be consistent, because the fact that the *Canadian Forces Superannuation Act* was subject to the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* showed that Parliament's intention was to ensure that "the financial needs of a recipient's family were not adversely affected by" the exemption from attachment (p. 832). *Clarke* shows that to determine whether a restriction imposed by a government at one level is compatible with an authorization granted by one at another level, it is necessary to consider the two provisions in their broader legislative context in order to identify the purpose being pursued by each of the legislatures. A federal provision that appears to be prohibitive may, upon consideration of its legislative purpose, prove to be compatible with a permissive provincial provision.

[23] In *Rothmans, Benson & Hedges*, a federal provision authorized exclusions, within certain limits, from a general prohibition on the promotion of tobacco products. A provincial provision imposed additional restrictions. The issue was

compatibilité d'une disposition fédérale permissive avec une restriction imposée par une disposition provinciale : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113.

[22] Dans l'arrêt *Clarke*, la Cour a conclu que la prohibition de saisir les prestations fédérales de pension établie par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, n'était pas incompatible avec l'inclusion de ces prestations dans les biens assujettis au partage entre conjoints prévu par la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9. La Cour a conclu ainsi notamment parce que la loi prévoyant l'insaisissabilité avait pour but de protéger non seulement les retraités des Forces canadiennes, mais aussi leur conjoint. De plus, la protection contre les saisies était assujettie à la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, qui créait une exception permettant l'exécution des ordonnances rendues pour assurer le soutien financier des conjoints. Les deux dispositions ont été jugées compatibles, parce que l'assujettissement de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* à la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* démontrait l'intention du Parlement de faire en sorte que l'insaisissabilité « n'ait pas d'effet néfaste sur les besoins financiers de la famille du prestataire » (p. 832). L'arrêt *Clarke* illustre bien que la détermination de la compatibilité d'une restriction imposée par un ordre de gouvernement avec une faculté créée par un autre ordre requiert d'examiner les deux dispositions dans leur contexte législatif plus global afin de dégager le but poursuivi par chacun des législateurs. Une disposition fédérale en apparence prohibitive peut, après examen de l'objectif législatif, s'avérer compatible avec une disposition provinciale permissive.

[23] Dans *Rothmans, Benson & Hedges*, une disposition fédérale permettait de déroger dans certaines limites à une interdiction générale de faire la promotion des produits du tabac. Une disposition provinciale imposait quant à elle des restrictions

whether the restrictive provincial provision was in conflict with the authorization granted by the federal legislation. The Court held that there was no inconsistency between the federal and provincial provisions, first because Parliament and the provincial legislature had the same purpose, namely to deal with the public health problem caused by tobacco use, and second because the authorization provided for in the federal statute did not create a freestanding right — or positive entitlement — to advertise (paras. 18-20). In that context, the provincial provision that restricted the access of persons under 18 years of age to premises where tobacco products were promoted could be applied without conflicting with the right created in the federal provision. *Rothmans, Benson & Hedges* shows that it is important, in deciding whether a provincial provision frustrates Parliament's purpose, to determine the exact scope of the right created in the federal provision.

[24] *Spraytech* is another decision in which a restriction — a municipal one in that case — was held to be compatible with a permissive federal provision. In *Spraytech*, some companies had been authorized, by a federal agency empowered to do so, to manufacture, distribute or use pesticides. They had also been authorized by a provincial agency to sell and use the products in question. However, the municipality had prohibited the aesthetic use of pesticides. The companies argued that the municipal prohibition was in conflict with the authorizations they had received from the provincial and federal agencies. The Court held that all the provincial legislation did was to establish a licensing scheme. As for the federal legislation, it concerned the registration of pesticides for purposes of manufacturing and use, not the use to which they could be put; in short, it was unrelated to the activity restricted by the municipality. The authorizations granted to the companies merely exempted them from the general prohibitions applicable to citizens who were not registered or did not hold permits to distribute or use pesticides. What this meant was that the federal authorization to distribute and use pesticides, which could be asserted to counter a general prohibition on those particular

additionnelles. Il s'agissait de déterminer si la disposition provinciale restrictive entrait en conflit avec la faculté accordée par la loi fédérale. La Cour a conclu que les dispositions fédérale et provinciale n'étaient pas incompatibles, parce que, d'une part, l'objectif du Parlement et celui de la législature provinciale étaient semblables, c'est-à-dire lutter contre le problème de santé publique causé par l'usage du tabac, et que, d'autre part, l'autorisation prévue par la loi fédérale ne constituait pas un droit autonome — ou positif — de faire de la publicité (par. 18-20). Dans ce contexte, la disposition provinciale restreignant l'accès des personnes de moins de 18 ans aux lieux où on faisait la promotion des produits du tabac pouvait s'appliquer sans entrer en conflit avec le droit conféré par la disposition fédérale. L'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* fait ressortir l'importance de déterminer avec précision la portée du droit conféré par une disposition fédérale pour décider si une disposition provinciale contrevient au but poursuivi par le Parlement.

[24] L'arrêt *Spraytech* est un autre cas où une restriction — municipale cette fois — a été jugée compatible avec une disposition fédérale permissive. Dans cette affaire, des entreprises avaient obtenu d'un organisme fédéral compétent l'autorisation de fabriquer, distribuer ou utiliser des pesticides. Elles avaient aussi obtenu d'un organisme provincial l'autorisation de vendre et d'utiliser les produits en question. Cependant, la municipalité prohibait l'utilisation de pesticides à des fins esthétiques. Les entreprises ont soutenu que l'interdiction municipale entrait en conflit avec les autorisations que leur avaient délivrées les autorités provinciale et fédérale. La Cour a jugé que la réglementation provinciale avait comme seul effet d'instaurer un régime de permis. Quant à la réglementation fédérale, elle portait sur l'agrément des pesticides aux fins de fabrication et d'usage, non sur l'utilisation qui pouvait en être faite; en somme, elle ne portait pas sur l'activité visée par la restriction imposée par la municipalité. Les autorisations détenues par les entreprises se limitaient à leur conférer le droit de déroger aux interdictions générales faites aux citoyens non agréés ou ne détenant pas de permis de distribuer ou d'utiliser des pesticides. Dans *Spraytech*, ce principe signifiait que

activities, was not negated by the prohibition on spreading pesticides for purely aesthetic purposes.

[25] In the above three cases, the purposes of the various governments were held to be compatible, but the Court reached the opposite conclusion in *Mangat*. That case concerned a federal statute that authorized aliens to be represented in immigration proceedings before certain administrative tribunals by persons who were not generally licensed to practise law. That authorization conflicted with the province's prohibition against practising law without a licence. Although it would technically have been possible for an alien to retain a lawyer and thus comply with both provisions, the provincial prohibition was in conflict with the positive right under the federal statute to be represented by a person who was not a lawyer. It had thus been shown that the federal legislative purpose of facilitating access to the immigration process for aliens was frustrated by the prohibitive provincial provision. That provision therefore had to yield to the federal provisions as a result of the doctrine of federal paramountcy.

[26] It is clear from these four cases that, to determine whether a conflict of purposes really exists, it is necessary to consider each of the provisions in issue in its context and to review its legislative purpose in order to clarify its scope.

[27] To identify Parliament's purpose in enacting s. 126(4) *EIA*, the Attorney General of Quebec suggests that this provision must be considered from the perspective that federal legislation generally favours the application of provincial legislation. Relying on s. 8.1 of the *Interpretation Act*, he argues that Parliament has consented to the application of the provincial rules respecting exemption from seizure, since it has not expressed an intention to exclude the application of provincial law for the purposes of s. 126(4) *EIA*. According to this

l'autorisation fédérale de distribuer et d'utiliser des pesticides, opposable aux interdictions générales de poser ces actes en particulier, n'était pas contrecarrée par l'interdiction d'épandre de tels produits à des fins purement esthétiques.

[25] Dans les trois affaires qui précèdent, les objectifs poursuivis par les différents ordres de gouvernement ont été jugés compatibles. La conclusion inverse a toutefois été tirée dans *Mangat*. Dans cette affaire, la loi fédérale autorisait les étrangers à se faire représenter devant certaines instances administratives en matière d'immigration par des personnes qui n'étaient généralement pas autorisées à pratiquer le droit. Cette faculté s'opposait à l'interdiction faite par la province d'exercer le droit sans y être autorisé. Même si les étrangers pouvaient techniquement se faire représenter par avocat et ainsi respecter les deux dispositions, l'interdiction provinciale entrait en conflit avec le droit positif, conféré par la loi fédérale, d'être représenté par une personne qui n'était pas un avocat. On avait ainsi démontré que l'objectif du législateur fédéral qui consistait à faciliter l'accès des étrangers au processus d'immigration était contrecarré par la disposition prohibitive provinciale. Cette disposition devait donc, en vertu de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, céder devant les dispositions fédérales.

[26] Ces quatre affaires montrent bien que, pour déterminer si un conflit d'objectifs existe réellement, il faut replacer les dispositions en cause dans leur contexte respectif et examiner les objectifs législatifs pour préciser la portée de ces dispositions.

[27] Afin de dégager le but que poursuivait le Parlement en adoptant le par. 126(4) *LAE*, le procureur général du Québec suggère de replacer cette disposition dans le contexte global de la législation fédérale favorisant l'application des lois provinciales. L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* permettrait selon lui de soutenir que le Parlement a consenti à l'application des règles provinciales sur l'insaisissabilité, puisqu'il n'a pas exprimé son intention d'exclure l'application du droit provincial pour les besoins du par. 126(4) *LAE*. Suivant cet argument,

argument, Parliament's purpose in authorizing the Commission to issue a requirement to pay cannot be to deprive claimants of the protection existing under the provincial provisions. The argument based on s. 8.1 of the *Interpretation Act* cannot succeed. Section 8.1 states that if in interpreting a federal provision it is necessary to refer to private law concepts, reference must be made to the law of the province in which the provision is to be applied: see P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 373. Here, the federal statute provides for a recovery mechanism, the requirement to pay. That mechanism does not require the application of private law concepts that make it necessary to refer to provincial law.

[28] The legislative context of the federal provision is nevertheless relevant. In the instant case, there is no exception in the *EIA* to the effect that Parliament intended to limit the requirement to pay mechanism to what is authorized by provincial legislation. And it is apparent from the purpose and scope of the federal measure that Parliament did not consent to the restriction imposed by the provincial provision.

[29] It is not enough to find that the purpose of the provincial provision is to protect a source of basic income and that this purpose is compatible with the purpose of employment insurance benefits. Parliament's purpose in making effective recovery mechanisms available to the Commission is to protect the integrity of the employment insurance system: *Canada (Attorney General) v. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223, at para. 32.

[30] There are several situations in which amounts must be repaid or paid under the *EIA* (see, for example, ss. 38(2), 43, 45, 46 and 65), and various measures are available for recovering such amounts. Thus, under s. 126(1) *EIA*, the Commission may certify that an amount is due and ask the Federal Court to register this certificate. A certificate produced to and registered in the Federal Court has the same force as a judgment of that court (s. 126(2)

l'objectif poursuivi en accordant à la Commission le droit de procéder par demande péremptoire ne pouvait être de priver les prestataires de la protection conférée par les dispositions provinciales. L'argument fondé sur l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation* ne peut être retenu. Cette disposition précise que, s'il est nécessaire d'avoir recours à des notions de droit privé pour appliquer une disposition fédérale, il faut se reporter au droit en vigueur dans la province où cette disposition doit être appliquée : voir P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), par. 1289. En l'espèce, la loi fédérale crée un mécanisme de recouvrement, la demande péremptoire. Ce mécanisme ne requiert pas l'application de notions de droit privé nécessitant le recours au droit provincial.

[28] Le contexte législatif de la disposition fédérale est cependant pertinent. En l'espèce, aucune exception prévue par la *LAE* ne démontre l'intention du Parlement de limiter le mécanisme de la demande péremptoire de paiement en fonction de ce qu'autorise la loi provinciale. De plus, il ressort de l'objectif et de la portée de la mesure fédérale que le Parlement n'a pas consenti à la restriction imposée par la disposition provinciale.

[29] Il ne suffit pas de constater que la disposition provinciale a pour objectif de protéger une source de revenu de base et que cet objectif est compatible avec celui poursuivi par les prestations d'assurance-emploi. Le but poursuivi par le Parlement en mettant à la disposition de la Commission des mesures de recouvrement efficaces est la protection de l'intégrité du régime d'assurance-emploi : *Canada (Attorney General) c. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223, par. 32.

[30] Il existe plusieurs situations où des sommes doivent être remboursées ou payées en vertu de la *LAE* (voir, par exemple, le par. 38(2) et les art. 43, 45, 46 et 65), et ces sommes peuvent être recouvrées en ayant recours à diverses mesures. Ainsi, en vertu du par. 126(1) *LAE*, la Commission peut certifier qu'une somme est due et demander à la Cour fédérale d'enregistrer ce certificat. Le certificat produit et enregistré à la Cour fédérale a la même force

EIA). The procedure for enforcing Federal Court judgments is set out in the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Rule 1.1 states that the Rules apply to proceedings in the Federal Court. Rule 448 provides that an officer of the court who is responsible for executing a writ must apply provincial law (see B. J. Saunders, D. J. Rennie and G. Garton, *Federal Courts Practice 2011* (2010), at p. 345). This means that the Commission must follow the applicable provincial procedure if it wishes to enforce the certificate, and is therefore subject to the rules respecting exemption from seizure. This is a case in which federal law explicitly provides for the co-ordination of federal and provincial provisions.

[31] There are other provisions under which federal law is expressly subject to provisions that establish exemptions from seizure. For example, s. 225(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), establishes a summary procedure for seizing the goods and chattels of a person who has failed to pay an amount as required by that Act. Despite the fact that a special procedure is expressly provided for in the *Income Tax Act*, s. 225(5) states that provincial exemptions from seizure are applicable.

[32] The differences between the procedures provided for in s. 126(1) and s. 126(4) *EIA* become apparent when the two procedures are compared. The procedure under s. 126(4) is autonomous, since it can be applied without reference to other federal rules or to provincial law. It requires nothing more than the issuance of a notice by the Commission, and that notice is sufficient to effect what amounts to garnishment. If Parliament has created two separate procedures, one of which is subject to provincial law while the other is not, it must be understood to have intended the second procedure to be independent of provincial law. The Commission has been granted a freestanding positive right to proceed by way of a requirement to pay rather than by way of seizure.

[33] That Parliament intended the requirement to pay mechanism to be independent of the

qu'un jugement de cette cour (par. 126(2) *LAE*). Pour connaître la procédure d'exécution des jugements de la Cour fédérale, il faut se reporter aux *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. L'article 1.1 de ces règles indique que celles-ci s'appliquent aux instances devant la Cour fédérale. La règle 448 précise que l'auxiliaire de justice chargé de l'exécution d'un bref doit appliquer le droit provincial (voir B. J. Saunders, D. J. Rennie et G. Garton, *Federal Courts Practice 2011* (2010), p. 345). En conséquence, la Commission doit respecter la procédure provinciale applicable lorsqu'elle veut faire exécuter le certificat et elle est donc assujettie aux règles relatives à l'insaisissabilité. Il s'agit d'un cas où le droit fédéral prévoit explicitement la coordination des dispositions fédérales et provinciales.

[31] D'autres dispositions prévoient expressément l'assujettissement du droit fédéral à certaines dispositions concernant l'insaisissabilité. Par exemple, le par. 225(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), instaure une procédure sommaire de saisie des biens meubles d'une personne qui n'a pas payé un montant exigible en vertu de cette loi. Même si une procédure particulière est expressément prévue à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le par. 225(5) rend applicables les exemptions provinciales en matière de saisie.

[32] La comparaison entre les procédures prévues au par. 126(1) et au par. 126(4) *LAE* met en relief leurs différences. La seconde est autonome en ce que son application ne dépend ni d'autres règles fédérales ni du droit provincial. Elle repose uniquement sur la délivrance, sans autre formalité, d'un avis par la Commission. Cet avis est suffisant pour opérer ce qui équivaut à une saisie-arrêt en mains tierces. Si le Parlement a établi deux procédures — l'une qui est assujettie au droit provincial et l'autre non — il faut y voir l'intention du législateur d'instaurer dans le second cas une procédure indépendante du droit provincial. Un droit positif autonome est ainsi conféré à la Commission, soit celui d'agir par voie de demande péremptoire plutôt que par voie de saisie.

[33] Le paragraphe 42(1) *LAE* apporte une confirmation additionnelle de l'intention du Parlement de

provincial rules respecting exemption from seizure is also confirmed by s. 42(1) *EIA*, which provides that employment insurance benefits are not to be assigned, charged, attached, anticipated or given as security. The protection of employment insurance benefits from seizure undoubtedly reflects a reality similar to the situation that must have prevailed at the time the provincial legislature enacted the provision exempting income replacement benefits from seizure. Nevertheless, the explicit protection afforded with respect to employment insurance benefits must yield to the Commission's right to recover an amount that is owed under the *EIA* (s. 42(2)). This shows that Parliament intended the government's interest in such a debt to override the need to protect individuals. It would be surprising if, even though Parliament has made an exception to the prohibition on attaching employment insurance benefits in order to authorize the recovery of amounts payable under the *EIA*, its intention was to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure.

[34] Moreover, I note that, in s. 144 *AIAOD*, the provincial legislature has itself made exceptions to the rule that income replacement benefits are unseizable. In the cases of last resort financial assistance and certain pension benefits, amounts owed may be recovered through a requirement to pay by means of a process similar to the one provided for in s. 126(4) *EIA*.

V. Conclusion

[35] The choice to give precedence to the integrity of the employment insurance system is a policy decision that falls within Parliament's authority and to which the Court must defer. The system's stability depends not only on sound management of the collection of premiums, but also on responsible management of the recovery of benefit overpayments. It must be remembered that the responsibility for financing the employment insurance system's social safety net is borne by all Canadian workers and employers.

faire de la demande péremptoire un mécanisme indépendant des règles provinciales relatives à l'insaisissabilité. Cette disposition précise en effet que les prestations d'assurance-emploi ne peuvent être cédées, grevées, saisies ou données en garantie. La protection de ces prestations contre les saisies répond sans nul doute à une réalité analogue à celle qui a immanquablement prévalu lors de l'adoption de la disposition provinciale concernant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu. Et pourtant, la protection explicite dont bénéficient les prestations d'assurance-emploi doit céder devant le droit de la Commission de recouvrer une somme qui est due en vertu de la *LAE* (par. 42(2)). Cela indique que, dans le cas d'une telle dette, le Parlement estime que l'intérêt de l'État prime le besoin individuel de protection. Il serait étonnant que le Parlement ait écarté l'insaisissabilité des prestations d'assurance-emploi pour permettre le recouvrement des sommes payables en vertu de la *LAE*, mais qu'il ait par ailleurs eu l'intention de respecter la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu.

[34] Je souligne d'ailleurs que le législateur provincial a lui-même prévu, à l'art. 144 *LATMP*, des exceptions à l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu dans le cas d'une aide financière de dernier recours et de certaines rentes. Dans de tels cas, le recouvrement de sommes dues peut se faire par voie de demande péremptoire de paiement, suivant un processus analogue à celui établi au par. 126(4) *LAE*.

V. Conclusion

[35] Le choix de faire primer l'intégrité du régime d'assurance-emploi constitue une décision de politique générale qui relève du Parlement et que la Cour doit respecter. L'équilibre du régime dépend non seulement d'une saine gestion de la perception des cotisations mais aussi d'une gestion responsable du recouvrement des prestations payées en trop. Car il convient de rappeler que le financement du filet social que représente le régime d'assurance-emploi repose sur l'ensemble des travailleurs et employeurs canadiens.

[36] I must therefore find that Parliament has, in enacting s. 126(4) *EIA*, chosen to give the Commission a freestanding positive right to require a third party to pay to the Receiver General any amount the third party owes a person who is liable to make a payment under the *EIA*, on account of that person's liability. The purpose of this measure is to ensure the integrity of the employment insurance system by making it possible to recover amounts owed under the *EIA*, including benefit overpayments, in a simple and summary fashion, without regard for the provincial rules respecting exemption from seizure. This purpose would be frustrated if the Commission were to comply with the provincial provision creating an exemption from seizure.

[37] The Attorney General of Quebec has failed to show that Parliament intended to require the Commission, in issuing a requirement to pay, to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure. The conflict between the two provisions is not merely apparent, but is indeed real. The provincial provision is therefore inoperative owing to a conflict of purposes.

[38] For all these reasons, I would dismiss the appeal. No requests for costs have been made.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Québec.

Solicitor for the respondent the Department of Human Resources and Social Development Canada: Department of Justice Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General, Victoria.

[36] Je dois donc constater que, au par. 126(4) *LAE*, le Parlement a choisi de conférer à la Commission un droit positif et autonome, qui lui permet de requérir d'un tiers qu'il verse au receveur général toute somme que ce tiers doit à une personne qui est pour sa part tenue d'effectuer un versement en application de la *LAE*, pour imputation sur le versement en cause. L'objectif de cette mesure est d'assurer l'intégrité du régime d'assurance-emploi en permettant de recouvrer simplement et sommairement, sans égard aux règles provinciales relatives à l'insaisissabilité, des sommes dues en vertu de la *LAE*, notamment à la suite de prestations versées en trop. La réalisation de cet objectif serait contrecarrée si la disposition provinciale sur l'insaisissabilité était respectée.

[37] Le procureur général du Québec n'est pas parvenu à démontrer que le Parlement entendait assujettir la Commission à l'obligation de se conformer à la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu lorsqu'elle a recours à la demande péremptoire de paiement. Le conflit entre les deux dispositions n'est pas simplement apparent, il est bien réel. La disposition provinciale est donc inopérante en raison d'un conflit d'objectifs.

[38] Pour tous ces motifs, je rejetterais l'appel. Aucuns dépens ne sont réclamés.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intimé le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada : Ministère de la Justice Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Victoria.

Information and Privacy Commissioner *Appellant*

v.

Alberta Teachers' Association *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, Information and Privacy Commissioner of British Columbia and B.C. Freedom of Information and Privacy Association *Interveners*

INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) *v.* ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION

2011 SCC 61

File No.: 33620.

2011: February 16; 2011: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Administrative law — Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).

Administrative law — Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or

Information and Privacy Commissioner *Appelant*

c.

Alberta Teachers' Association *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Information and Privacy Commissioner of British Columbia et B.C. Freedom of Information and Privacy Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) *c.* ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION

2011 CSC 61

N° du greffe : 33620.

2011 : 16 février; 2011 : 14 décembre.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).

Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou

reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.

The Information and Privacy Commissioner received complaints that the Alberta Teachers' Association ("ATA") disclosed private information in contravention of the Alberta *Personal Information Protection Act* ("*PIPA*"). At the time, s. 50(5) of *PIPA* provided that an inquiry must be completed within 90 days of the complaint being received unless the Commissioner notified the parties that he was extending the time period and he provided an anticipated date for completing the inquiry. The Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. Seven months later, an adjudicator delegated by the Commissioner issued an order, finding that the ATA had contravened the Act. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order. In argument, it claimed for the first time that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days of the complaint being received. The chambers judge quashed the adjudicator's decision on that basis. A majority of the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Although the timelines issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not automatically terminate the inquiry. The adjudicator's decision was subject to judicial review on a reasonableness standard and her decision was reasonable. The adjudicator's order should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider issues not dealt with and resolved in the judicial review.

A court has discretion not to undertake judicial review of an issue and generally will not review an issue that could have been, but was not, raised before the tribunal. However, in this case, the rationales for the general rule have limited application. The Commissioner has consistently expressed his views in other cases, so we have the benefit of his expertise. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged.

à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?

Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée a reçu des plaintes selon laquelle l'Alberta Teachers' Association (« ATA ») avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta (« *PIPA* »). Suivant le par. 50(5) de la *PIPA* alors en vigueur, l'enquête du commissaire devait prendre fin au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d'achèvement de l'enquête. Le commissaire n'a prorogé l'enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. Sept mois plus tard, la personne qu'il a déléguée a rendu une ordonnance dans laquelle elle concluait que l'ATA avait contrevenu à la Loi. L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance et fait valoir pour la première fois qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a annulé la décision de la déléguée pour ce motif. La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Même si la question de l'observation du délai n'a pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, cette dernière a conclu tacitement que l'omission de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis n'avait pas automatiquement mis fin à l'enquête. Au regard de la norme de contrôle de la décision raisonnable à laquelle elle est assujettie, la décision de la déléguée est raisonnable. L'ordonnance de la déléguée est rétablie, et l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

La cour de justice jouit du pouvoir discrétionnaire d'entreprendre ou non un contrôle judiciaire et, en règle générale, elle s'en abstient lorsque la question aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été. Toutefois, les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l'espèce. Le commissaire a exprimé son opinion dans d'autres décisions, ce qui donne accès à son expertise. Nul élément de preuve n'était requis pour trancher la question de l'observation du délai, et nul préjudice n'était allégué.

In the present appeal, the letter notifying the parties of the extension was sent after the expiration of 90 days. An inquiry was conducted and the adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review could only be decided in one of two ways — either the consequence of an extension was that the inquiry was terminated or not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated.

In this case, a reasonableness standard applied on judicial review. The Commissioner was interpreting his own statute and the question was within his specialized expertise. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, unless the question falls into a category of question to which the correctness standard continues to apply. The timelines question does not fall into such a category: it is not a constitutional question, a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals, a question of central importance to the legal system as a whole, nor a true question of jurisdiction or *vires*. Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow and it may be that the time has come to reconsider whether this category exists and is necessary to identify the appropriate standard of review. Uncertainty has plagued standard of review analysis for many years. The "true questions of jurisdiction" category has caused confusion to counsel and judges alike and without a clear definition or content to the category, courts will continue to be in doubt on this question. For now, it is sufficient to say that, unless the situation is exceptional, the interpretation by a tribunal of its home statute or statutes closely connected to its function should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. As long as the "true question of jurisdiction" category remains, a party seeking to invoke it should be required to demonstrate why the court should not review a tribunal's interpretation of its home statute on the standard of reasonableness.

The deference due to a tribunal does not disappear because its decision was implicit. Parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the

En l'espèce, les parties ont été informées par lettre de la prorogation du délai de 90 jours après l'expiration de celui-ci. La déléguée a mené l'enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l'ATA. La question soulevée par l'ATA lors du contrôle judiciaire ne pouvait appeler que l'une de deux conclusions possibles : soit la prorogation n'avait pas mis fin à l'enquête, soit elle y avait mis fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n'a pas automatiquement mis fin à l'enquête.

Dans la présente affaire, la décision était assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Le commissaire interprétait sa propre loi constitutive, et la question relevait de son expertise. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, la déférence est habituellement de mise, sauf si la question relève d'une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable. La question de l'observation du délai n'appartient pas à une telle catégorie : elle n'est pas de nature constitutionnelle, elle n'a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle ne touche pas véritablement à la compétence. L'expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence, et le temps est peut-être venu de se demander si cette catégorie existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Pendant de nombreuses années, l'incertitude a pesé sur l'analyse relative à la norme de contrôle. La catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » a semé la confusion tant chez les juges que chez les avocats et, sans une définition claire ni de précision quant à sa teneur, les cours de justice demeureront dans l'incertitude à ce sujet. Pour l'heure, il suffit d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. Tant que subsiste la catégorie des « véritables questions de compétence », la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif ne devrait pas s'effectuer au regard de la norme de la décision raisonnable.

Un tribunal administratif ne cesse pas d'avoir droit à la déférence parce que sa décision est implicite. Les parties ne sauraient, en omettant de soulever une

issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons. When the decision under review concerns an issue that was not raised before the decision maker, the reviewing court can consider reasons which could have been offered in support of the decision. When a reasonable basis for an implied decision is apparent, a reviewing court should uphold the decision as reasonable. In some cases, it may be that the reviewing court cannot adequately show deference without first providing the decision maker the opportunity to give its own reasons for the decision. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one.

Reasons given by a tribunal in other decisions on the same issue can assist a reviewing court in determining whether a reasonable basis for an implied decision exists. Other decisions by the Commissioner and the adjudicator have provided consistent analyses of the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ("*FOIPA*"). The Commissioner has held that a similar 90-day time limit in s. 69(6) applies only to his duty to complete an inquiry and not to extending time to complete an inquiry. His interpretation of s. 69(6) systematically addresses the text of that provision, its purposes, and the practical realities of conducting inquiries. His interpretation of s. 69(6) satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making.

It is reasonable to assume that the Commissioner's interpretations of s. 69(6) of *FOIPA* are the reasons of the adjudicator in this case. Both s. 50(5) of *PIPA* and s. 69(6) of *FOIPA* govern inquiries conducted by the Commissioner. They are identically structured and use almost identical language. It was reasonable for the adjudicator to apply the Commissioner's interpretation of s. 69(6) of *FOIPA* to s. 50(5) of *PIPA*. The interpretation does not render statutory requirements of notice meaningless. No principle of statutory interpretation requires a presumption that an extension must be granted before the expiry of the 90-day time limit simply because s. 50(5) is silent as to when an extension of time can be granted. The distinction between mandatory and directory provisions does not arise in this case because this is not a case of failure by a tribunal to comply with a legislative direction. Therefore, there exists a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case.

question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due à ce dernier. Lorsque la décision contestée porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur, la juridiction de révision peut prendre en compte les motifs qui auraient pu être donnés à l'appui. Lorsque la décision tacite a un fondement raisonnable manifeste, la juridiction de révision devrait la déclarer raisonnable et la confirmer. Il peut arriver parfois qu'une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d'abord au décideur administratif la possibilité d'exposer les motifs de sa décision. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une.

La juridiction de révision peut s'en remettre aux motifs d'autres décisions du tribunal administratif sur le même point pour décider si une décision implicite a un fondement raisonnable ou non. Dans d'autres décisions, le commissaire et ses délégués interprètent de manière constante le par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (« *FOIPA* »), dont le libellé est semblable. Le commissaire conclut que le délai apparenté de 90 jours prévu au par. 69(6) ne vise que l'achèvement de l'enquête, et non la prorogation du délai pour la mener à terme. Son interprétation du par. 69(6) aborde successivement le texte de la disposition, son objet et l'expérience du commissaire au chapitre de la tenue d'enquêtes. Elle satisfait également aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité du processus décisionnel administratif.

On peut certes présumer que les motifs du commissaire interprétant le par. 69(6) de la *FOIPA* sont repris par la déléguée en l'espèce. Le paragraphe 50(5) de la *PIPA* et le par. 69(6) de la *FOIPA* s'appliquent aux enquêtes du commissaire, ils sont conçus de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. La déléguée pouvait légitimement appliquer au par. 50(5) de la *PIPA* l'interprétation du par. 69(6) de la *FOIPA* par le commissaire. Pareille conclusion ne rend pas inutile l'obligation légale de donner un avis. Aucun principe d'interprétation législative n'établit de présomption voulant que la prorogation doive intervenir avant l'expiration du délai de 90 jours seulement parce que le par. 50(5) ne précise pas la période pendant laquelle le délai peut être prorogé. La distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives ne joue pas en l'espèce, car il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal administratif a omis de se conformer à une prescription du législateur. Par conséquent, la décision implicite de la déléguée avait une assise raisonnable.

Per Binnie and Deschamps JJ.: There is agreement with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework dictated by the Constitution and limited by their respective statutory mandates and it is the courts that determine the outer limits of those mandates. On the other hand, the notion of a "true question of jurisdiction or *vires*" is not helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision.

The middle ground lies in the more nuanced approach adopted in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, that if the issue relates to the interpretation and application of a tribunal's own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply. The expression "issues of general legal importance" means issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. "Reasonableness" is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense. The calibration will be challenging enough for reviewing judges without superadding an elusive search for something that can be labelled a true question of *vires* or jurisdiction.

On the other hand, Rothstein J.'s creation of a "presumption" based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. A simplified approach would be that if the issue before the reviewing court relates to the interpretation or application of a tribunal's "home statute" and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, the last word on questions of law should be left with the courts.

Per Cromwell J.: In this case the applicable standard of review is reasonableness. The Commissioner's power to extend time is granted in broad terms in the context

Les juges Binnie et Deschamps : Le juge Cromwell a raison d'affirmer que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que dicte la Constitution et que délimitent leurs mandats légaux respectifs, et ce sont les cours de justice qui déterminent la portée de ces mandats. Par contre, la notion de « question touchant véritablement à la compétence » ne se révèle pas utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s'immiscer dans une décision administrative donnée.

La démarche nuancée de la Cour dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, selon laquelle lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, constitue un compromis entre les points de vue qui s'opposent en l'espèce. Une « question de droit générale » s'entend d'une question dont le règlement n'importe pas seulement pour le régime législatif considéré. La « raisonnabilité » est une notion générale d'apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire étendu de choisir entre divers degrés d'examen, allant de celui relativement intense à celui qui l'est moins. Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire pour déterminer l'intensité de l'examen nécessaire sans qu'on leur demande en plus de rechercher un élément insaisissable susceptible d'être qualifié de question touchant véritablement à la compétence.

En revanche, la création par le juge Rothstein d'une présomption fondée sur des critères insuffisants ne fait qu'ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Suivant une démarche simplifiée, lorsque la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation ou à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l'expertise du décideur, et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà du régime législatif en cause, la Cour devrait se montrer déférente suivant la norme de la décision raisonnable. Sinon, il appartient à la cour de justice de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

Le juge Cromwell : La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Le pouvoir de prorogation est conféré au commissaire en

of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner's duty to administer and under which he is required to exercise many broadly granted discretions. The adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings. Courts have a constitutional responsibility to ensure that administrative action does not exceed its jurisdiction, but they must also give effect to legislative intent when determining the applicable standard of judicial review. The standard of review analysis identifies the limits of the legality of a tribunal's actions and defines the limits of the role of the reviewing court. When existing jurisprudence has not already satisfactorily determined the standard of review applicable to the case at hand, the courts apply several relevant factors. These factors allow the courts to identify questions that are reviewable on a standard of correctness. Elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its home statute will not often raise a jurisdictional question goes well beyond saying that deference will usually result where a tribunal's interpretation of its home statute is in issue. The terms "jurisdictional" and "*vires*" are unhelpful to the standard of review analysis but true questions of jurisdiction and *vires* do exist. There are legal questions in "home" statutes whose resolution legislatures do not intend to leave to the tribunal. As this Court's recent jurisprudence confirms, as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues. The fact that s. 50(5) of *PIPA* is in the Commissioner's home statute did not relieve the reviewing court of its duty to consider the argument that the provision was one whose interpretation the legislator intended to be reviewed for correctness, by examining the provision and other relevant factors.

Cases Cited

By Rothstein J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R.

termes généraux dans le contexte d'un régime législatif détaillé et très spécialisé qu'il lui incombe d'administrer et en application duquel il est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. Il convient de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire. Une cour de justice a l'obligation constitutionnelle de s'assurer que les actes de l'Administration n'outrepassent pas les limites de sa compétence, mais elle doit aussi tenir compte de l'intention du législateur lorsqu'elle détermine la norme de contrôle applicable. L'analyse relative à la norme de contrôle délimite la légalité des actes du tribunal administratif et circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante la norme de contrôle applicable à la décision, la cour de justice applique plusieurs considérations pertinentes. Ces considérations lui permettent de déterminer quelle décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Élever au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement une question de compétence va beaucoup plus loin qu'affirmer que la déférence est habituellement de mise envers un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive. L'emploi du mot « compétence » est inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle, mais les questions touchant véritablement à la compétence existent. Une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Comme le confirme la jurisprudence récente de la Cour, suivant le droit constitutionnel ou l'intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte. La présence du par. 50(5) de la *PIPA* dans la loi constitutive du commissaire ne soustrait pas la cour de justice siégeant en révision à son obligation de se pencher — par l'examen de la disposition et de toute autre considération pertinente — sur la thèse selon laquelle le législateur a voulu que le contrôle de l'interprétation de la disposition s'effectue selon la norme de la décision correcte.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec l'arrêt :** *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499,

311; **referred to:** *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, rev'g 2009 FCA 110, 389 N.R. 363, rev'g 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596; *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, aff'g 2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270, rev'g 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, aff'g *sub nom. Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, rev'g *sub nom. Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 434 A.R. 311; **arrêts mentionnés :** *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier c. Canada (Ministre des affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, inf. 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, inf. 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, conf. 2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270, inf. 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, conf. *sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, inf. *sub nom. Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service)*

79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41.

By Binnie J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; **referred to:** *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

By Cromwell J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 96.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(*a*).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, ss. 2(b), 69(6).

(Re), [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

Citée par le juge Binnie

Arrêts analysés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; **arrêts mentionnés :** *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 2b), 69(6).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4)*a*).

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, ss. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [rep. S.A. 2009, c. 50, s. 38].

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).

Mullan, David. "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

Mullan, David J. "The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?", in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 79.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter JJ.A.), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, affirming a decision of Marshall J. (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Appeal allowed.

Glenn Solomon, *Q.C.*, and *Rob W. Armstrong*, for the appellant.

Sandra M. Anderson and *Anne L. G. Côté*, for the respondent.

Written submissions only by *David Loukidelis*, *Q.C.*, *Veronica Jackson* and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *T. Murray Rankin*, *Q.C.*, and *Nitya Iyer*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Brent B. Olthuis and *Tam C. Boyar*, for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [abr. S.A. 2009, ch. 50, art. 38].

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto : Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).

Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

Mullan, David J. « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 79.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, qui a confirmé une décision du juge Marshall (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Pourvoi accueillli.

Glenn Solomon, *c.r.*, et *Rob W. Armstrong*, pour l'appelant.

Sandra M. Anderson et *Anne L. G. Côté*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *David Loukidelis*, *c.r.*, *Veronica Jackson* et *Deanna Billo*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *T. Murray Rankin*, *c.r.*, et *Nitya Iyer*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Brent B. Olthuis et *Tam C. Boyar*, pour l'intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals. This appeal provides an opportunity for this Court to address the question of how a court may give adequate deference to a tribunal when a party raises an issue before the court on judicial review, which was never raised before the tribunal and where, as a consequence, the tribunal provided no express reasons with respect to the disposition of that issue.

[2] The context in which this issue arises is the judicial review of a decision of an adjudicator delegated by the appellant, the Information and Privacy Commissioner ("Commissioner"), finding that the respondent, the Alberta Teachers' Association ("ATA"), had disclosed certain private information in contravention of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5 ("*PIPA*"). In response to a number of complaints about an ATA publication of private information, the Commissioner started an investigation. At the time, the Commissioner's enabling statute provided that an inquiry "must" be completed within 90 days of the complaint being received by the Commissioner, unless the Commissioner notifies the parties concerned that he is extending the period and provides an anticipated date for completing the inquiry (s. 50(5) *PIPA*). In dealing with the complaints against the ATA, the Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. The adjudicator delegated by the Commissioner subsequently issued an order against the ATA before the anticipated date for completion and 29 months after the initial complaint was made.

[3] The issue of compliance with statutory timelines was not raised before the Commissioner or

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. Le présent pourvoi offre à notre Cour l'occasion d'aborder la question de savoir de quelle manière il convient de déférer à la décision d'un tribunal administratif lorsque, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour de justice est saisie d'une question qui n'a pas été soulevée devant ce tribunal et sur laquelle ce dernier n'a donc pas rendu de décision expresse motivée.

[2] En l'espèce, le contrôle judiciaire visait la décision d'une personne déléguée par l'appelant, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée (« commissaire »), concluant que l'intimée, l'Alberta Teachers' Association (« ATA »), avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 (« *PIPA* »). Le commissaire avait examiné des plaintes relatives à la publication de renseignements privés par l'ATA. Suivant la loi habilitante alors en vigueur, l'enquête du commissaire [TRADUCTION] « prend fin » au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d'achèvement de l'enquête (par. 50(5) de la *PIPA*). Dans le cas des plaintes visant l'ATA, le commissaire n'a prorogé l'enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. La personne déléguée par le commissaire a subséquemment rendu une ordonnance défavorable à l'ATA avant la date prévue d'achèvement, mais 29 mois après le dépôt de la première plainte.

[3] L'inobservation du délai légal n'a été invoquée ni devant le commissaire ni devant sa déléguée.

the adjudicator. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order, arguing *inter alia* that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days. The chambers judge granted the ATA's application on this basis, quashing the adjudicator's decision ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). This decision was upheld by a majority of the Court of Appeal (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] The Commissioner now appeals to this Court. There are three questions at issue: First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the adjudicator's continuation and conclusion of the inquiry, despite the Commissioner having provided an extension after 90 days, survive judicial review?

[5] For the reasons that follow, I would find that the timelines issue was subject to judicial review. Although the issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, it was implicitly decided by both the Commissioner and the adjudicator, and there was no evidentiary inadequacy or prejudice to the parties in this case. The implied decision of the Commissioner to extend the time after 90 days as implicitly adopted by the delegated adjudicator was reviewable on a reasonableness standard and I conclude that the adjudicator's decision was reasonable. Accordingly, the Commissioner's appeal should be allowed and the adjudicator's order against the ATA reinstated.

I. Facts

[6] Between October 13 and December 2, 2005, ten individuals complained to the Office of the Information and Privacy Commissioner that the ATA disclosed their personal information, in contravention of *PIPA*. They alleged that the ATA did so by publishing their names together with a statement that they were no longer required to adhere to

L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance de la déléguée au motif, notamment, qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après son début, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a fait droit à la demande et annulé la décision de la déléguée ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] Le commissaire se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour, et trois questions sont en litige. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai de 90 jours après son expiration, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

[5] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le contrôle judiciaire pouvait porter sur l'observation du délai. En effet, le commissaire et sa déléguée se sont tacitement prononcés sur ce point même s'il n'a pas été soulevé devant eux, et il n'y a eu ni irrégularité sur le plan de la preuve, ni préjudice causé aux parties. La norme de contrôle de la raisonnabilité s'applique à la décision du commissaire tacitement entérinée par sa déléguée de proroger le délai après l'expiration des 90 jours impartis, et j'estime que la décision du commissaire était raisonnable. Par conséquent, le pourvoi du commissaire est accueilli, et l'ordonnance de sa déléguée visant l'ATA est rétablie.

I. Les faits

[6] Entre le 13 octobre et le 2 décembre 2005, dix personnes ont saisi le Commissariat de plaintes alléguant que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels les concernant, en contravention de la *PIPA*. Elles prétendaient en effet que l'ATA les avait identifiées dans sa publication intitulée *ATA News* en précisant qu'elles n'étaient plus

the ATA's Code of Professional Conduct in a publication called the "ATA News". The Commissioner's office informed the ATA on October 27, 2005, that it was conducting an investigation. On July 25, 2006, the investigation was concluded and a report was given to the complainants. Although the record is not clear, from their subsequent action, it would appear that the report was not satisfactory to the complainants.

[7] In September 2006, the complainants requested that an inquiry under *PIPA* be conducted. On February 7, 2007, the complainants were notified that their request was being processed. On May 17, 2007, the Commissioner issued a Notice of Inquiry setting out a deadline of June 11, 2007, for written submissions (subsequently extended to July 25, 2007), and of August 8, 2007, for rebuttals. Although the timing is not disclosed in the record, the Commissioner did delegate an adjudicator to conduct the inquiry and issue a decision.

[8] On *August 1, 2007*, the Commissioner wrote to the parties informing them that he was *extending the 90-day period* set out in s. 50(5) *PIPA* and provided an anticipated date for completion of February 1, 2009. On March 13, 2008, an order was issued by the Commissioner's delegated adjudicator. The adjudicator found that the ATA had disclosed the complainants' personal information contrary to ss. 7 and 19 *PIPA*. The issue of compliance with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA* was not raised before the adjudicator and the adjudicator's reasons did not expressly address this issue.

[9] On April 25, 2008, the ATA filed an originating notice for judicial review of the adjudicator's order. On judicial review, the adjudicator's decision was quashed on the basis that the Commissioner lost jurisdiction for failing to comply with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. By majority, the Court of Appeal upheld that decision.

II. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions, as they were worded at the relevant time, are:

assujetties au code de déontologie de l'association. Le 27 octobre 2005, le Commissariat a informé l'ATA qu'il examinait l'affaire. L'examen a pris fin le 25 juillet 2006, et un rapport a été remis aux plaignants. Bien que le dossier ne soit pas clair sur ce point, il appert de la conduite subséquente des plaignants qu'ils n'ont pas été satisfaits des conclusions.

[7] En septembre 2006, les plaignants ont demandé la tenue d'une enquête sous le régime de la *PIPA*. Le 7 février 2007, ils ont été informés que leur demande suivait son cours. Le 17 mai, au moyen d'un avis d'enquête, le commissaire a fixé au 11 juin la date limite pour le dépôt d'observations écrites (la reportant ensuite au 25 juillet), et au 8 août 2007 la date limite pour le dépôt des réfutations. Le commissaire a délégué son pouvoir de mener l'enquête et de rendre une décision, bien que le dossier ne précise pas à quelle date.

[8] Le *1er août 2007*, le commissaire a informé les parties par écrit qu'il *prorogeait le délai de 90 jours* prévu au par. 50(5) de la *PIPA* et fixait au 1er février 2009 la date prévue d'achèvement. Le 13 mars 2008, la déléguée du commissaire a statué que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels concernant les plaignants et ainsi enfreint les art. 7 et 19 de la *PIPA*. La question de l'observation du délai prévu au par. 50(5) de la *PIPA* n'a pas été soulevée devant elle, et elle ne l'aborde pas expressément dans ses motifs.

[9] Le 25 avril 2008, par voie d'avis introductif d'instance, l'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. À l'issue du contrôle, la Cour du Banc de la Reine a annulé la décision au motif que l'inobservation du délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA* avait fait perdre compétence au commissaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé sa décision.

II. Dispositions législatives pertinentes

[10] Voici les dispositions législatives qui s'appliquaient au moment considéré en l'espèce :

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5

3 The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

43(1) The Commissioner may delegate to any person any duty, power or function of the Commissioner under this Act except the power to delegate.

(2) A delegation under subsection (1) must be in writing and may contain any conditions or restrictions the Commissioner considers appropriate.

47(1) To ask for a review or to initiate a complaint under this Part, an individual must, as soon as reasonable, deliver a written request to the Commissioner.

(2) A written request to the Commissioner for a review of a decision of an organization must be delivered within

(a) 30 days from the day that the individual asking for the review is notified of the decision, or

(b) a longer period allowed by the Commissioner.

(3) A written request to the Commissioner initiating a complaint must be delivered within a reasonable time.

(4) The time limit in subsection (2)(a) does not apply to delivering a written request for a review concerning an organization's failure to respond within a required time period.

50 . . .

(5) An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

(a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and

(b) provides an anticipated date for the completion of the review.

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5

[TRADUCTION]

3 La présente loi a pour objet de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme d'une manière qui respecte à la fois le droit de chacun à la protection des renseignements personnels qui le concernent et le besoin de l'organisme de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins valables.

43(1) Le commissaire peut déléguer à une personne les attributions que lui confère la présente loi, sauf le pouvoir de déléguer.

(2) La délégation visée au paragraphe (1) est faite par écrit et peut être assortie des conditions ou restrictions que le commissaire estime indiquées.

47(1) La demande de réexamen ou la plainte formulée par un particulier en application de la présente partie est présentée par écrit au commissaire dès que possible.

(2) La demande de réexamen de la décision d'un organisme est présentée

a) soit dans les 30 jours qui suivent l'avis de la décision au particulier,

b) soit dans le délai prorogé par le commissaire.

(3) La plainte est présentée par écrit au commissaire dans un délai raisonnable.

(4) Le délai prévu à l'alinéa (2)a) ne s'applique pas à la demande écrite de réexamen visant l'omission d'un organisme de répondre dans le délai imparti.

50 . . .

(5) L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,

b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta, (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24*

[11] In reasons delivered orally, Marshall J. noted that a preliminary question raised by the ATA was whether the Commissioner had lost jurisdiction over the inquiry as a result of his failure to complete the inquiry within the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. Relying on *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, for the principle that "the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law" (at para. 10), he held that this question was reviewable on a standard of correctness.

[12] According to Marshall J., the reasons of Belzil J. in *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, were compelling and entirely applicable in this case. Following that decision, he held that the timelines for completing a review set out in s. 50(5) are mandatory, employing the word "must" (at para. 7) and not directory. He also held that it was not necessary for him "to determine whether an extension of time must be given within the 90-day period. The time period is substantially breached in any event" (para. 12).

[13] Marshall J. then addressed the issue of unfairness raised by the Commissioner. He noted that various authorities had held that the court should not consider an issue which was not raised before a tribunal. He rejected as speculation the Commissioner's submission that, since the individual complainants were not before the court, the court would not have the benefit of additional facts available from them. He further held that "[t]he legislature has clearly stated that timely disposition of complaints is essential in a proceeding under the Act" (at para. 11) and that the "matter was not conducted in a manner required by the legislature, so it can be said that the proceedings must be found to be invalid" (para. 11).

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24*

[11] Dans ses motifs prononcés à l'audience, le juge Marshall fait état de la question préliminaire soulevée par l'ATA — à savoir si le commissaire a perdu compétence parce qu'il n'a pas mené l'enquête à terme dans le délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA*. Sur le fondement du principe voulant que [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10), établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[12] Estimant que les motifs du juge Belzil dans *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, emportent l'adhésion et sont entièrement applicables à l'espèce, le juge Marshall statue qu'en raison de l'emploi du temps présent ([TRADUCTION] « *prend fin* »), la durée de l'enquête prévue au par. 50(5) est de nature impérative et non directive (par. 7). Il lui paraît également inutile [TRADUCTION] « de déterminer si la prorogation doit intervenir à l'intérieur du délai de 90 jours, car de toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12).

[13] Le juge Marshall se penche ensuite sur l'iniquité invoquée par le commissaire. Il relève que suivant divers arrêts de jurisprudence, une cour de justice ne doit pas examiner une question qui n'a pas été soumise au tribunal administratif. Il tient pour hypothétique et rejette la prétention du commissaire voulant que l'absence des plaignants devant elle empêche la cour de prendre connaissance de faits supplémentaires qu'ils auraient pu faire valoir. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e législateur dit clairement que la célérité du règlement des plaintes est essentielle au déroulement d'une procédure prévue par la Loi » (par. 11) et, en l'espèce, « l'instance ne s'est pas déroulée conformément aux exigences légales, de sorte qu'on peut conclure à son irrégularité » (par. 11).

[14] Marshall J. granted the ATA's application and quashed the Commissioner's decision. However, he declined to order costs against the Commission, partly because a tribunal is rarely required to pay costs and partly because the timelines issue could have been raised before the Commissioner (para. 18).

B. *Alberta Court of Appeal, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (Watson J.A. (Slatter J.A. Concurring) and Berger J.A. Dissenting)*

(1) The Majority — Watson J.A.

[15] Watson J.A. was of the view that since the adjudicator never got a chance to say anything on the question being considered on judicial review, it was not necessary to determine the appropriate standard of review. Rather, he appears to have determined the issue of timeliness *de novo*.

[16] Watson J.A. affirmed that the timelines issue ought to have been raised before the Commissioner. Objections to a tribunal's ability to make a lawful decision should be made first to the challenged tribunal. The failure to raise the issue before the adjudicator was a defect in process that should not be encouraged and should not generally occur. He nonetheless did not reverse the judicial review decision on this ground and was of the opinion that the Court of Appeal was in a position to consider the matter.

[17] Watson J.A. found that the language of the section spoke to "extending that period" in a manner that connoted doing the "extending" while the 90 days was still running. Since the Commissioner had not extended the period within 90 days, the adjudicator's decision was not rendered within the statutory timelines. He held that the time rules specified in s. 50(5) *PIPA* were mandatory and that the consequence of breaching them was the presumptive termination of the inquiry process. Contrary to the decision of the chambers judge that the consequence of non-compliance with s. 50(5) was the automatic and incurable termination of

[14] Le juge Marshall fait droit à la demande de l'ATA et annule la décision du commissaire. Il refuse cependant de condamner le Commissariat aux dépens parce que, d'une part, il est rare qu'un tribunal administratif doive payer les dépens et, d'autre part, l'inobservation du délai aurait pu être invoquée devant le commissaire (par. 18).

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (le juge Watson avec l'accord du juge Slatter, le juge Berger étant dissident)*

(1) La majorité — le juge Watson

[15] Le juge Watson estime que dans la mesure où la déléguée du commissaire n'a jamais eu la possibilité de se prononcer sur la question soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire, il n'est pas nécessaire d'arrêter la bonne norme de contrôle. Il semble plutôt statuer *de novo* sur le respect du délai.

[16] Il confirme que l'inobservation du délai aurait dû être soulevée devant le commissaire, opinant que la contestation du pouvoir d'un tribunal administratif de rendre une décision valide doit d'abord être formulée devant le tribunal en cause. L'omission de saisir ainsi la déléguée constitue selon lui un vice de procédure qu'il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire. Cependant, il n'infirme pas la décision du juge en cabinet pour ce motif et estime que la Cour d'appel dispose des éléments nécessaires pour se prononcer sur le sujet.

[17] Selon le juge Watson, il appert de la manière dont les mots [TRADUCTION] « proroge ce délai » sont employés dans la disposition que la prorogation doit avoir lieu avant l'expiration des 90 jours. Comme la prorogation n'est pas intervenue dans les 90 jours, la déléguée n'a pas rendu sa décision dans le délai prévu par la Loi. Le juge Watson statue que le respect du délai imparti au par. 50(5) de la *PIPA* est impératif et qu'en cas d'inobservation, l'enquête est présumée avoir pris fin. Contrairement au juge en cabinet pour qui l'inobservation du par. 50(5) met automatiquement et irrémédiablement fin à l'enquête, il estime que les motifs du commissaire

the proceedings, the reasons of the Commissioner might justify the breach and overcome the presumption of termination. However, the chambers judge had concluded that "[t]he time period is substantially breached in any event" (para. 12). Under those circumstances, the presumption of termination was not overcome. Watson J.A. therefore upheld the trial judge's decision to quash the adjudicator's decision.

(2) The Dissent — Berger J.A.

[18] In dissent, Berger J.A. concluded that *PIPA* authorized the Commissioner to extend the 90-day period either before or after the expiry of that period. When a provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that the extension must be granted before expiry. An interpretation of s. 50(5) that allows the Commissioner to extend the 90-day period after it expires is consistent with legislative intent because it maintains the protection of the individuals' rights to privacy which *PIPA* strives to ensure. In the present case, by the time the 90-day period had expired, the inquiry process was engaged and had progressed with the parties' participation. Because they were involved, the parties were aware that the process would continue beyond 90 days. The goals of timely resolution and keeping parties informed would not have been enhanced by requiring the Commissioner to formally communicate with the parties within 90 days.

[19] Berger J.A. found that quashing the adjudicator's order without the benefit of reasons compromised judicial review. The court generally will not decide on judicial review a question which was not put to the administrative tribunal. Without the benefit of the Commissioner's expertise and analysis relative to the questions of mixed law and fact in this case, the curial deference normally accorded to the Commissioner was rendered nugatory, thereby fettering a thorough and meaningful judicial review.

[20] Berger J.A. would have allowed the appeal and restored the adjudicator's order.

peuvent justifier l'inobservation et réfuter la présomption. Or, le juge en cabinet a conclu que, [TRADUCTION] « [d]e toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12), de sorte que la présomption d'achèvement n'était pas réfutée. Il confirme donc l'annulation de la décision de la déléguée du commissaire.

(2) La dissidence du juge Berger

[18] Le juge Berger estime pour sa part que la *PIPA* autorise le commissaire à proroger le délai avant ou après l'expiration des 90 jours impartis et que lorsque le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l'expiration du délai. L'interprétation du par. 50(5) voulant que le commissaire puisse proroger le délai de 90 jours après son expiration est compatible avec l'intention du législateur en ce qu'elle est de nature à protéger le droit à la vie privée comme le veut la *PIPA*. En l'espèce, l'enquête a débuté avant l'expiration du délai et elle a progressé avec le concours des parties. Du fait de leur participation, les parties savaient que l'enquête se poursuivrait au-delà des 90 jours. La réalisation des objectifs que sont la célérité du règlement et l'information des parties n'aurait pas été favorisée par le fait d'exiger du commissaire qu'il communique officiellement avec les parties avant l'expiration du délai.

[19] Selon le juge Berger, annuler l'ordonnance sans connaître les motifs de la déléguée a compromis le contrôle judiciaire. En règle générale, une cour de justice ne se prononce pas sur une question qui n'a pas été soumise au tribunal administratif. À défaut de l'expertise et de l'analyse du commissaire sur les questions mixtes de fait et de droit en cause, la déférence que commandent normalement ses décisions est neutralisée, ce qui empêche un contrôle judiciaire véritable et approfondi.

[20] Le juge Berger aurait accueilli l'appel et rétabli l'ordonnance de la déléguée.

IV. Analysis

[21] This appeal raises three issues, which I shall consider in turn. First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the continuation and conclusion of the inquiry, despite providing an extension after 90 days, survive judicial review?

A. *Judicial Review of an Issue That Was Not Raised Before the Tribunal*

[22] The ATA sought judicial review of the adjudicator's decision. Without raising the point before the Commissioner or the adjudicator or even in the originating notice for judicial review, the ATA raised the timelines issue for the first time in argument. The ATA was indeed entitled to seek judicial review. However, it did not have a right to require the court to consider this issue. Just as a court has discretion to refuse to undertake judicial review where, for example, there is an adequate alternative remedy, it also has a discretion not to consider an issue raised for the first time on judicial review where it would be inappropriate to do so: see, e.g., *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, *per* Lamer C.J., at para. 30: "[T]he relief which a court may grant by way of judicial review is, in essence, discretionary. This [long-standing general] principle flows from the fact that the prerogative writs are extraordinary [and discretionary] remedies."

[23] Generally, this discretion will not be exercised in favour of an applicant on judicial review where the issue could have been but was not raised before the tribunal (*Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), at para. 5, citing *Poirier v. Canada (Minister of*

IV. Analyse

[21] Le pourvoi soulève trois questions que j'examine tour à tour. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai après les 90 jours impartis, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

A. *Contrôle judiciaire relatif à un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[22] L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. Elle n'avait invoqué l'inobservation du délai ni devant le commissaire ni devant sa déléguée. Elle ne l'a même pas fait dans l'avis introductif d'instance en contrôle judiciaire, invoquant la question pour la première fois en plaidoirie. L'ATA pouvait certainement demander le contrôle judiciaire, mais elle ne pouvait contraindre la cour à examiner la question. Tout comme elle jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entreprendre un contrôle judiciaire lorsque, par exemple, il existe un autre recours approprié, une cour de justice peut également, à son gré, ne pas se saisir d'une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu'il lui paraît inopportun de le faire. Voir, p. ex., *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer, par. 30 : « [L]a réparation qu'une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire. Ce principe [général de longue date] découle du fait que les brefs de prérogative sont des recours extraordinaires [et discrétionnaires]. »

[23] En règle générale, dans une instance en contrôle judiciaire, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé au bénéfice du demandeur lorsque la question en litige aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été (*Toussaint c. Conseil canadien des relations*

Veterans Affairs), [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at p. 247; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.), at paras. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, at para. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, at para. 4).

[24] There are a number of rationales justifying the general rule. One fundamental concern is that the legislature has entrusted the determination of the issue to the administrative tribunal (*Legal Oil & Gas Ltd.*, at paras. 12-13). As this Court explained in *Dunsmuir*, "[c]ourts . . . must be sensitive . . . to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures" (para. 27). Accordingly, courts should respect the legislative choice of the tribunal as the first instance decision maker by giving the tribunal the opportunity to deal with the issue first and to make its views known.

[25] This is particularly true where the issue raised for the first time on judicial review relates to the tribunal's specialized functions or expertise. When it does, the Court should be especially careful not to overlook the loss of the benefit of the tribunal's views inherent in allowing the issue to be raised. (See *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 89, *per* Abella J.)

[26] Moreover, raising an issue for the first time on judicial review may unfairly prejudice the opposing party and may deny the court the adequate evidentiary record required to consider the issue (*Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, at paras. 31 and 37, citing *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, at para. 172, and J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2nd ed. 2000), at pp. 63-68;

du travail (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), par. 5, citant *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), p. 247; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1re inst.), par. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, par. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, par. 4).

[24] Un certain nombre de considérations justifient cette règle générale, l'une des principales étant que le législateur a confié au tribunal administratif la tâche de trancher la question (*Legal Oil & Gas Ltd.*, par. 12-13). Comme l'explique notre Cour dans *Dunsmuir*, « les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité [. . .] d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27). La cour de justice doit donc respecter le choix du législateur de désigner le tribunal administratif comme décideur de première instance et laisser à ce tribunal administratif la possibilité de se pencher le premier sur la question et de faire connaître son avis.

[25] Le principe vaut particulièrement lorsque la question soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire a trait au domaine d'expertise du tribunal administratif et à ses attributions spécialisées. La Cour doit alors être bien consciente que si elle accepte de se pencher sur la question, elle le fera sans pouvoir connaître l'opinion du tribunal administratif. (Voir *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 89, la juge Abella.)

[26] Qui plus est, soumettre une question pour la première fois lors du contrôle judiciaire peut porter indûment préjudice à la partie adverse et priver la cour de justice des éléments de preuve nécessaires pour trancher (*Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, par. 31 et 37, citant *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 172, et J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2e éd. 2000), p. 63-68; *A.C. Concrete*

A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, at para. 10 (*per* Gillese J.A.)).

[27] Watson J.A., for the majority of the Court of Appeal, acknowledged that "[t]he judicial review was adversely affected by the fact that the adjudicator did not hear and consider the objection", under s. 50(5) *PIPA*, to the Commissioner's authority to proceed. It was a "defect in the process" that should "not . . . be encouraged and should not generally occur" (para. 18). He nevertheless did not interfere with the chambers judge's judicial review on this ground. He observed that no additional evidence or submissions were available beyond the statements of law and policy contained in the Commissioner's prior decisions. Moreover, the Commissioner conceded that the adjudicator would have said the same as the Commissioner, had the issue been raised (para. 18). For its part, the ATA stressed in its factum before this Court that the Commissioner has consistently decided the timelines issue in other decisions and that there was nothing further for the Commissioner to decide (paras. 6, 42, 49 and 51).

[28] In these circumstances, I do not think the Court of Appeal erred in refusing to disturb the exercise of the reviewing judge's discretion to consider the timeliness issue. In this case, the rationales for the general rule have limited application. Both parties agreed that the Commissioner has expressed his views in several other decisions. Therefore, the Commissioner has had the opportunity to decide the issue at first instance and we have the benefit of his expertise, albeit without reasons in this case. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged. Rather, it involved a straightforward determination of law, the basis of which was able to be addressed on judicial review, irrespective of what is the appropriate standard of review.

[29] In the present appeal, a decision on the timelines issue is necessarily implied. By his

Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, par. 10 (la juge Gillese)).

[27] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Watson reconnaît que [TRADUCTION] « [l]e contrôle judiciaire a souffert de ce que la déléguée n'a ni entendu ni examiné la contestation », fondée sur le par. 50(5) de la *PIPA*, du pouvoir du commissaire d'aller de l'avant. Il s'agit selon lui d'un « vice de procédure qu'il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire » (par. 18). Toutefois, il n'infirme pas pour autant la décision du juge en cabinet. Il relève qu'exception faite des énoncés de droit et de principe contenus dans les décisions antérieures du commissaire, il n'y avait ni preuve ni argumentation supplémentaires. Le commissaire avait d'ailleurs reconnu que sa déléguée aurait tenu les mêmes propos que lui si elle avait été saisie de la question (par. 18). Dans son mémoire, l'ATA soutient pour sa part que d'autres décisions du commissaire sur la question du délai sont constantes et que le commissaire n'aurait eu aucun autre point à trancher (par. 6, 42, 49 et 51).

[28] Dans ces circonstances, je ne crois pas que la Cour d'appel a eu tort de refuser de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire de se pencher sur la question du délai. Les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l'espèce. Les deux parties reconnaissent que le commissaire a exprimé son opinion dans d'autres décisions. Le commissaire avait donc eu l'occasion de se prononcer sur la question en première instance, ce qui donne accès à son expertise malgré l'absence de motifs en l'espèce. Nul élément de preuve n'était requis pour trancher la question du délai, et nul préjudice n'était allégué. La question appelait simplement une décision sur un point de droit à partir d'éléments pouvant être examinés lors d'un contrôle judiciaire, quelle que soit la norme de contrôle applicable.

[29] En l'espèce, la question du délai a nécessairement été tranchée de façon implicite. Dans sa

letter of August 1, 2007, the Commissioner notified the parties that he was extending the 90-day period for completion of an inquiry and provided them with an anticipated date for completion of February 1, 2009. This was done after the expiry of the 90-day period. An inquiry was conducted and the Commissioner's delegated adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review, but not before the Commissioner or the adjudicator, was whether the result of the Commissioner not extending the completion date of the inquiry before the 90-day period expired resulted in the automatic termination of the inquiry. This issue could only be decided in one of two ways: either the consequence of an extension after 90 days was that the inquiry was automatically terminated or that it was not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated. The Commissioner's decision was implicit in his giving notice of an extension and an anticipated date for completion after 90 days. The adjudicator's decision was implicit in her proceeding with the inquiry and rendering an order. In this appeal, this Court is reviewing the adjudicator's implied decision because hers is the decision under judicial review.

B. *What Is the Applicable Standard of Review and How Is It Applied to Implicit Decisions on Issues Not Raised Before the Administrative Tribunal?*

[30] The narrow question in this case is: Did the inquiry automatically terminate as a result of the Commissioner extending the 90-day period only after the expiry of that period? This question involves the interpretation of s. 50(5) *PIPA*, a provision of the Commissioner's home statute. There is authority that "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, *per* Fish J.). This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to

lettre du 1er août 2007, le commissaire a informé les parties qu'il prorogeait le délai de 90 jours et que la date prévue d'achèvement de l'enquête était le 1er février 2009. Le délai de 90 jours impartis avait déjà expiré. La déléguée du commissaire a mené l'enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l'ATA. La question non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, mais que l'ATA a soumise lors du contrôle judiciaire, était celle de savoir si l'omission du commissaire de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis avait automatiquement mis fin à l'enquête. Seulement deux conclusions étaient possibles : soit la prorogation après les 90 jours ne mettait pas automatiquement fin à l'enquête, soit elle y mettait fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n'avait pas mis fin automatiquement à l'enquête. Le commissaire, en informant les parties de la prorogation et en leur précisant la date prévue d'achèvement, et la déléguée, en effectuant l'enquête et en rendant une ordonnance, se sont implicitement prononcés sur la question. Puisque la décision implicite de la déléguée est celle visée par le contrôle judiciaire, c'est cette décision que notre Cour examine dans le présent pourvoi.

B. *Détermination de la norme de contrôle et application de celle-ci à une décision implicite sur un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[30] Seule la question suivante se pose en l'espèce : la prorogation du délai par le commissaire après les 90 jours impartis a-t-elle automatiquement mis fin à l'enquête? Dès lors, il faut interpréter le par. 50(5) de la *PIPA*, une disposition de la loi constitutive du Commissariat. Suivant la jurisprudence, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l'interprétation de la loi constitutive relève

which the correctness standard continues to apply, i.e., "constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator's expertise, . . . '[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals' [and] true questions of jurisdiction or *vires*" (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ., citing *Dunsmuir*, at paras. 58, 60-61).

[31] The timelines question is not a constitutional question; nor is it a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals.

[32] And it is not a question of central importance to the legal system as a whole, but is one that is specific to the administrative regime for the protection of personal information. The timelines question engages considerations and gives rise to consequences that fall squarely within the Commissioner's specialized expertise. The question deals with the Commissioner's procedures when conducting an inquiry, a matter with which the Commissioner has significant familiarity and which is specific to *PIPA*. Also, in terms of interpreting s. 50(5) *PIPA* consistently with the purposes of the Act, the relevant considerations include the interests of all parties in the timely completion of inquiries, the importance of keeping the parties informed of the progression of the process and the effect of automatic termination of an inquiry on individual privacy interests. These considerations fall within the Commissioner's expertise, which centres upon balancing the rights of individuals to have their personal information protected against the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable (s. 3 *PIPA*).

[33] Finally, the timelines question does not fall within the category of a "true question of jurisdiction or *vires*". I reiterate Dickson J.'s oft-cited

d'une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, [les] questions portant sur la "délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents" [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60-61).

[31] La question de l'observation du délai n'est pas de nature constitutionnelle et elle n'a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents.

[32] Elle ne revêt pas non plus une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, mais vise précisément le régime administratif de protection des renseignements personnels. Elle met en jeu des considérations et des conséquences qui relèvent bel et bien de l'expertise du commissaire dans son domaine spécialisé. Elle touche à la procédure d'enquête propre à la *PIPA* et dont le commissaire a une connaissance approfondie. En outre, les considérations qui président à l'interprétation du par. 50(5) conformément aux objets de la *PIPA* comprennent l'intérêt de toutes les parties en cause à ce que l'enquête soit menée à terme avec célérité, l'importance de tenir les parties informées du déroulement du processus et les conséquences de la cessation automatique de l'enquête sur le droit de chacun au respect de sa vie privée. Ces considérations relèvent elles aussi de l'expertise du commissaire, laquelle est axée sur la mise en balance du droit de chacun à la protection de ses renseignements personnels, d'une part, et du besoin de l'organisme de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements à des fins valables, d'autre part (art. 3 de la *PIPA*).

[33] Enfin, la question de l'observation du délai n'appartient pas à la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Rappelons

warning in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, that courts "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233, cited in *Dunsmuir*, at para. 35). See also *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596, at p. 606, *per* Beetz J., adopting the reasons of Owen J.A. in *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394. As this Court explained in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, "*Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction" (para. 18, citing *Dunsmuir*, at para. 59). Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow indeed. Since *Dunsmuir*, this Court has not identified a single true question of jurisdiction (see *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, at paras. 27-32; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paras. 31-36). Although this Court held in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, that the question was jurisdictional and therefore subject to review on a correctness standard, this was based on an established pre-*Dunsmuir* jurisprudence applying a correctness standard to this type of decision, not on the Court finding a true question of jurisdiction (para. 10).

[34] The direction that the category of true questions of jurisdiction should be interpreted narrowly takes on particular importance when the tribunal is interpreting its home statute. In one sense, anything a tribunal does that involves the interpretation of its home statute involves the determination of whether it has the authority or jurisdiction to do what is being challenged on judicial review. However, since *Dunsmuir*, this Court has departed from that definition of jurisdiction. Indeed, in view of recent jurisprudence, it may be that the time has

la mise en garde maintes fois citée du juge Dickson dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à savoir que les cours de justice doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233, cité dans l'arrêt *Dunsmuir*, par. 35). Voir également *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, p. 606, le juge Beetz, reprenant les motifs du juge Owen dans *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394. Comme l'explique notre Cour dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, dans *Dunsmuir*, « la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence » (par. 18, citant *Dunsmuir*, par. 59). L'expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence. Depuis *Dunsmuir*, la Cour n'en a relevé aucune (voir *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33-34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, par. 27-32; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 31-36). Quant à l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, la Cour y statue que la question soulevée a trait à la compétence et appelle donc l'application de la norme de la décision correcte, et ce, en suivant une jurisprudence bien établie, antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence (par. 10).

[34] La consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive. En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l'interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d'accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s'est écartée de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de

come to reconsider whether, for purposes of judicial review, the category of true questions of jurisdiction exists and is necessary to identifying the appropriate standard of review. However, in the absence of argument on the point in this case, it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of "its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review.

[35] Justice Cromwell takes issue with my querying whether the category of true question of jurisdiction exists and is necessary. He says that this proposition "undermine[s] the foundation of judicial review of administrative action" (para. 92).

[36] Judges and administrative law counsel well know of the uncertainty and confusion that has plagued standard of review analysis for many years. That was the animating reason for this Court's decision in *Dunsmuir*. At para. 32 of *Dunsmuir*, Bastarache and LeBel JJ. wrote:

Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

At para. 158, Deschamps J. wrote:

The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes.

At para. 145, Binnie J. wrote:

The present incarnation of the "standard of review" analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise

se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point en l'espèce, je me contente d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire.

[35] Le juge Cromwell exprime son désaccord avec mon interrogation concernant l'existence et la nécessité de la catégorie des véritables questions de compétence. À son avis, mes propos « minent l'assise du contrôle judiciaire des actes de l'Administration » (par. 92).

[36] Juges et avocats spécialisés en droit administratif sont bien au fait de l'incertitude et de la confusion qui, pendant de nombreuses années, ont pesé sur l'analyse relative à la norme de contrôle et qui sont à l'origine de l'arrêt *Dunsmuir*. Les juges Bastarache et LeBel écrivent ce qui suit au par. 32 de cet arrêt :

Malgré les efforts pour l'améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

La juge Deschamps opine pour sa part au par. 158 :

Les règles régissant le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ont besoin de plus qu'une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d'analyse et des débats inutiles.

Puis, au par. 145, le juge Binnie ajoute :

La démarche actuelle commande l'examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l'instance, accroissent l'incertitude et majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l'adéquation

against the "real" nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere preparation for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn't be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [Emphasis deleted.]

Although these passages in *Dunsmuir* pertain to the approach to standard of review prior to *Dunsmuir*, I believe they are relevant in response to Justice Cromwell's expressed opinion.

[37] The continuing uncertainty about standard of review when the issue is the tribunal's interpretation of its home statute is well exemplified in the cases that have come before this Court subsequent to *Dunsmuir*. In *Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, the Ontario Divisional Court thought the appropriate standard of review was correctness. The Court of Appeal applied a reasonableness standard (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), as did this Court (*sub nom. Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678). In *Alliance Pipeline Ltd. v. Smith*, 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, the judicial review judge applied a reasonableness standard, but the Court of Appeal (2009 FCA 110, 389 N.R. 363) found it unnecessary to decide whether reasonableness or correctness was the appropriate standard of review. This Court applied a reasonableness standard (2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160). In *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45, the judicial review judge applied a correctness standard. The Federal Court of Appeal (2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270) and this Court (2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3) doubted that this was the proper standard. Without engaging in a standard of review analysis and for reasons of practicality, in *Northrop Grumman*, this Court applied a standard of correctness based on precedent. In the present appeal, both the judicial

de l'expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l'objet général de la loi, etc. Et tout cela n'est que le prélude à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu'à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n'y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [Italiques supprimés.]

Même si ces extraits de *Dunsmuir* ont trait à la démarche qui avait cours auparavant pour déterminer la norme de contrôle, j'estime qu'ils demeurent pertinents en réponse à l'opinion exprimée par le juge Cromwell.

[37] Les pourvois entendus par notre Cour depuis *Dunsmuir* montrent bien l'incertitude que suscite toujours la norme de contrôle lorsque le litige a pour objet l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Dans *Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, la Cour divisionnaire de l'Ontario a estimé que la bonne norme de contrôle était celle de la décision correcte. La Cour d'appel a plutôt appliqué la norme de la décision raisonnable (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), et notre Cour s'est rangée à son avis (*sub nom. Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678). Dans *Alliance Pipeline Ltd. c. Smith*, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire a retenu la norme de la raisonnabilité, tandis que la Cour d'appel (2009 CAF 110, 389 N.R. 363) a jugé inutile de décider laquelle des deux normes devait s'appliquer. Notre Cour a opté pour la norme de la décision raisonnable (2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160). Dans *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45, le juge de première instance a effectué le contrôle au regard de la norme de la décision correcte. La Cour d'appel fédérale (2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270) et notre Cour (2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3) ont dit douter qu'il s'agisse de la bonne norme. Sans entreprendre d'analyse relative à la norme de contrôle et pour des raisons d'ordre pratique,

review court and the Court of Appeal applied a correctness standard of review.

[38] These examples demonstrate that the "true questions of jurisdiction" category has caused confusion to counsel and judges alike and has unnecessarily increased costs to clients before getting to the actual substance of the case. Avoiding using the label "jurisdictional" only to engage in a search for the legislators' intent, as my colleague suggests at paras. 96-97, simply leads to the same debate about what constitutes a jurisdictional question. As Binnie J. directly put it in *Dunsmuir*, our objective should be to get the parties away from arguing about standard of review to arguing about the substantive merits of the case.

[39] What I propose is, I believe, a natural extension of the approach to simplification set out in *Dunsmuir* and follows directly from *Alliance* (para. 26). True questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional. When considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness. As long as the true question of jurisdiction category remains, the party seeking to invoke it must be required to demonstrate why the court should not review a tribunal's interpretation of its home statute on the deferential standard of reasonableness.

[40] In Justice Cromwell's view, saying that jurisdictional questions are exceptional is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the presumption of reasonableness review and into the exceptional category of correctness review. Nor does it assist, he says, in

dans *Northrop Grumman*, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte en s'appuyant sur la jurisprudence. Dans la présente affaire, la juridiction de révision et la Cour d'appel ont toutes deux conclu à l'application de la norme de la décision correcte.

[38] Il appert de ces exemples que la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats et qu'elle accroît inutilement les frais de justice supportés par les parties avant que l'affaire ne soit entendue au fond. Éviter de recourir à la notion de « question de compétence » pour s'en tenir à la recherche de l'intention du législateur comme le propose mon collègue aux par. 96-97 de ses motifs a seulement pour effet de relancer le débat quant à ce qui constitue une question de compétence. Comme le dit sans détour le juge Binnie dans *Dunsmuir*, nous devrions chercher à faire en sorte que les parties cessent de débattre de la norme de contrôle et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[39] À mon sens, ce que je préconise en l'espèce découle naturellement de la volonté de simplification qui anime notre Cour dans *Dunsmuir*, et donne directement suite à *Alliance* (par. 26). Les véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement. Il convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d'un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l'applique est celle de la décision raisonnable. Tant que subsiste la catégorie des véritables questions de compétence, la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif ne devrait pas s'effectuer au regard de la norme déférente de la décision raisonnable.

[40] Dans l'optique du juge Cromwell, l'affirmation voulant que les questions de compétence soient exceptionnelles ne peut être opposée à la thèse plausible qu'une disposition donnée échappe à l'application de la présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à

determining by what means the presumption may be rebutted.

[41] Both Binnie J. and Cromwell J. object to the *creation of a presumption* of reasonableness review of the home statute of the tribunal. With respect, I find the objection perplexing in view of judicial and academic opinion that the presumption was implicitly already established in *Dunsmuir*. Professor D. J. Mullan writes in "The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?", in D. A. Wright and A. M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 79, at p. 108:

Justice John Evans of the Federal Court of Appeal has argued in his 2009 10th Heald Lecture delivered at the College of Law at the University of Saskatchewan that in *Dunsmuir* (reinforced by *Khosa*), the Court had now established (re-established?) a very strong presumption of deferential review when a statutory authority is interpreting its home, or constitutive, statute, or any other frequently encountered statute, or even common or civil law principle. I too accept that . . . .

Both Justice Evans and Professor Mullan are recognized as leading scholars in the field of administrative law in Canada.

[42] As I have explained, I am unable to provide a definition of what might constitute a true question of jurisdiction. The difficulty with maintaining the category of true questions of jurisdiction is that without a clear definition or content to the category, courts will continue, unnecessarily, to be in doubt on this question. However, at this stage, I do not rule out, in our adversarial system, counsel raising an argument that might satisfy a court that a true question of jurisdiction exists and applies in a particular case. The practical approach is to direct the courts and counsel that at this time, true questions of jurisdiction will be exceptional and, should the

la catégorie des questions exceptionnelles appelant la norme de la décision correcte. Il ajoute qu'elle ne contribue pas non plus à la détermination des moyens par lesquels la présomption peut être réfutée.

[41] Les juges Binnie et Cromwell s'opposent tous deux à l'*établissement d'une présomption* assujettissant à la norme de la décision raisonnable l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif. Soit dit en tout respect, leur désaccord me paraît déroutant au vu de l'opinion judiciaire et doctrinale selon laquelle *Dunsmuir* établit déjà tacitement cette présomption. Le professeur D. J. Mullan écrit ce qui suit dans « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in D. A. Wright et A. M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 79, p. 108 :

[TRADUCTION] En 2009, le juge John Evans de la Cour d'appel fédérale a soutenu lors de la dixième conférence Heald tenue à la faculté de droit de l'Université de la Saskatchewan que dans *Dunsmuir* (puis dans *Khosa*), la Cour applique désormais (ou de nouveau?) la très forte présomption voulant que la déférence s'impose lors du contrôle de la décision de l'autorité déléguée qui interprète sa loi habilitante ou constitutive, une autre loi ou quelque autre texte législatif auquel elle a souvent affaire, voire un principe de common law ou de droit civil. Je le reconnais également . . .

Tant le juge Evans que le professeur Mullan sont des sommités reconnues en droit administratif canadien.

[42] Comme je l'explique précédemment, je ne peux offrir de définition quant à ce qui peut constituer une question touchant véritablement à la compétence. Or, si on conserve cette catégorie sans la définir clairement ni préciser sa teneur, les cours de justice demeureront inutilement dans l'incertitude à ce sujet. Cependant, à ce stade, je n'exclus pas que, dans notre système fondé sur le principe du contradictoire, un avocat puisse convaincre une cour de l'existence et de l'application d'une question touchant véritablement à la compétence dans une affaire donnée. Concrètement, il convient d'indiquer aux tribunaux et aux plaideurs que, pour

occasion arise, to address in a future case whether such category is indeed helpful or necessary.

[43] With respect, Justice Cromwell's reasons fail to appreciate that an invitation to consider whether a true question of jurisdiction or *vires* exists in a future case does not raise the specter of the constitutional guarantee of judicial review being an "empty shell" (para. 103). All decisions of tribunals are subject to judicial review, including decisions dealing with the scope of their statutory mandate, even if this Court were to eliminate true questions of jurisdiction as a separate category attracting a correctness review. This change would simply end the need for debate around whether the issue in any given case can be properly characterized as jurisdictional. It would not preclude judicial review on a reasonableness standard when interpretation of the home statute of the tribunal is at issue. Nor would it eliminate correctness review of decisions of tribunals interpreting their home statute where the issue is a constitutional question, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and that is outside the adjudicator's expertise, or a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals. See *Alliance*, at para. 26, citing *Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 35, *per* Fish J.

[44] *Dunsmuir* provided guidance as to how a standard of review might be determined summarily without requiring a full standard of review analysis. One method was to identify the nature of the question at issue, which would normally or, I say, presumptively determine the standard of

l'heure, les questions touchant véritablement à la compétence sont exceptionnelles et que, si l'occasion se présente, il conviendra ultérieurement de se demander si la catégorie est effectivement utile ou nécessaire.

[43] Soit dit en tout respect, dans ses motifs, le juge Cromwell ne tient pas compte du fait que l'invitation à se demander si l'existence d'une question touchant véritablement à la compétence sera reconnue dans une affaire ultérieure ne risque pas de rendre théorique la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire (par. 103). Toute décision d'un tribunal administratif est susceptible de contrôle judiciaire, y compris celle portant sur l'étendue de son mandat légal, et elle le demeurerait même si notre Cour supprimait la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence en tant que catégorie distincte appelant l'application de la norme de la décision correcte. Un tel changement mettrait simplement fin à la nécessité de débattre de la question de savoir si, dans un cas donné, on peut à juste titre qualifier le point soulevé de question touchant à la compétence. Il n'empêcherait pas le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable lorsque le litige porte sur l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Il ne soustrairait pas non plus à un contrôle au regard de la décision correcte l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif lorsque le litige porte sur une question constitutionnelle, une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, ou une question relative à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents. Voir *Alliance*, par. 26, citant *Dunsmuir*, par. 58-61, et *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 35, le juge Fish.

[44] L'arrêt *Dunsmuir* permet de déterminer sommairement la norme de contrôle applicable sans effectuer l'analyse exhaustive s'y rapportant. L'une des avenues possibles consiste à qualifier la question en litige, ce qui définit normalement (ou, de mon point de vue, on peut le présumer) la norme

review. Contrary to the view of my colleague in para. 97, I would not wish to retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily.

[45] At para. 89, Binnie J. suggests that "[i]f the issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal's 'home statute' and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness." With respect, I think Binnie J.'s isolating matters of general legal importance as a stand-alone basis for correctness review is not consistent with what this Court has said in *Dunsmuir*, *Alliance*, *Canada (Canadian Human Rights Commission)* and *Nor-Man*.

[46] At para. 22 of *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, LeBel and Cromwell JJ. state:

On the other hand, our Court has reaffirmed that general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, must still be reviewed on a standard of correctness, in order to safeguard a basic consistency in the fundamental legal order of our country. [Emphasis added.]

In other words, since *Dunsmuir*, for the correctness standard to apply, the question has to not only be one of central *importance to the legal system* but also outside the *adjudicator's specialized area* of expertise.

[47] At paras. 85-87, Binnie J. reintroduces from his concurring reasons in *Dunsmuir* the concept of variable degrees of deference. The majority reasons in *Dunsmuir* do not recognize variable degrees of deference within the reasonableness standard of

de contrôle correspondante. Contrairement à l'opinion de mon collègue au par. 97 de ses motifs, je n'entends pas revenir à l'analyse exhaustive lorsqu'une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle.

[45] Au paragraphe 89 de ses motifs, le juge Binnie laisse entendre que « [s]i la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l'expertise du décideur, et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. » En toute déférence, j'estime que le juge Binnie isole les questions de droit générales pour en faire une catégorie autonome commandant la décision correcte, ce qui est incompatible avec la conclusion que tire en fait notre Cour dans *Dunsmuir*, *Alliance*, *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* et *Nor-Man*.

[46] Voici ce qu'affirment les juges LeBel et Cromwell au par. 22 des motifs dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* :

D'autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. [Je souligne.]

En d'autres termes, depuis *Dunsmuir*, pour que s'applique la norme de la décision correcte, la question doit non seulement revêtir une *importance capitale pour le système juridique*, mais elle doit aussi être étrangère au *domaine d'expertise du décideur*.

[47] Aux paragraphes 85-87 de ses motifs, le juge Binnie reprend la notion de degrés variables de déférence tirée de ses motifs concordants dans *Dunsmuir*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ne reconnaissent pas de degrés variables

review and with respect neither do the reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*. Once it is determined that a review is to be conducted on a reasonableness standard, there is no second assessment of how intensely the review is to be conducted. The judicial review is simply concerned with the question at issue. A review of a question of statutory interpretation is different from a review of the exercise of discretion. Each will be governed by the context. But there is no determination of the intensity of the review with some reviews closer to a correctness review and others not.

[48] The Commissioner's interpretation of s. 50(5) *PIPA* relates to the interpretation of his own statute, is within his expertise and does not raise issues of general legal importance or true jurisdiction. His decision that an inquiry does not automatically terminate as a result of his extending the 90-day period only after the expiry of that period is therefore reviewable on the reasonableness standard.

[49] The oral reasons given by the chambers judge did not involve an extended discussion of the appropriate standard of review. Marshall J. assumed that *Dunsmuir* stood for the principle that "the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law" (at para. 10), and then held that the timelines question was reviewable on a standard of correctness. As I have explained, the timelines question is neither a true jurisdictional question nor any other type of question of law that attracts a correctness standard.

[50] For its part, the majority of the Alberta Court of Appeal appears to have held that, since the adjudicator provided no reasons for the decision, it was not necessary to determine the appropriate standard of review in the administrative law sense. The reasons of the majority suggest that, in these

de déférence lors d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et, soit dit en tout respect, la Cour ne le fait pas non plus dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. Une fois décidé que le contrôle doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n'a lieu pour arrêter de degré d'intensité de l'examen. Le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à la question en litige. Le contrôle d'une interprétation législative diffère de celui d'un exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est toujours régi par le contexte de l'affaire. Mais il n'y a pas de détermination du degré d'intensité de l'examen où, dans certains cas, le contrôle se rapproche de la révision selon la norme de la décision correcte, et dans d'autres, pas.

[48] Pour le commissaire, interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* revient à interpréter sa loi constitutive, relève de son expertise et ne soulève pas de questions de droit générales, ni de questions touchant véritablement à la compétence. Le contrôle de sa décision portant que la prorogation du délai après les 90 jours impartis ne met pas automatiquement fin à l'enquête doit donc s'effectuer selon la norme de la raisonnabilité.

[49] Dans ses motifs prononcés à l'audience, le juge en cabinet ne s'étend pas sur la norme de contrôle applicable. En effet, pour le juge Marshall, l'arrêt *Dunsmuir* établit le principe selon lequel [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10). Il statue que la décision relative à l'observation du délai est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte. Comme je l'explique précédemment, il ne s'agit ni d'une véritable question de compétence ni d'une autre question de droit commandant l'application de la norme de la décision correcte.

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent conclure que, la déléguée n'ayant pas motivé sa décision, il n'y a pas lieu de déterminer quelle norme de contrôle s'applique en droit administratif. Ils laissent entendre qu'en pareille situation, la Cour d'appel peut simplement avoir recours

circumstances, the Court of Appeal could simply apply the standard of appellate review for questions of law, i.e., correctness. With respect, this approach cannot be maintained. Had the issue been raised before the adjudicator, it would have been subject to review on a reasonableness standard. Where the reviewing court finds that the tribunal has made an implicit decision on a critical issue, the deference due to the tribunal does not disappear because the issue was not raised before the tribunal.

[51] In the present case, the adjudicator, by completing the inquiry, implicitly decided that extending the 90-day period for completion of an inquiry after the expiry of that period did not result in the automatic termination of the inquiry. However, as the issue was never raised and the decision was merely implicit, the adjudicator provided no reasons for her decision. It is therefore necessary to address how a reviewing court is to apply the reasonableness standard in such circumstances.

[52] In *Dunsmuir*, the majority explained (at paras. 47-48):

> In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.
>
> . . . We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of "deference as respect" requires of the courts "not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision": "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 . . . .

Obviously, where the tribunal's decision is implicit, the reviewing court cannot refer to the tribunal's process of articulating reasons, nor to justification, transparency and intelligibility within the tribunal's decision-making process. The reviewing court cannot give respectful attention to the reasons offered because there are no reasons.

[53] However, the direction that a reviewing court should give respectful attention to the reasons

à la norme qui s'applique en appel à une question de droit, c.-à-d. la norme de la décision correcte. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette approche. Si la question avait été soumise à la déléguée, il y aurait eu contrôle suivant la norme de la raisonnabilité. Lorsque la juridiction de révision conclut que le tribunal administratif a implicitement statué sur une question cruciale, ce dernier ne cesse pas d'avoir droit à la déférence parce que la question n'a pas été soulevée devant lui.

[51] En menant l'enquête à terme, la déléguée a implicitement statué que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n'avait pas automatiquement mis fin à l'enquête. Toutefois, la question n'ayant jamais été soulevée et la décision étant seulement tacite, il n'y a pas de motifs à l'appui. Il faut donc se demander comment il convient d'appliquer la norme de la raisonnabilité dans ce cas.

[52] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires donnent l'explication suivante (par. 47-48) :

> Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.
>
> . . . Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 . . .

De toute évidence, lorsqu'une cour de justice contrôle la décision implicite d'un tribunal administratif, elle ne peut s'en remettre à la formulation des motifs, à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel. Elle ne peut accorder d'attention respectueuse aux motifs de la décision, car il n'y en a pas.

[53] Il convient toutefois qu'elle porte une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être

"which could be offered in support of a decision" is apposite when the decision concerns an issue that was not raised before the decision maker. In such circumstances, it may well be that the administrative decision maker did not provide reasons *because* the issue was not raised and it was not viewed as contentious. If there exists a reasonable basis upon which the decision maker could have decided as it did, the court must not interfere.

[54] I should not be taken here as suggesting that courts should not give due regard to the reasons provided by a tribunal when such reasons are available. The direction that courts are to give respectful attention to the reasons "which could be offered in support of a decision" is not a "carte blanche to reformulate a tribunal's decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court's own rationale for the result" (*Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56). Moreover, this direction should not "be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63, *per* Binnie J.). On the contrary, deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions, and when courts ground their review of the decision in the reasons provided. Nonetheless, this is subject to a duty to provide reasons in the first place. When there is no duty to give reasons (e.g., *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504) or when only limited reasons are required, it is entirely appropriate for courts to consider the reasons that could be offered for the decision when conducting a reasonableness review. The point is that parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons.

[55] In some cases, it may be that a reviewing court cannot adequately show deference to the administrative decision maker without first providing the decision maker the opportunity to give its

donnés à l'appui d'une décision » lorsque celle-ci porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur. Il est fort possible alors que le décideur administratif n'ait pas donné de motifs *parce que* la question n'avait pas été soulevée et qu'il ne la tenait pas pour litigieuse. Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer.

[54] Je ne laisse cependant pas entendre qu'une cour de justice n'a pas à tenir dûment compte des motifs du tribunal administratif lorsque ceux-ci existent. L'invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (*Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56). Elle ne doit pas non plus « être interprétée comme atténuant l'importance de motiver adéquatement une décision administrative » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63, le juge Binnie). Au contraire, la déférence inhérente à la norme de la raisonnabilité se manifeste optimalement lorsqu'une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l'étayent. Il doit cependant exister au départ une obligation de motiver. Lorsque cette obligation n'existe pas (voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504) ou que sa portée est limitée, il est tout à fait indiqué, dans l'appréciation de la raisonnabilité, d'examiner les motifs qui pourraient être donnés. Le point essentiel est que les parties ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif.

[55] Il peut arriver parfois qu'une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d'abord au décideur administratif la possibilité d'exposer les motifs de sa décision.

own reasons for the decision. In such a case, even though there is an implied decision, the court may see fit to remit the issue to the tribunal to allow the tribunal to provide reasons. However, remitting the issue to the tribunal may undermine the goal of expedient and cost-efficient decision making, which often motivates the creation of specialized administrative tribunals in the first place. Accordingly, remitting the issue to the tribunal is not necessarily the appropriate option available to a court when it is asked to review a tribunal's implied decision on an issue that was not raised before the tribunal. Indeed, when a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, it will generally be unnecessary to remit the decision to the tribunal. Instead, the decision should simply be upheld as reasonable. On the other hand, a reviewing court should show restraint before finding that an implied decision on an issue not raised before the tribunal was unreasonable. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one. This, of course, assumes that the Court has thought it appropriate in the particular circumstances to allow the issue to be raised for the first time on judicial review. Care must be taken not to give parties an opportunity for a second hearing before a tribunal as a result of their failure to raise at the first hearing all of the issues they ought to have raised.

C. *Application of the Reasonableness Standard in This Case*

[56] In the present case, the Court need not look far to discover a reasonable basis for the adjudicator's decision. The Commissioner and his delegated adjudicators have considered the issue, as it relates to s. 50(5) *PIPA* and to the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 ("*FOIPA*"), on numerous occasions and have provided a consistent analysis. The existence of other decisions of a tribunal on the same issue can be of assistance to a reviewing court in determining whether a reasonable basis for the tribunal's decision exists. In this case, a review of the reasons of the Commissioner

Alors, même s'il y a décision implicite, il est possible qu'elle juge opportun de renvoyer la décision au tribunal administratif pour qu'il la motive. Le renvoi peut toutefois faire échec à la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique qui préside souvent au départ à la création d'un tribunal administratif spécialisé. Ce n'est donc pas nécessairement la solution à retenir à l'issue du contrôle judiciaire de la décision implicite d'un décideur administratif sur un point qui n'a pas été soulevé devant lui. En effet, lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n'est généralement pas nécessaire de renvoyer l'affaire au tribunal administratif. La juridiction de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Par contre, elle devrait user de retenue avant de conclure au caractère déraisonnable d'une décision implicite rendue sur un point non soulevé devant le tribunal administratif. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une. Il faut évidemment supposer que, dans la situation particulière considérée, elle a jugé opportun de permettre que la question soit soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire. Il faut se garder de donner aux parties la possibilité d'être entendues une autre fois par le tribunal administratif parce qu'elles ont omis de faire état à la première audience de toutes les questions à débattre.

C. *Application en l'espèce de la norme de la raisonnabilité*

[56] Dans la présente affaire, point n'est besoin de chercher loin pour trouver un fondement raisonnable à la décision de la déléguée. La question touchant à l'application du par. 50(5) de la *PIPA* ou du par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25 (« *FOIPA* »), dont les libellés sont semblables, a été examinée à maintes reprises par le commissaire et ses délégués, et leur analyse se révèle constante. La juridiction de révision peut s'en remettre aux autres décisions que le tribunal administratif a rendues sur le même point pour se prononcer sur l'existence d'un fondement raisonnable. En l'occurrence,

and the adjudicators in other cases allows this Court to determine without difficulty that a reasonable basis exists for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, in the circumstances here, it is safe to assume that the numerous and consistent reasons in these decisions would have been the reasons of the adjudicator in this case.

[57] In *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C., the Commissioner's delegated adjudicator considered the issue of whether there could be an extension after the expiry of the 90-day period under s. 50(5) *PIPA*. Adopting the Commissioner's analysis of s. 69(6) *FOIPA* in *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C., as applicable to s. 50(5) *PIPA*, she decided that "time extensions under section 50(5) can be done after expiry of the 90-day period" (para. 27). She looked at the text of s. 50(5) *PIPA* and reasoned that "[t]he placing of the phrase 'within 90 days' is such that this modifier refers only to the time within which the inquiry must be completed, rather than to a time within which the extension must be done" (para. 27). She went on to explain that, if "there is ambiguity, a purposive interpretation of section 50, in the context of the entire Act, leads to the conclusion that the purpose of the Act would be best served if the provision were interpreted as permitting an extension after 90 days" (para. 27).

[58] Finally, her interpretation of s. 50(5) was informed by practical realities of procedures under *PIPA*, which could make it impossible for adequate notice, including an anticipated date of completion, to be provided before the expiry of 90 days. In the case before her,

> at the time the 90 days expired, the interviews with the parties had not yet been completed. Indeed, because the mediator was not appointed until after further information had been sought and obtained from the Applicant, the mediation process was only commencing. At that time, it was impossible to know whether there would be a need for an inquiry. It makes no sense to speak of anticipating a date for completion of an inquiry until the inquiry itself can be anticipated in the sense of

l'examen des motifs du commissaire ou de ses délégués dans d'autres affaires permet de déterminer sans peine que la décision implicite de la déléguée a une assise raisonnable. On peut certes présumer que ces motifs abondants et constants auraient été repris par la déléguée dans la présente affaire.

[57] Dans l'ordonnance *P2008-005; College of Alberta Psychologists*, 17 décembre 2008, O.I.P.C., la déléguée du commissaire examine la question de la prorogation du délai après les 90 jours impartis sous le régime du par. 50(5) de la *PIPA*. Estimant que l'analyse du commissaire se rapportant à l'application du par. 69(6) de la *FOIPA* dans l'ordonnance *F2006-031; Edmonton Police Service*, 22 septembre 2008, O.I.P.C., vaut pour le par. 50(5) de la *PIPA*, elle conclut que [TRADUCTION] « la prorogation du délai suivant le par. 50(5) peut intervenir après l'expiration des 90 jours » (par. 27). Après examen de la disposition, elle opine que « [v]u leur emplacement dans le libellé, les mots "dans les 90 jours" ne définissent que le délai dans lequel l'enquête doit être menée à terme, et non celui dans lequel la prorogation doit intervenir » (par. 27). Elle ajoute que dans la mesure où « il y a ambiguïté, l'interprétation téléologique de l'art. 50 au regard de l'ensemble de la Loi mène à la conclusion que l'interprétation autorisant la prorogation du délai après les 90 jours impartis est davantage compatible avec l'objet de la Loi » que celle qui l'interdit (par. 27).

[58] Enfin, elle interprète le par. 50(5) en fonction du déroulement réel de la procédure prévue par la *PIPA*, lequel pourrait faire en sorte que l'avis requis, y compris la communication de la date prévue d'achèvement, ne puisse être dûment donné avant l'expiration du délai de 90 jours. Elle dit ce qui suit au sujet de l'affaire dont elle est saisie :

> [TRADUCTION] . . . à l'expiration du délai de 90 jours, les entretiens avec les parties n'avaient pas encore pris fin. En fait, le processus de médiation venait à peine de commencer, car le médiateur n'avait été nommé qu'après l'obtention d'un complément d'information du demandeur. On ne pouvait alors savoir si une enquête serait nécessaire. On ne saurait prévoir la date à laquelle prendra fin une enquête alors qu'on ne sait même pas s'il y en aura une. [. . .] Ce n'est que lorsqu'il est apparu

being expected. . . . It was only after it became clear that the mediation had failed and the matter would go to inquiry that it became necessary to undertake the next phase. [para. 36]

[59] In my view, it was reasonable to interpret s. 50(5) *PIPA* in a manner consistent with s. 69(6) *FOIPA*. Both provisions govern inquiries conducted by the Commissioner. The two provisions are identically structured and use almost identical language. For ease of reference, I repeat that s. 50(5) *PIPA* then provided:

50 . . .

(5) An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

(a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and

(b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[60] Section 69(6) *FOIPA* provides:

69 . . .

(6) An inquiry under this section must be completed within 90 days after receiving the request for the review unless the Commissioner

(a) notifies the person who asked for the review, the head of the public body concerned and any other person given a copy of the request for the review that the Commissioner is extending that period, and

(b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[61] Given that the reasons in *Order P2008-005* adopted the Commissioner's reasoning in *Order F2006-031*, the analysis in *Order F2006-031* can provide further assistance in determining the existence of a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, the

clairement que la médiation avait échoué et que la tenue d'une enquête s'imposait qu'il a fallu passer à l'étape suivante. [par. 36]

[59] Selon moi, il était raisonnable que l'interprétation du par. 50(5) de la *PIPA* s'inspire de celle du par. 69(6) de la *FOIPA*. En effet, les deux dispositions s'appliquent aux enquêtes du commissaire, elles sont conçues de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. Afin de faciliter sa consultation, je reproduis à nouveau le texte du par. 50(5) de la *PIPA* dans la version qui s'appliquait au moment considéré :

[TRADUCTION] **50** . . .

(5) L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,

b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[60] Le paragraphe 69(6) de la *FOIPA* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] **69** . . .

(6) L'enquête entreprise en application du présent article prend fin dans les 90 jours suivant la réception de la demande d'enquête, sauf :

a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande d'enquête, la direction de l'organisme public visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande d'enquête qu'il proroge ce délai,

b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[61] Comme les motifs de l'ordonnance *P2008-005* reprennent le raisonnement du commissaire dans l'ordonnance *F2006-031*, l'analyse qui figure dans cette dernière ordonnance peut aussi servir à déterminer si la décision implicite de la déléguée en l'espèce a un fondement raisonnable. D'ailleurs,

Commissioner and his delegated adjudicators have repeatedly relied upon the detailed reasoning in *Order F2006-031* when deciding whether there can be an extension after 90 days under s. 69(6) *FOIPA* (see *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.).

[62] In *Order F2006-031*, the Commissioner considered the text of the provision, finding that

> [s]ection 69(6) does not expressly state whether I must notify the parties that I am extending the 90 days and provide an anticipated date for completion of the review before the 90-day period expires. Placing the phrase "within 90 days" at the beginning of the provision makes it unclear whether the phrase is meant to refer to (i) the duty to complete the inquiry, as set out in the beginning of the provision, or (ii) the power in section 69(6)(a) and section 69(6)(b) to extend the 90-day period.
>
> In my view, the placement of the phrase "within 90 days" indicates that the 90 days refers only to my duty to complete the inquiry, and does not refer to my power to extend the 90-day period in section 69(6)(a) and section 69(6)(b). [paras. 53-54]

[63] In my view, this is a reasonable interpretation of the text of s. 69(6) *FOIPA* and of s. 50(5) *PIPA*. The placement of "within 90 days" suggests that it may refer to the completion of the inquiry and not to providing an extension.

[64] The ATA submits that interpreting s. 50(5) *PIPA* to allow an extension after the expiry of 90

le commissaire et ses délégués ont souvent fait fond sur ces motifs détaillés lorsqu'ils ont eu à statuer sur la prorogation du délai de 90 jours prévu au par. 69(6) de la *FOIPA* (voir l'ordonnance *F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); l'ordonnance *F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); l'ordonnance *F2008-003; Edmonton Police Service*, 12 décembre 2008, O.I.P.C.; l'ordonnance *F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); l'ordonnance *F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); l'ordonnance *F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); l'ordonnance *F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); l'ordonnance *F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); et l'ordonnance *F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, 27 novembre 2008, O.I.P.C.).

[62] Dans l'ordonnance *F2006-031*, le commissaire conclut ce qui suit après examen du texte de la disposition :

> [TRADUCTION] Le paragraphe 69(6) ne précise pas si je dois informer ou non les parties de la prorogation du délai de 90 jours et de la date prévue d'achèvement de l'enquête avant l'expiration du délai de 90 jours. Comme les mots « dans les 90 jours » figurent dans la première partie de la disposition, il est difficile de déterminer s'ils visent (i) l'obligation de mener à terme l'enquête énoncée au début de l'article ou (ii) le pouvoir conféré aux al. 69(6)a) et b) de proroger le délai de 90 jours.
>
> Selon moi, l'emplacement des mots « dans les 90 jours » fait en sorte que le délai vise uniquement l'obligation de mener à terme l'enquête et non le pouvoir de le proroger conféré aux al. 69(6)a) et b). [par. 53-54]

[63] Cette interprétation du par. 69(6) de la *FOIPA* et du par. 50(5) de la *PIPA* me paraît raisonnable. La position des mots [TRADUCTION] « dans les 90 jours » donne à penser qu'ils peuvent se rapporter à l'achèvement de l'enquête, mais non à la prorogation du délai.

[64] L'ATA soutient qu'interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* de sorte qu'il permette de proroger le

days would render the requirements of notice nugatory (Factum, at para. 75). I do not agree. The mere fact that an extension and an anticipated date for completion is given after the expiry of 90 days does not eliminate its value in keeping the parties informed of the progression of the process. As the Commissioner noted, in most cases that progress to an inquiry, the parties will be involved in the process and will know that it will not be completed within 90 days (*Order F2006-031*, at para. 58). Even if provided after 90 days, the notice of extension, which includes an anticipated date for completion, still provides information to the parties about how the matter is progressing and when the parties can expect it to be completed.

[65] The ATA argues that the principle of statutory interpretation, *expressio unius est exclusio alterius*, leads to the conclusion that an extension must be made before the expiry of 90 days: when the legislature intended to allow an extension to be made either before or after the expiry of a time period; it said so expressly. The now repealed s. 54(5) *PIPA* authorized a court to, "on application made either before or after the expiry of the period referred to in subsection (3) [i.e., 45 days], extend that period if the court considers it appropriate to do so". According to the ATA, absence of such language in s. 50(5) *PIPA* necessarily implies that the legislature did not intend for the Commissioner to be able to extend the period for completion of an inquiry "before or after" the 90-day period has expired (Factum, at para. 76).

[66] This argument, while having some merit, is far from determinative. As Justice Berger pointed out, there are also many statutory provisions in Alberta that expressly restrict extensions to those granted before expiry of a time period (at para. 57, citing *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, c. C-32, s. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, c. E-13, s. 23, *Garage Keepers' Lien Act*, R.S.A. 2000, c. G-2, s. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, s. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, s. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 80(3); and *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. L-20, s. 257). I agree with Justice Berger that,

délai après les 90 jours impartis neutralise l'obligation d'informer les parties (mémoire, par. 75). Je ne peux faire droit à cette prétention. Le seul fait que le délai soit prorogé et la date prévue d'achèvement précisée après l'expiration du délai de 90 jours ne rend pas l'avis inutile aux fins de tenir les parties informées de l'évolution de l'instance. Comme le signale le commissaire, dans la plupart des cas qui donnent lieu à une enquête, les parties prennent part au processus et savent que celui-ci ne prendra pas fin dans les 90 jours (ordonnance *F2006-031*, par. 58). Même s'il est donné passé le délai de 90 jours, l'avis de prorogation, qui précise aussi la date prévue d'achèvement, informe toujours les parties du cheminement du dossier et du moment auquel l'enquête devrait prendre fin.

[65] Selon l'ATA, la règle d'interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* mène à la conclusion que la prorogation doit intervenir avant l'expiration des 90 jours, car lorsque le législateur veut permettre la prorogation avant ou après l'expiration d'un délai, il le dit clairement. En effet, avant son abrogation, le par. 54(5) de la *PIPA* disposait qu'une cour de justice [TRADUCTION] « qui le juge indiqué peut, sur demande présentée avant ou après l'expiration du délai prévu au paragraphe (3) [c.-à-d. 45 jours], proroger ce délai ». Il faudrait donc nécessairement conclure de l'absence de ces mots au par. 50(5) de la *PIPA* que le législateur n'a pas voulu que le commissaire puisse proroger le délai imparti pour mener à terme l'enquête [TRADUCTION] « avant ou après » l'expiration des 90 jours prévus (mémoire, par. 76).

[66] Bien que le raisonnement se tienne, il est loin d'être concluant. Comme le souligne le juge Berger, de nombreuses dispositions albertaines ne permettent expressément la prorogation d'un délai qu'avant son expiration (par. 57, citant les lois suivantes : *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, ch. C-32, art. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E-13, art. 23; *Garage Keepers' Lien Act*, R.S.A. 2000, ch. G-2, par. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L-4, art. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L-8, par. 80(3); et *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-20, art. 257). Je conviens avec

"when . . . the provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that silence means that the extension must be granted before expiry" (para. 58). I am therefore unable to conclude that the *expressio unius* principle renders the adjudicator's interpretation unreasonable.

[67] The Commissioner developed his analysis by relying on established principles of statutory interpretation to resolve any potential ambiguity through a purposive interpretation of the provision. He explained:

> To the extent that there is any ambiguity, by interpreting section 69(6) purposively as I will do below, the provision allows me to extend the time after the 90-day period expires.
>
> In Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th Edition, (Markham, Ontario: Butterworths Canada Ltd., 2002), the author quotes Duff C.J. in *McBratney v. McBratney* (1919), 59 S.C.R. 550. Duff, C.J. set out the principles that govern judicial reliance on purpose in interpretation, in order to resolve ambiguity. The first of these principles set out by Ruth Sullivan at page 219 is:
>
> > If the ordinary meaning of legislation is ambiguous, the interpretation that best accords with the purpose of the legislation should be adopted. [paras. 54-55]

[68] Referring to s. 2(b) *FOIPA*, the Commissioner affirmed that the purpose of *FOIPA* was "to provide a mechanism for controlling the collection, use and disclosure of personal information by public bodies", which *FOIPA* achieves "by giving [the Commissioner] the power to review the collection, use and disclosure of personal information" (para. 57). In his view, the specific purpose of s. 69(6) *FOIPA* was "to ensure that such reviews are conducted in a timely way, and also that parties are kept aware of the timing of the process so they may participate and plan their affairs accordingly" (para. 57). The purpose of *FOIPA* is uncontroversial, as it is expressly articulated at s. 2(b). I consider the Commissioner's view of the purpose of s. 69(6) *FOIPA* to be reasonable. It is similarly reasonable to determine that the purpose of s. 50(5) *PIPA* is to ensure timely completion of

le juge Berger que [TRADUCTION] « lorsque [. . .] le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l'expiration du délai » (par. 58). Je ne puis donc conclure que l'interprétation de la déléguée est déraisonnable au regard de la maxime *expressio unius*.

[67] L'analyse du commissaire s'appuie sur des principes d'interprétation législative reconnus et vise à dissiper toute ambiguïté éventuelle au moyen d'une démarche téléologique. Il explique :

> [TRADUCTION] Dans la mesure où il y a ambiguïté, l'interprétation téléologique du par. 69(6) à laquelle je me livre ci-après m'autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis.
>
> Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, Ruth Sullivan, 4e éd. (Markham, Ontario : Butterworths Canada Ltd., 2002), l'auteure cite l'arrêt *McBratney c. McBratney* (1919), 59 R.C.S. 550, dans lequel le juge en chef Duff expose les principes suivant lesquels, pour résoudre une ambiguïté, il peut être tenu compte de l'objet d'une loi pour l'interpréter. Le premier de ces principes que cite l'auteur à la p. 219 est le suivant :
>
> > Si le sens ordinaire de la loi est ambigu, il convient d'opter pour l'interprétation qui correspond le mieux à l'objet de la loi. [par. 54-55]

[68] Renvoyant à son al. 2b), le commissaire affirme que la *FOIPA* a pour objet de [TRADUCTION] « contrôler la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme public », et ce, « par l'octroi [au commissaire] du pouvoir d'enquêter sur la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels » (par. 57). Selon lui, le par. 69(6) de la *FOIPA* vise précisément « à faire en sorte que le processus soit mené à terme avec célérité et que les parties soient tenues informées de son déroulement afin qu'elles puissent y participer et prendre des arrangements en conséquence » (par. 57). L'objet de la *FOIPA* étant expressément énoncé à l'al. 2b), il ne prête pas à controverse. J'estime que l'opinion du commissaire quant à l'objet du par. 69(6) de la *FOIPA* est raisonnable. Il me paraît également raisonnable de conclure que le par. 50(5) de la *PIPA* vise à faire en

reviews and to keep the parties informed about the process.

[69] According to the Commissioner, "[i]n most cases that advance to inquiry . . . at the time the 90-day period expires, the inquiry process has been fully engaged and is progressing with the participation of the parties. Because they are involved, the parties are fully aware that the process will continue beyond 90 days" (para. 58). For this reason, the Commissioner did "not believe that the goal of a timely resolution of issues, and of keeping the parties informed, would be advanced by requiring [him] to formally communicate to the parties within 90 days something they already know: that the matter will not be completed within 90 days" (para. 58).

[70] The Commissioner then addressed the practical difficulty of satisfying the s. 69(6)(b) *FOIPA* requirement to provide an anticipated date of completion with the extension if the extension must necessarily be made within 90 days. He pointed out that s. 68 *FOIPA* empowers him to authorize a mediation upon receipt of a request for review. The mediation itself could take up some or all of the 90 days. If the mediation is unsuccessful or mediation is not authorized, the matter would move to inquiry. An inquiry must accord the parties procedural fairness, which can mean accommodating requests for adjournments, to adduce further evidence and to adjourn to review and make submissions on the new evidence. In short, the Commissioner explained that "the parties, as much as [he], have carriage of the matter" and that "[t]he time within which the matter will be completed is largely determined by their actions, schedules and the issues they raise" (para. 62). For this reason, it may not be feasible for the Commissioner to provide an anticipated date for completion within 90 days and the parties are well aware of how the matter is progressing in any event (paras. 59-62).

sorte que l'enquête soit menée à terme avec célérité et que les parties soient tenues au courant de l'évolution du processus.

[69] Selon le commissaire, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des cas qui atteignent l'étape de l'enquête [. . .], lorsque le délai de 90 jours expire, le processus est engagé et suit son cours avec la participation des parties. Parce qu'elles y participent, les parties savent parfaitement qu'il durera plus de 90 jours » (par. 58). C'est pourquoi le commissaire « ne croi[t] pas qu'exiger de [lui] qu'[il] communique officiellement avec les parties avant l'expiration du délai de 90 jours pour les informer de ce qu'elles savent déjà, à savoir que l'enquête ne sera pas menée à terme dans les 90 jours, favorise la réalisation de l'objectif qui consiste à faire preuve de célérité dans le règlement d'une affaire et à tenir les parties informées » (par. 58).

[70] Le commissaire fait ensuite état de la difficulté de respecter dans les faits l'exigence, prévue à l'al. 69(6)b) de la *FOIPA*, d'informer les parties à la fois de la date prévue d'achèvement et de la prorogation du délai si la prorogation doit nécessairement avoir lieu avant l'expiration des 90 jours. Il signale que l'art. 68 de la *FOIPA* l'habilite à autoriser la médiation lorsqu'il reçoit une demande d'enquête. Or, pendant cette médiation, une bonne partie, voire la totalité, du délai de 90 jours peut s'écouler. Lorsque la médiation n'est pas autorisée ou qu'elle échoue, on passe alors à l'étape de l'enquête, laquelle est assujettie aux règles d'équité procédurale. Dès lors, il faut faire droit aux demandes d'ajournement pour présentation d'un complément de preuve ou examen d'un nouvel élément de preuve et formulation d'observations à son sujet. Bref, le commissaire explique que [TRADUCTION] « le déroulement de l'affaire dépend tout autant des parties que de [lui] » et que « [l]a durée du processus tient en grande partie à leurs actes, à leur emploi du temps et aux questions qu'elles soulèvent » (par. 62). Voilà pourquoi il peut ne pas être en mesure de communiquer la date prévue d'achèvement avant l'expiration du délai de 90 jours, sans compter que les parties sont de toute manière parfaitement au courant de l'évolution du dossier (par. 59-62).

[71] The Commissioner therefore concluded that

> neither the purpose of the [*FOIPA*] in general nor section 69(6) in particular is advanced by interpreting the provision as creating an absolute "deadline", beyond which a proceeding that is underway cannot continue unless I have, before the 90 days expires, expressly stated that the matter will continue beyond 90 days, and projected a new final date for completion. [para. 63]

[72] In my view, the Commissioner's reasoning in support of his conclusion that extending the period for completion of an inquiry after the expiry of 90 days does not result in the automatic termination of the inquiry under s. 69(6) *FOIPA* satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making. The decision is carefully reasoned, systematically addressing: (i) the text of the provision, (ii) the purposes of *FOIPA* in general and of s. 69(6), in particular, and (iii) the practical realities of conducting inquiries drawn from the Commissioner's experience administering *FOIPA*. It was reasonable for the Commissioner's delegated adjudicator, in *Order P2008-005*, to adopt this detailed reasoning and apply it to s. 50(5) *PIPA*. I therefore have no difficulty concluding that there exists a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case that extending the 90-day period after the expiry of that period did not terminate the process.

D. *The Mandatory/Directory Distinction Does Not Arise in This Case*

[73] The parties, the trial judge and the Court of Appeal all approached the timelines issue as though it engaged the distinction between mandatory and directory legislative provisions. R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague succinctly explain the mandatory/directory distinction as follows:

> Where a provision is imperative it must be complied with. The consequence of failing to comply with an imperative provision will vary depending on whether the imperative direction is mandatory or directory. Failing to comply with a mandatory direction will

[71] La commissaire conclut donc :

> [TRADUCTION] ... il ne sert ni l'objet de la [*FOIPA*] en général ni l'objet de son par. 69(6) en particulier d'interpréter la disposition de manière qu'elle établisse une « date limite » ferme faisant obstacle à la poursuite d'une affaire en cours sauf si, avant l'expiration du délai de 90 jours, j'ai expressément déclaré que l'enquête durerait plus longtemps et arrêté une nouvelle date prévue d'achèvement. [par. 63]

[72] Je suis d'avis que le raisonnement à l'issue duquel le commissaire conclut que la prorogation du délai après les 90 jours impartis pour mener à terme l'enquête ne met pas automatiquement fin à celle-ci suivant le par. 69(6) de la *FOIPA* satisfait aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité du processus décisionnel administratif. La décision est soigneusement motivée et aborde successivement (i) le texte de la disposition, (ii) l'objet de la *FOIPA* en général et du par. 69(6) en particulier et (iii) l'expérience du commissaire au chapitre de la tenue d'enquêtes et de l'application de la *FOIPA*. Dans l'ordonnance *P2008-005*, la déléguée du commissaire pouvait raisonnablement reprendre ces motifs détaillés et les appliquer au par. 50(5) de la *PIPA*. Il m'est donc aisé de conclure qu'il y a en l'espèce un fondement raisonnable à la décision implicite de la déléguée suivant laquelle la prorogation du délai passé les 90 jours impartis n'a pas mis fin au processus.

D. *Absence d'application en l'espèce de la distinction entre une disposition impérative et une disposition directive*

[73] Les parties, le juge en cabinet et la Cour d'appel supposent tous que la question de l'observation du délai fait intervenir la distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives. R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague expliquent succinctement cette distinction :

> [TRADUCTION] La disposition de nature obligatoire commande l'observation. Son non-respect a des conséquences différentes selon que la prescription est impérative ou directive. L'inobservation d'une prescription impérative emporte la nullité de toute mesure

render any subsequent proceedings void while failing to comply with [a] directory command will not result in such invalidation (although the person to whom the command was directed will not be relieved from the duty of complying with it . . . .

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, pp. 22-126 to 22-126.1)

[74] This Court has previously expressed doubt as to the usefulness of the mandatory/directory distinction. In *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, Iacobucci J. affirmed that

> [t]he "mandatory" and "directory" labels themselves offer no magical assistance as one defines the nature of a statutory direction. Rather, the inquiry itself is blatantly result-oriented. . . . Thus, the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, [[1985] 1 S.C.R. 721], the principle is "vague and expedient" (p. 742). This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. [p. 123]

[75] In any event, the mandatory/directory distinction does not arise in this case. This distinction is concerned with the consequences of *failing to comply* with a legislative direction. Here, we are not dealing with the consequences of the Commissioner's failure to comply with s. 50(5) *PIPA*. Instead, we are concerned with interpreting the statute to determine when s. 50(5) *PIPA* requires the Commissioner to extend the period for completion of an inquiry. The issue was not "what is the consequence of non-compliance with the provision?", but "did the adjudicator comply with the provision?".

[76] Therefore, I do not agree with Marshall J. that the finding in *Kellogg Brown and Root Canada* that the requirements of s. 50(5) *PIPA* are mandatory is "entirely applicable here" (para. 12). Rather, I would adopt the adjudicator's analysis in *Order P2008-005* in which she explains that *Kellogg*

subséquente, tandis que celle d'une prescription directive ne donne pas lieu à une telle invalidation (mais la personne visée par la prescription demeure tenue de s'y conformer . . .

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 22-126 à 22-126.1)

[74] Notre Cour a déjà mis en doute l'utilité de cette distinction. Dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, le juge Iacobucci affirme :

> Les étiquettes « impérative » et « directive » ne sont elles-mêmes d'aucun secours magique pour définir la nature d'une fonction prévue par la loi. L'examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur le résultat. [. . .] Ainsi, l'application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [[1985] 1 R.C.S. 721], le principe est « vague » et « utilisé comme expédient » (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d'interprétation législative. [p. 123]

[75] Quoi qu'il en soit, cette distinction ne joue pas en l'espèce, car elle s'intéresse aux conséquences du *non-respect* d'une prescription du législateur, alors que nous ne sommes pas aux prises en l'espèce avec les conséquences de l'omission du commissaire de se conformer au par. 50(5) de la *PIPA*. Il nous faut plutôt interpréter la loi pour déterminer à quel moment le délai peut être prorogé en application de ce paragraphe. La question n'est pas celle de savoir quelle est la conséquence du non-respect de la disposition, mais bien si la déléguée s'est conformée à la disposition.

[76] Je ne saurais donc convenir avec le juge Marshall que la conclusion, tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, selon laquelle les exigences du par. 50(5) de la *PIPA* sont impératives est [TRADUCTION] « entièrement applicable en l'espèce » (par. 12). Je me range plutôt à l'avis de la

Brown and Root Canada has no application to a case such as this one where the Commissioner provides an extension after 90 days. The decision in that case was premised on the fact that *no time extension was ever* issued (at para. 27, citing para. 14 of *Kellogg Brown and Root Canada*). For that reason, the consequences of non-compliance with s. 50(5) *PIPA* arose in *Kellogg Brown and Root Canada*, but they do not arise here. As the matter is not before this Court, it is not necessary to comment on the conclusion in *Kellogg Brown and Root Canada* that s. 50(5) *PIPA* imposes a mandatory direction.

V. Conclusion

[77] I would allow the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal and reinstate the adjudicator's decision on the timelines issue. In accordance with the recommendation of the Commissioner, the matter is remitted to the chambers judge to consider the issues not previously dealt with and resolved in the judicial review.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[78] BINNIE J. — My colleagues Rothstein J. and Cromwell J. have staked out compelling positions on both sides of the argument about the role, function and even the existence of "true questions of jurisdiction or *vires*". While I agree with much that is said by both colleagues, I find myself occupying a middle ground which, given the importance of the issue, I believe is worth defending. I therefore append these brief reasons concurring in the result.

[79] I agree with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and, more generally, to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework which is both dictated by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and limited by their

déléguée dans l'ordonnance *P2008-005*, à savoir que *Kellogg Brown and Root Canada* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, le commissaire proroge le délai passé les 90 jours impartis. En effet, dans cette affaire, la décision tenait à ce qu'il n'y avait *jamais eu de prorogation* (par. 27, citant *Kellogg Brown and Root Canada*, par. 14). C'est pourquoi les conséquences découlant de l'inobservation du par. 50(5) de la *PIPA* jouent dans *Kellogg Brown and Root Canada*, mais pas en l'espèce. La question n'étant pas soulevée devant elle, notre Cour n'a pas à se prononcer sur la conclusion tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, à savoir que le par. 50(5) constitue une prescription impérative.

V. Conclusion

[77] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel et de rétablir la décision de la déléguée concernant le délai. Conformément à la recommandation du commissaire, l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[78] LE JUGE BINNIE — Mes collègues les juges Rothstein et Cromwell font valoir des points de vue opposés, mais tous deux convaincants, sur le rôle, la fonction et l'existence même de la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Je souscris en grande partie à ce qu'ils avancent, mais ma position est intermédiaire et, compte tenu de l'importance du sujet, il me paraît opportun d'exprimer mon opinion. Voici donc de brefs motifs concordants quant au résultat.

[79] Je conviens avec le juge Cromwell que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et, plus généralement, pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que

respective statutory mandates. The courts, not the tribunals, determine the outer limits of those mandates. Cromwell J. puts the point succinctly, at para. 98, when he writes that within the limits imposed by the Constitution,

> [t]he fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out.

[80] On the other hand, just because the notion of a "true question of jurisdiction or *vires*" works well at the conceptual level does not mean that it is helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision. On this point, Cromwell J. adopts, at para. 95, the deeply problematic statement by the *Dunsmuir* majority that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to . . . decide a particular matter" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 59). As Professor D. Mullan pointed out in "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at pp. 126-30, this formulation was not narrow but so broad as to risk bringing back from the dead the preliminary question jurisprudence from which Cromwell J. endeavours to dissociate himself, which reached its unfortunate zenith in *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756.

[81] In response to this controversy about *vires* and jurisdiction, Rothstein J. lays down the sweeping

dicte l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que délimitent leurs mandats légaux respectifs. Ce sont les cours de justice, et non les tribunaux administratifs, qui déterminent la portée de ces mandats. Le juge Cromwell le dit succinctement lorsqu'il écrit au par. 98 de ses motifs que dans les limites établies par la Constitution,

> [l]a présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues.

[80] Par contre, ce n'est pas parce que la notion de « question touchant véritablement à la compétence » se manie bien conceptuellement qu'elle se révèle utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s'immiscer dans une décision administrative donnée. Au paragraphe 95 de ses motifs, le juge Cromwell reprend sur ce point l'affirmation foncièrement problématique des juges majoritaires dans *Dunsmuir* selon laquelle la compétence s'entend au « sens strict de la faculté du tribunal administratif de [. . .] trancher une question » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 59). Comme le signale le professeur D. Mullan dans « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 126-130, cette formulation n'est pas stricte, mais si générale qu'elle risque de redonner vie à la doctrine de la condition préalable — dont le juge Cromwell s'efforce de se dissocier — qui a connu son regrettable apogée dans *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.

[81] Au vu de cette controverse suscitée par la notion de compétence, le juge Rothstein affirme

proposition that "it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of 'its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity' should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review" (para. 34). Cromwell J. says, disapprovingly, that in the absence of further guidance, such a presumption is unlikely to be of "any assistance to reviewing courts" (para. 92). His solution, on the other hand, would be to return us to a "more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly" (para. 99). This "thorough examination" is to be based on a variation of the pragmatic and functional test associated with *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, as repositioned in *Dunsmuir*. I do not think, with respect, that generalities about "legislative intent" are any more likely to provide quick and straightforward "assistance to reviewing courts" than Rothstein J.'s offer of a presumption.

[82] It may be recalled that the willingness of the courts to defer to administrative tribunals on questions of the interpretation of their "home statutes" originated in the context of elaborate statutory schemes such as labour relations legislation. In such cases, the tribunal members were not only better versed in the practicalities of how the scheme could and did operate, but in many cases, the legislature tried to curb the enthusiasm of the courts to intervene by inserting explicit privative clauses. Over the years, acceptance of judicial deference grew even on questions of law (see, e.g., *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557), but never to the point of presuming, as Rothstein J. does, that whenever the tribunal is interpreting its "home statute" or statutes, it is entitled to deference. It is not enough, it seems to me, to say that the tribunal has selected one from a number of interpretations of a particular provision that the provisions can reasonably bear,

catégoriquement qu'« [il suffit en l'espèce] d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Exprimant son désaccord, le juge Cromwell fait valoir qu'à défaut d'autres repères, cette présomption « n'aide en rien les cours siégeant en révision » (par. 92). Il propose cependant de revenir à « un examen approfondi de l'intention du législateur lorsqu'une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier » (par. 99). Cet « examen approfondi » doit être fondé sur une variante de l'analyse pragmatique et fonctionnelle associée à l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et reformulée dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l'expression de généralités au sujet de l'« intention du législateur » « n'aide [davantage, de manière rapide et simple] les cours siégeant en révision » que la présomption préconisée par le juge Rothstein.

[82] Il convient de rappeler que la volonté des cours de justice de déférer aux décisions des tribunaux administratifs portant sur l'interprétation de leurs lois constitutives a vu le jour dans le contexte de régimes législatifs élaborés, telle la législation du travail. Non seulement les membres de ces tribunaux étaient alors plus familiarisés que les cours de justice avec l'application possible et concrète du régime, mais dans bien des cas, le législateur avait tenté de freiner l'ardeur interventionniste de ces dernières en prévoyant des clauses d'inattaquabilité (appelées traditionnellement « *clauses privatives* ») explicites. Au fil des ans, la reconnaissance de la déférence judiciaire s'est accrue, même sur des points de droit (voir, p. ex., *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557), mais jamais au point de présumer, comme le fait le juge Rothstein, que du moment que le tribunal administratif interprète sa ou ses lois constitutives, il a droit à la déférence, c'est-à-dire

no matter how fundamentally the tribunal's legal opinion affects the rights of the parties who appear before it. On issues of procedural fairness or natural justice, for example, the courts should not defer to a tribunal's view of the extent to which its "home statute" permits it to proceed in what the courts conclude is an unfair manner.

[83] The middle ground between Cromwell J. and Rothstein J., it seems to me, lies in the more nuanced approach recently adopted by the Court in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*CHRC*"), where it was said that "if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference" (para. 24 (emphasis added)). Rothstein J. puts aside the limiting qualifications in this passage when he comes to formulating his presumption, which is triggered entirely by the location of the controversy in the "home statute".

[84] *CHRC* is also helpful in emphasizing the expression "issues of general legal importance" and downplaying (while citing) the *Dunsmuir* majority's more extravagant requirement of a question of law "of central importance to the legal system as a whole" (para. 60). While judicial self-citation is generally to be avoided, I feel encouraged by *CHRC* to resuscitate what I said on this point in my concurring reasons in *Dunsmuir*:

> It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge's courtroom about whether or not a particular question of law is "of central importance to the legal system as a whole". It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges. [para. 128]

qu'il lui suffit de retenir l'une des interprétations raisonnables possibles de la disposition en cause, peu importe l'incidence fondamentale de son choix sur les parties. En ce qui concerne l'équité procédurale et la justice naturelle, par exemple, une juridiction de révision ne devrait pas déférer à l'avis d'un tribunal administratif quant à la mesure dans laquelle sa loi constitutive lui permet d'agir d'une manière que les cours de justice tiennent pour inéquitable.

[83] La démarche nuancée de notre Cour dans le récent arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *CCDP* »), où elle dit que « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence » (par. 24 (je souligne)), me paraît constituer un compromis entre les points de vue exprimés par les juges Cromwell et Rothstein. Le juge Rothstein fait abstraction des conditions qui figurent dans cet extrait lorsqu'il formule sa présomption, dont l'application dépend entièrement de l'emplacement de la disposition litigieuse dans la loi constitutive.

[84] L'arrêt *CCDP* se révèle également utile en ce qu'il met l'accent sur la notion de « question de droit générale » et minimise (même s'il la mentionne) celle, plus extravagante, de question de droit d'« une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » retenue par les juges majoritaires dans *Dunsmuir* (par. 60). Il convient certes d'éviter de se citer soi-même, mais *CCDP* m'incite à rappeler ce que je dis sur le sujet dans mes motifs concordants dans *Dunsmuir* :

> Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l'accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l'application de la norme de la décision correcte l'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l'expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale. [par. 128]

I would interpret the reference in *CHRC* to "issues of general legal importance" as being to issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. After all, some administrative decision makers have considerable legal expertise and resources. Others have little or none.

[85] What then is involved in a "reasonableness" review of a tribunal's interpretation of its home statute? The *Dunsmuir* majority said that "[t]ribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions" (para. 47). It is clear that "the range of acceptable and rational solutions" is context specific and varies with the circumstances including the nature of the issue under review. In *CHRC*, the reviewing court was called on to judicially review a tribunal's decision that its home statute gave it the statutory power to award costs. On appeal, the Court applied a "reasonableness" standard (referring at several points to the issue being within the "core function and expertise of the Tribunal", e.g., at para. 25). The reasonableness analysis nevertheless followed the well-worn path of Driedger's golden rule and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)). In other words, the intensity of scrutiny was not far removed from a correctness analysis, in my respectful opinion, just as was the case in *Dunsmuir* itself.

[86] In matters of general policy or broad discretion, on the other hand, the courts also apply "reasonableness" but with a much less aggressive attitude. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, for example, the question was pure policy, namely whether Mr. Khosa had shown "sufficient humanitarian and compassionate considerations" to warrant, in the opinion of the immigration appeal board, discretionary relief from a removal order whose validity Mr. Khosa did not contest.

À mon avis, une « question de droit générale » au sens de *CCDP* s'entend d'une question dont le règlement n'importe pas seulement pour le régime législatif considéré. Après tout, certains décideurs administratifs sont dotés d'une expertise et de ressources juridiques considérables. D'autres en ont peu ou n'en ont pas.

[85] En quoi consiste alors le contrôle selon la norme de la « raisonnabilité » de l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif? Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires disent qu'« [i]l est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Les « différentes solutions rationnelles acceptables » dépendent évidemment du contexte et varient en fonction des circonstances, dont la nature de la question visée par le contrôle. Dans *CCDP*, la juridiction de révision était appelée à contrôler la décision d'un tribunal administratif selon laquelle sa loi constitutive l'autorisait à adjuger des dépens. En appel, la Cour a appliqué la norme de la décision « raisonnable » (mentionnant à quelques reprises que la question relevait « essentiellement du mandat et de l'expertise du Tribunal », notamment au par. 25). Dans son analyse du caractère raisonnable, la Cour reprend néanmoins la démarche usitée fondée sur la règle d'or de Driedger et l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983)). En d'autres mots, dans *CCDP*, le degré d'intensité de l'examen est, à mon humble avis, assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte. C'est aussi le cas dans *Dunsmuir* d'ailleurs.

[86] Par contre, en matière de politique générale ou de pouvoir discrétionnaire étendu, les juridictions de révision appliquent aussi la norme de la décision « raisonnable », mais de manière beaucoup moins stricte. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par exemple, la question relevait strictement de la politique, à savoir si M. Khosa avait fait la preuve de « motifs d'ordre humanitaire justifiant », de l'avis de la Commission d'appel de l'immigration, la mesure discrétionnaire consistant à lever la mesure de renvoi dont il ne contestait pas la validité.

[87] In this case, the reasons of both Rothstein J. and Cromwell J. show a much more intense level of scrutiny of the issue before the Information and Privacy Commissioner than was the case in *Khosa*, and for good reason. "Reasonableness" is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense (or, as the *Dunsmuir* majority put it, assessing the "degree of deference" (para. 62)). Predictability is important to litigants and those who try to advise them on whether or not to initiate proceedings. It remains to be seen in future cases how the discretion of reviewing judges will be supervised at the appellate level to achieve such predictability. The *Dunsmuir* majority noted that "reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the [administrative] decision-making process" (para. 47). Such values are no less important in the process of judicial review.

[88] All of this is challenging enough for the reviewing judge without superadding to the debate at the working level Cromwell J.'s search for the elusive "true" question of *vires* or jurisdiction. Accordingly, I support Rothstein J.'s effort to euthanize the issue (apart from legislative provisions which guarantee its survival, as in s. 18.1(4)(*a*) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7). I would nevertheless respectfully part company with Rothstein J. in his effort to dilute the significance of expertise and general legal importance as conditions precedent to any deference to an administrative tribunal on matters of law, including the interpretation of its "home statute".

[89] The creation of a "presumption" based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. If the

[87] Dans la présente affaire, les motifs du juge Rothstein comme ceux du juge Cromwell appellent un examen de la décision du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée beaucoup plus strict que dans *Khosa*. Il y a une bonne raison à cela. La « raisonnabilité » est une notion générale d'apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d'examen, allant de celui relativement intense à celui qui l'est moins (ou, pour reprendre les mots employés par les juges majoritaires dans *Dunsmuir*, déterminer le « degré de déférence » (par. 62)). La prévisibilité est importante pour les justiciables et ceux qui tentent de les conseiller quant à savoir s'il vaut la peine ou non de saisir les tribunaux. Reste à voir comment, dans les affaires ultérieures, les juridictions d'appel se prononceront sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par les juridictions de révision pour assurer une telle prévisibilité. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires font observer que le « caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel [administratif] » (par. 47). Ces considérations n'importent pas moins dans le contexte du contrôle judiciaire.

[88] Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire sans qu'on leur demande en plus d'entreprendre la recherche du juge Cromwell visant l'insaisissable question touchant « véritablement » à la compétence. Par conséquent, je me range à l'avis du juge Rothstein quant à la nécessité d'en finir avec cette catégorie de questions (sauf lorsque des dispositions législatives assurent sa survie, comme l'al. 18.1(4)*a*) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7). Mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec la volonté du juge Rothstein de diminuer l'importance de l'expertise et de la question de droit générale comme conditions préalables à la manifestation de déférence envers la décision d'un tribunal administratif sur une question de droit, y compris l'interprétation de sa loi constitutive.

[89] La création d'une « présomption » fondée sur des critères insuffisants ne fait qu'ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Si la

issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal's "home statute" and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, in my respectful opinion, the last word on questions of law should be left with the courts.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[90] I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Rothstein J. and, for the most part, with his lucid and persuasive reasons. I respectfully do not agree, however, with some of my colleague's views set out, either expressly or by implication, in paras. 33-46.

[91] My colleague suggests that true questions of jurisdiction or *vires* arise so rarely when a tribunal is interpreting its home statute that it may be asked whether "the category of true questions of jurisdiction exists" and further that "the interpretation by the tribunal of 'its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity' should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review" (para. 34). There is no indication of how, if at all, this *presumption* could be rebutted. I have two difficulties with this position.

[92] The first difficulty concerns elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its "home" statute will not often raise a jurisdictional question.

décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l'expertise du décideur, et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. Sinon, à mon humble avis, il appartient à la juridiction de révision de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[90] Je suis d'accord sur la manière dont mon collègue le juge Rothstein statue dans le présent pourvoi et je souscris pour l'essentiel à ses motifs limpides et convaincants. Mais en toute déférence, je demeure en désaccord sur certains volets de son opinion exprimés expressément ou tacitement aux par. 33-46.

[91] Mon collègue laisse entendre qu'il arrive si rarement qu'un tribunal administratif appelé à interpréter sa loi constitutive soit saisi d'une question touchant véritablement à la compétence qu'il est permis de se demander si « la catégorie des véritables questions de compétence existe », et il ajoute qu'« il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Nulle précision n'est donnée quant à la manière dont cette *présomption* peut être réfutée, si toutefois elle peut l'être. Je vois là deux difficultés.

[92] La première tient à ce qu'on élève au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement

This goes well beyond saying that "[d]eference will usually result" with respect to such questions (as in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54) or that "courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal's authority" (as in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 34). In my view this is no "natural extension" of the approach set out by the majority of the Court in *Dunsmuir*, as is made plain by the fact that my colleague does not cite a word from the majority judgment which supports his position. Creating a presumption without providing guidance on how one could tell whether it has been rebutted does not, in my respectful view, provide any assistance to reviewing courts. The second difficulty concerns the suggestion that jurisdictional questions may not in fact exist at all. Respectfully, these propositions undermine the foundation of judicial review of administrative action.

[93] *Dunsmuir* was clear that at the heart of judicial review of administrative action is a balance between legality and legislative supremacy. On one hand, the principle of legality requires the courts to ensure that administrative tribunals and agencies exercise their delegated powers lawfully. This includes the requirement that "[a]dministrative bodies . . . be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*": *Dunsmuir*, at para. 59. In other words, there are some questions with respect to which the courts are obliged to substitute their understanding of the correct answer for the tribunal's understanding of the correct answer. On the other hand, the principle of legislative supremacy means that, in carrying out their functions, courts must be respectful of legislative intent that these bodies should be largely undisturbed by the courts in exercising those powers (para. 27). While courts have the constitutional responsibility "to review administrative action and ensure that

une question de compétence. C'est aller beaucoup plus loin que ne le fait notre Cour lorsqu'elle affirme (dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54) que « la déférence est habituellement de mise » à cet égard ou (dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34) que « la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu']il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal ». À mon sens, le point de vue de mon collègue ne « découle [pas] naturellement » de l'analyse des juges majoritaires dans *Dunsmuir* et, d'ailleurs, le juge Rothstein ne cite aucun extrait des motifs majoritaires dans cet arrêt à l'appui de son opinion. Soit dit en tout respect, la création d'une présomption sans précision de la manière dont on peut déterminer si elle est réfutée ou non n'aide en rien les cours siégeant en révision. En deuxième lieu, je ne peux convenir que les questions de compétence pourraient en fait ne pas exister du tout. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, ces propos minent l'assise du contrôle judiciaire des actes de l'Administration.

[93] Il ressort de l'arrêt *Dunsmuir* que l'équilibre entre la légalité et la suprématie législative est au cœur du contrôle judiciaire des actes de l'Administration. D'une part, le principe de légalité exige de la cour de justice qu'elle s'assure que le tribunal ou l'organisme administratif a exercé son pouvoir délégué conformément à la loi, notamment que l'« organisme administratif [a] statu[é] correctement sur une question touchant véritablement à la compétence » (*Dunsmuir*, par. 59). Autrement dit, la cour de justice est tenue, à l'égard de certaines questions, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif quant à savoir ce qui constitue la réponse correcte. D'autre part, le principe de suprématie législative veut qu'en s'acquittant de ses fonctions, la cour de justice respecte la volonté du législateur en s'abstenant le plus souvent de s'immiscer alors dans le fonctionnement d'un tel organisme (par. 27). Une cour de justice a l'obligation constitutionnelle « de contrôler les

it does not exceed its jurisdiction", they also must give effect to legislative supremacy by determining the applicable standard of judicial review by "establishing legislative intent" (paras. 29-31).

[94] I agree that the use of the terms "jurisdiction" and "*vires*" have often proved unhelpful to the standard of review analysis. This, however, should not distract us from the fundamental principles: as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is "correct". These core principles of judicial review of administrative action were laid down by the Court as recently as the 2008 decision in *Dunsmuir*. I therefore can neither agree with my colleague that the fact that a legislative provision is in a "home statute" has become a virtually unchallengeable proxy for legislative intent nor join him in speculating about whether jurisdictional review even exists. The standard of review analysis not only identifies the limits of the legality of the tribunal's actions, but also defines the limits of the role of the reviewing court. The reviewing court cannot consider the "substantive merits" of a judicial review application or statutory appeal unless it identifies and applies the appropriate standard of review. That is what defines those "substantive merits".

II. Legislative Intent

[95] I begin with the significance of the terms "jurisdiction" and "*vires*". I remain of the view that true questions of jurisdiction or *vires* exist. As I will explain later in these reasons, the jurisprudence affirms that they do. However, for the purposes of the standard of review analysis, I attach little weight to these terms. They add little to the analysis, and can cause problems. Undue emphasis on the concepts they embody bedevilled administrative law with preliminary jurisdictional questions that allowed for undue interference with

actes de l'Administration et de s'assurer que celle-ci n'outrepasse pas les limites de sa compétence », mais elle doit aussi tenir compte de la suprématie législative en déterminant la norme de contrôle applicable « en fonction de l'intention du législateur » (par. 29-31).

[94] Je conviens que l'emploi du mot « compétence » s'est souvent révélé inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l'intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». Ces principes fondamentaux régissant le contrôle judiciaire des actes de l'Administration ont été énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir* rendu par notre Cour tout juste en 2008. Je ne peux donc ni convenir avec mon collègue que la présence d'une disposition dans une loi constitutive est devenue l'expression presque incontestable de l'intention du législateur, ni m'interroger comme lui sur l'existence même du contrôle sur une question de compétence. L'analyse relative à la norme de contrôle non seulement délimite la légalité des actes du tribunal administratif, mais circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Cette dernière ne peut examiner les « prétentions sur le fond » qui forment l'assise d'une demande de contrôle judiciaire ou d'un appel prévu par la loi que si elle détermine et applique la bonne norme de contrôle. C'est ce qui définit ces « prétentions sur le fond ».

II. L'intention du législateur

[95] Considérons d'abord l'utilité du mot « compétence ». Je demeure d'avis que les questions touchant véritablement à la compétence existent. Comme je l'explique ci-après, la jurisprudence confirme leur existence. Cependant, pour les besoins de l'analyse relative à la norme de contrôle, j'accorde peu d'importance à ce terme. Il n'ajoute rien à l'analyse et peut être source de problèmes. L'accent mis à tort sur la notion qui le sous-tend a embrouillé le droit administratif par le recours à des conditions préalables liées à la compétence

administrative decisions. This Court's jurisprudence has long eschewed an expansive approach to "jurisdiction" that animated early cases such as *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. As was wisely said in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, courts "should not be alert to brand as jurisdictional . . . that which may be doubtfully so". In *Dunsmuir*, the Court repeated this sentiment and noted that such questions will be "narrow" and that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry . . . whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter" (para. 59).

[96] The touchstone of judicial review is legislative intent: *Dunsmuir*, at para. 30. (I put aside situations in which there is clear legislative intent to prevent judicial review of jurisdiction as such preclusion is not permitted as a matter of constitutional law: see, e.g., *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.) This focus means that whether a question falls into the category of "jurisdictional" is largely beside the point. What matters is whether the legislature intended that a particular question be left to the tribunal or to the courts.

[97] Where the existing jurisprudence has not already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to an administrative decision maker operating in a particular statutory scheme, the courts are to apply a number of relevant factors to the case at hand, factors which include the presence or absence of a privative clause, the purpose of the tribunal as determined by interpretation of its enabling legislation, the nature of the question at issue and the expertise of

qui autorisaient une immixtion indue dans les décisions administratives. La jurisprudence de notre Cour écarte depuis longtemps l'interprétation large de la « compétence » qui caractérise d'anciennes décisions, telles *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Comme le dit judicieusement notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, il va de soi que les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence [. . .] lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans *Dunsmuir*, notre Cour le rappelle, faisant observer que l'examen d'une telle question a une « portée étroite » et que la compétence doit s'entendre « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question [de savoir] si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question » (par. 59).

[96] La pierre d'assise du contrôle judiciaire réside dans l'intention du législateur : *Dunsmuir*, par. 30. (Je fais abstraction du cas où le législateur a manifestement voulu empêcher le contrôle judiciaire d'une décision portant sur la compétence alors que le droit constitutionnel le lui interdit : voir, p. ex., *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.) Vu l'importance de cet élément, la question de savoir si une question appartient ou non à la catégorie des « questions de compétence » n'a que peu de pertinence. Ce qui compte c'est de savoir si le législateur a voulu laisser au tribunal administratif ou aux cours de justice le soin de trancher une question précise.

[97] Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante le degré de déférence qui s'impose à l'endroit d'une mesure prise par un décideur administratif dans le cadre d'un régime législatif donné, la cour de justice applique un certain nombre de considérations à l'affaire dont elle est saisie, y compris l'existence ou l'inexistence d'une disposition d'inattaquabilité (traditionnellement appelée « clause privative »), la raison d'être du tribunal administratif

the tribunal. These are the concrete criteria, clearly established by the Court's jurisprudence, which are used to identify questions that are reviewable for correctness because the legislature intended the courts to have the last word on what constitutes a "correct" answer. These questions may be called "jurisdictional": see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28. However, labelling them as such does nothing to assist the analysis. I therefore agree with Rothstein J. to the extent that he considers that, as analytical tools, the labels of "jurisdiction" and "*vires*" need play no part in the courts' everyday work of reviewing administrative action.

[98] As the Court noted in *Dunsmuir*, "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (para. 54 (citations omitted)). The fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out. The majority of the Court in *Dunsmuir* (at para. 59) identified an example of such a question by referring to *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485. Writing for the Court, Rothstein J. identified another in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 10, stating that "[t]he issue on this appeal is jurisdictional in that it goes to whether the [Canadian International Trade Tribunal] can hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier". In reaching this conclusion, the Court noted that this standard of review had been determined *in a satisfactory manner* by the

suivant l'interprétation de sa loi constitutive, la nature de la question en cause et l'expertise du tribunal. Ce sont là les éléments concrets, clairement issus de la jurisprudence de notre Cour, qui permettent de déterminer qu'une décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte du fait que le législateur a voulu que les cours de justice décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». On peut dire d'une telle décision qu'elle porte sur une « question de compétence » : voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28. Or, cette qualification ne facilite en rien l'analyse. Je conviens donc avec le juge Rothstein que, sur le plan analytique, l'appellation « question de compétence » n'a aucun rôle à jouer au quotidien dans le contrôle judiciaire de l'action administrative.

[98] La Cour signale dans *Dunsmuir* que « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54 (références omises)). La présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues. Dans *Dunsmuir* (au par. 59), les juges majoritaires de notre Cour renvoient à *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, pour donner un exemple d'affaire soulevant une telle question. Dans l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, le juge Rothstein relève un autre cas au nom de la Cour : « [e]n l'espèce, la Cour est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le [Tribunal canadien du commerce extérieur]

existing jurisprudence (para. 10). Recast to sidestep the language of "jurisdiction" or "*vires*", these two cases demonstrate that there are provisions in home statutes that tribunals must interpret correctly.

peut entendre une plainte présentée [. . .] par un fournisseur non canadien » (par. 10). Pour arriver à sa conclusion, la Cour signale que la jurisprudence a déterminé *de façon satisfaisante* la norme de contrôle applicable (par. 10). Reformulés sans renvoi à la notion de « compétence », il appert de ces deux arrêts qu'une loi constitutive renferme des dispositions que le tribunal administratif doit interpréter correctement.

[99] The point is this. The proposition that provisions of a "home statute" are generally reviewable on a reasonableness standard does not trump a more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly. In other words, saying that such provisions in "home" statutes are "exceptional" is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the "presumption" of reasonableness review and into the "exceptional" category of correctness review. Nor does it assist in determining by what means the "presumption" may be rebutted.

[99] Voici ce qui importe. L'idée que les dispositions d'une loi constitutive sont habituellement susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'écarte pas un examen approfondi de l'intention du législateur lorsqu'une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier. Autrement dit, l'affirmation voulant qu'une telle disposition d'une loi constitutive soit « exceptionnelle » ne peut être opposée à la thèse plausible qu'une disposition donnée échappe à la « présomption » d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à la catégorie des questions « exceptionnelles » qui commandent la décision correcte. Elle ne permet pas non plus de déterminer par quel moyen la « présomption » peut être réfutée.

[100] The respondent's position in this case is that s. 50(5) of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, is a provision the Commissioner was obliged to interpret correctly. While the fact that this provision is in the Commissioner's "home" statute suggests caution in accepting that characterization of the provision, this alone does not relieve the reviewing court of examining the provision and the other relevant factors to determine the legislature's intent in relation to it.

[100] L'intimée soutient en l'espèce que le par. 50(5) de la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, est une disposition que le commissaire était tenu d'interpréter correctement. Même si sa présence dans la loi constitutive du commissaire appelle la prudence avant de conclure que l'interprétation de la disposition touche à la compétence, elle n'est pas suffisante pour soustraire la cour de justice siégeant en révision à son obligation d'examiner la disposition et toute autre considération permettant de cerner l'intention du législateur y afférente.

[101] When this is done, my view is that the legislature did not intend to authorize judicial review for correctness of the Commissioner's interpretation of s. 50(5). The power to extend time is granted in broad terms in the context of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner's duty to administer and under

[101] À l'issue d'un tel examen, il appert selon moi que le législateur n'a pas voulu permettre le contrôle de l'interprétation du par. 50(5) par le commissaire selon la norme de la décision correcte. Le pouvoir de prorogation est conféré en termes généraux dans le contexte d'un régime législatif détaillé et très spécialisé qu'il incombe au

which he is required to exercise many broadly granted discretions. The respondent's contention that s. 50(5) is a provision whose interpretation is reviewable on a correctness standard should be rejected because, having regard to the nature of the statutory scheme, the nature of the Commissioner's broadly conferred duties to administer that highly specialized scheme, and the nature of the provision in issue, it was the legislature's intent to leave to the Commissioner the question of whether s. 50(5) allowed him to extend the time limit after the 90 days had expired. I therefore agree with my colleague's conclusion that the applicable standard of review is reasonableness.

commissaire d'administrer et en application duquel ce dernier est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. La prétention de l'intimée selon laquelle le par. 50(5) constitue une disposition dont l'interprétation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte doit être rejetée car, étant donné la nature du régime législatif, la nature des obligations du commissaire, formulées de manière générale, d'administrer ce régime très spécialisé et la nature de la disposition considérée, le législateur a voulu laisser au commissaire le soin de décider si le par. 50(5) l'autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis. Je conviens donc avec mon collègue que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

III. Jurisdictional Review

[102] I do not join my colleague in asking whether the category of true questions of jurisdiction exists. I have signalled above that the language of "jurisdiction" or "*vires*" might be unhelpful in the standard of review analysis. But I remain of the view that correctness review exists, both as a matter of constitutional law and statutory interpretation. This will be true, on occasion, with respect to a tribunal's interpretation of its "home" statute. As the Court affirmed in *Dunsmuir*, "judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits" (para. 31).

III. Contrôle de la compétence

[102] Contrairement à mon collègue, je ne m'interroge pas sur l'existence de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Je fais observer précédemment que dire d'une question qu'elle touche à la « compétence » peut se révéler inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Toutefois, je reste d'avis qu'il existe des questions soumises à la norme de la décision correcte sur le fondement tant du droit constitutionnel que de l'interprétation législative. Cela se confirmera à l'occasion lorsqu'un tribunal administratif interprétera sa loi constitutive. Comme l'affirme notre Cour dans *Dunsmuir*, « le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter » (par. 31).

[103] In the face of such a clear and recent statement by the Court, I am not ready to suggest, as my colleague does, at para. 34, that this constitutional guarantee may in fact be an empty shell. To be clear, this constitutional guarantee does not merely assure judicial review for reasonableness; it guarantees jurisdictional review on the correctness standard. *Dunsmuir* was clear and unequivocal on this point as the passage I have just cited demonstrates. I think it unfortunate that the Court should be seen to be engaging in casual questioning

[103] Au vu d'une telle prise de position claire et récente de notre Cour, je ne suis pas disposé à laisser entendre, comme le fait mon collègue au par. 34 de ses motifs, que cette protection constitutionnelle pourrait en fait être théorique. En clair, cette protection constitutionnelle n'assure pas simplement le contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable, elle garantit le contrôle judiciaire d'une décision sur la compétence au regard de la norme de la décision correcte. C'est ce qui ressort de manière non équivoque de l'extrait précité

of the ongoing authority of what it said so clearly and so recently. Parliament and the legislatures, as a matter of constitutional law, cannot oust judicial review for correctness of a tribunal's interpretation of jurisdiction limiting provisions. Of course, there is no suggestion that this principle is engaged in this case.

IV. Conclusion

[104] I agree with Rothstein J. that the appeal should be allowed with costs in this Court and in the Court of Appeal; that the adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated; and that the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitors for the respondent: Field, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

de *Dunsmuir*. Je trouve malheureux que la Cour paraisse laisser entendre à la légère que les propos si clairs qu'elle a tenus si récemment pourraient ne plus être valables. Les législateurs fédéral et provinciaux ne peuvent, sur le plan constitutionnel, soustraire au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte l'interprétation par un tribunal administratif d'une disposition qui limite sa compétence. Mais je ne laisse évidemment pas entendre que ce principe soit en jeu en l'espèce.

IV. Conclusion

[104] À l'instar du juge Rothstein, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel, de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureurs de l'intimée : Field, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Newfoundland and Labrador Nurses' Union *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador, represented by Treasury Board, and Newfoundland and Labrador Health Boards Association, on behalf of Labrador-Grenfell Regional Health Authority *Respondents*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR NURSES' UNION *v.* NEWFOUNDLAND AND LABRADOR (TREASURY BOARD)

2011 SCC 62

File No.: 33659.

2011: October 14; 2011: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Administrative law — Role and adequacy of reasons — Procedural fairness — Whether reasons satisfy Dunsmuir requirements for "justification, transparency and intelligibility".

The union disputed an arbitrator's award which involved the calculation of vacation benefits. The issue the arbitrator had to decide was whether time as a casual employee could be credited towards annual leave entitlement if that employee became permanent. In his decision, the arbitrator concluded that it was not to be included in calculating the length of vacation entitlements. On judicial review, the arbitrator's reasons were found to be insufficient and therefore unreasonable and the decision was set aside. The majority of the Court of Appeal agreed with the arbitrator.

Held: The appeal should be dismissed.

Dunsmuir confirmed that in determining whether a decision is reasonable, the inquiry for a reviewing court is about "justification, transparency and intelligibility".

Newfoundland and Labrador Nurses' Union *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador, représentée par le Conseil du Trésor, et Newfoundland and Labrador Health Boards Association, au nom de Labrador-Grenfell Regional Health Authority *Intimées*

RÉPERTORIÉ : NEWFOUNDLAND AND LABRADOR NURSES' UNION *c.* TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR (CONSEIL DU TRÉSOR)

2011 CSC 62

N° du greffe : 33659.

2011 : 14 octobre; 2011 : 15 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit administratif — Rôle et suffisance des motifs — Équité procédurale — Les motifs répondaient-ils aux critères de la justification de la décision et de la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel établis dans Dunsmuir?

Le syndicat a contesté une décision de l'arbitre ayant trait au calcul du nombre de congés annuels payés. La question que l'arbitre devait trancher était de savoir s'il pouvait être tenu compte, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels l'employé occasionnel ayant acquis sa permanence avait droit, des heures durant lesquelles il avait travaillé à ce titre avant d'obtenir sa permanence. Dans sa décision, l'arbitre a conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ces heures dans ce calcul. En contrôle judiciaire, les motifs de l'arbitre ont été jugés insuffisants et, par conséquent, déraisonnables, et sa décision a été annulée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont dits d'accord avec l'arbitre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Dunsmuir a confirmé que la cour de révision appelée à statuer sur le caractère raisonnable d'une décision s'attache à « la justification de la décision, à la

This represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decision that are often counter-intuitive to a generalist. *Dunsmuir* does not stand for the proposition that the "adequacy" of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result. It is a more organic exercise — the reasons must be read together with the outcome, and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. Reasons need not include all the arguments or details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result. If the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met. It is an unhelpful elaboration on *Baker* to suggest that alleged deficiencies or flaws in the reasons fall under the category of a breach of the duty of procedural fairness. Any challenge to the reasoning/result of the decision should be made within the reasonableness analysis. Here, the reasons showed that the arbitrator was alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes.

transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel ». Cela témoigne d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. *Dunsmuir* ne signifie pas que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat. Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il n'est pas nécessaire que les motifs fassent référence à tous les arguments ou détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat. S'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables, les motifs répondent alors aux critères établis dans *Dunsmuir*. Il est inutile d'expliciter l'arrêt *Baker* en indiquant que les lacunes ou les vices dont seraient entachés les motifs appartiennent à la catégorie des manquements à l'obligation d'équité procédurale. Le raisonnement qui sous-tend la décision/le résultat ne peut être remis en question que dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable de celle-ci. En l'espèce, il ressort des motifs que l'arbitre avait bien saisi la question en litige et qu'il est parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables.

Cases Cited

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd in part 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. en partie par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2011, release 40).

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2011, release 40).

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).

Bryden, Philip. "Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations" (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191.

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

Huscroft, Grant. "The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 115.

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

Mullan, David. "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Cameron, Welsh and Mercer JJ.A.), 2010 NLCA 13, 294 Nfld. & P.E.I.R. 161, 908 A.P.R. 161, 190 L.A.C. (4th) 385, 2010 CLLC ¶220-017, [2010] N.J. No. 63 (QL), 2010 CarswellNfld 49, reversing a decision of Orsborn J., 2008 NLTD 200, 283 Nfld. & P.E.I.R. 170, 873 A.P.R. 170, [2008] N.J. No. 364 (QL), 2008 CarswellNfld 332. Appeal dismissed.

David G. Conway and *Tracey L. Trahey*, for the appellant.

Stephen F. Penney and *Jeffrey Beedell*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The transformative decision of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, explained that the purpose of reasons, when they are required, is to demonstrate "justification, transparency and intelligibility" (para. 47). The issues in this appeal are whether the arbitrator's reasons in this case satisfied these criteria and whether the reasons engaged procedural fairness.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).

Bryden, Philip. « Standards of Review and Sufficiency of Reasons : Some Practical Considerations » (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191.

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

Huscroft, Grant. « The Duty of Fairness : From Nicholson to Baker and Beyond », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 115.

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

Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Cameron, Welsh et Mercer), 2010 NLCA 13, 294 Nfld. & P.E.I.R. 161, 908 A.P.R. 161, 190 L.A.C. (4th) 385, 2010 CLLC ¶220-017, [2010] N.J. No. 63 (QL), 2010 CarswellNfld 49, qui a infirmé une décision du juge Orsborn, 2008 NLTD 200, 283 Nfld. & P.E.I.R. 170, 873 A.P.R. 170, [2008] N.J. No. 364 (QL), 2008 CarswellNfld 332. Pourvoi rejeté.

David G. Conway et *Tracey L. Trahey*, pour l'appelante.

Stephen F. Penney et *Jeffrey Beedell*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qui a transformé le droit administratif, notre Cour a expliqué que l'objet des motifs, dans les cas où il faut en exposer, est d'établir « la justification de la décision [ainsi que] la transparence et [. . .] l'intelligibilité du processus décisionnel » (par. 47). Les questions en litige dans le présent pourvoi sont de savoir si les motifs de l'arbitre en l'espèce répondaient à ces critères et s'ils soulevaient la question de l'équité procédurale.

[2] The dispute underlying the arbitrator's award involved the calculation of vacation benefits. The arbitrator concluded that under the collective agreement, the grievors' time as casual employees was not to be included in calculating the length of their vacation entitlement when they became permanent employees.

[3] The definition of "Employee" in the collective agreement includes all paid employees, including casual employees. Casual employees are defined in Article 2.01(b) as employees who work on an "occasional or intermittent basis". They are under "no obligation . . . to come [to work] when they are called" and the Employer, in turn, has "no obligation" to call them.

[4] Notably, that definitional provision states that while casual employees are generally entitled to the benefits of the collective agreement, they are *expressly excluded* from a number of benefits, including the vacation entitlement calculations applicable to permanent employees under Article 17. Instead, they receive 20 percent of their basic salary in lieu.

[5] The issue the arbitrator had to decide was whether time as a casual employee could be credited towards annual leave entitlement if that employee became permanent. In the 12-page decision, the arbitrator outlined the facts, the arguments of the parties, the relevant provisions of the collective agreement, a number of applicable interpretive principles, and ultimately agreed with the Employer that the time an employee spent as a casual could not be used in calculating that employee's length of service towards vacation entitlement when he or she became a permanent, temporary or part-time employee.

[6] The arbitrator reasoned that casual employees, defined in Article 2.01(b), work on an occasional,

[2] Le conflit à l'origine de la décision de l'arbitre avait trait au calcul du nombre de congés annuels payés. L'arbitre a conclu qu'aux termes de la convention collective il ne fallait pas, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels les plaignantes avaient droit lorsqu'elles ont obtenu la permanence, tenir compte des heures durant lesquelles elles avaient travaillé à titre occasionnel.

[3] Dans la convention collective, « Employé » s'entend de tout employé rémunéré, y compris l'employé occasionnel. À l'alinéa 2.01b), l'employé occasionnel s'entend de l'employé qui travaille [TRADUCTION] « de façon occasionnelle ou intermittente ». Il « n'est pas tenu [. . .] de se présenter [au travail] lorsqu'il est appelé » et l'employeur, pour sa part, « n'est pas tenu » de l'appeler.

[4] Il convient de souligner qu'aux termes de cette disposition définitoire l'employé occasionnel bénéficie, de façon générale, des avantages de la convention collective, mais il n'a *expressément pas droit* à un certain nombre d'avantages, notamment les congés annuels payés dont l'employé permanent bénéficie selon le calcul prévu à l'art. 17. Il a plutôt droit, à ce titre, à une somme équivalant à 20 pour 100 de son salaire de base.

[5] La question que l'arbitre devait trancher était de savoir s'il pouvait être tenu compte, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels l'employé occasionnel ayant acquis la permanence avait droit, des heures durant lesquelles il avait travaillé à ce titre avant d'obtenir la permanence. Dans sa décision, qui comporte 12 pages, l'arbitre énonce les faits, les arguments des parties, les dispositions pertinentes de la convention collective ainsi qu'un certain nombre de principes d'interprétation applicables, et, en dernière analyse, il dit convenir avec l'employeur qu'il ne peut être tenu compte, dans le calcul de ses états de service ouvrant droit à des congés annuels payés, des heures durant lesquelles l'employé ayant acquis le statut d'employé permanent, temporaire, ou à temps partiel, avait travaillé à titre occasionnel avant d'obtenir ce statut.

[6] Selon l'arbitre, l'employé occasionnel au sens de l'al. 2.01b) travaille de façon occasionnelle ou

intermittent basis, and are not required to come to work even when called. Article 2.01(b) also sets out a list of benefits to which casual employees are *not* entitled. In lieu of those benefits, casual employees receive the benefit of 20 percent of their basic salary. One of the benefits from which they are expressly excluded and for which they receive the additional 20 percent is Article 17, which determines the length of vacation time to which an employee is entitled.

[7] These points, it seems to me, provided a reasonable basis for the arbitrator's conclusion, based on a plain reading of the agreement itself.

[8] On judicial review, the parties acknowledged that the standard of review was reasonableness. The chambers judge was of the view that such a review is based not only on whether the outcome falls within the range of possible outcomes, in accordance with *Dunsmuir*, but also requires that the reasons set out a line of analysis that reasonably supports the conclusion reached. The chambers judge concluded that the arbitrator's reasons required "more cogency" and that his conclusion was "unsupported by any chain of reasoning that could be considered reasonable". They were, in short, insufficient. As a result, the chambers judge found the result to be unreasonable and set it aside.

[9] The majority in the Court of Appeal overturned the decision of the chambers judge, concluding that while "a more comprehensive explanation" would have been preferable, the reasons were "sufficient to satisfy the *Dunsmuir* criteria" of "justification, transparency and intelligibility". In their words:

> . . . reasons must be sufficient to permit the parties to understand why the tribunal made the decision and to enable judicial review of that decision. The reasons should be read as a whole and in context, and must be such as to satisfy the reviewing court that the tribunal

intermittente et n'est pas tenu de se présenter au travail même s'il est appelé. Cet alinéa énumère aussi certains avantages auxquels il *n'a pas* droit. Au lieu d'obtenir ces avantages, il touche une somme équivalant à 20 pour 100 de son salaire de base. L'un des avantages auxquels il n'a expressément pas droit et à l'égard duquel il touche une telle somme est celui que prévoit l'art. 17, qui fixe les modalités servant au calcul du nombre de congés annuels payés dont les employés bénéficient.

[7] Il me semble que ces éléments donnent un fondement raisonnable à la conclusion de l'arbitre quand on considère les dispositions de la convention collective.

[8] En contrôle judiciaire, les parties ont reconnu que la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision raisonnable. Selon le juge siégeant en cabinet, un contrôle de cette nature vise non seulement à établir si le résultat fait partie des issues possibles, comme l'exige l'arrêt *Dunsmuir*, mais il exige aussi que les motifs fournissent une analyse qui permet raisonnablement d'étayer la conclusion. Le juge siégeant en cabinet a conclu que les motifs de l'arbitre devaient être [TRADUCTION] « plus solides » et que sa conclusion « ne reposait sur aucun raisonnement pouvant être qualifié de raisonnable ». Bref, les motifs étaient insuffisants. Par conséquent, il a estimé que le résultat était déraisonnable et l'a annulé.

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision du juge siégeant en cabinet, concluant que même s'il aurait été préférable de donner [TRADUCTION] « une explication plus détaillée », les motifs étaient « suffisants pour répondre aux critères établis dans *Dunsmuir* », soit ceux de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». Pour reprendre leurs propos :

> [TRADUCTION] . . . les motifs doivent être suffisants pour permettre aux parties de comprendre le fondement de la décision du tribunal et pour procéder au contrôle judiciaire de celle-ci. Ils doivent être examinés dans leur ensemble et leur contexte, et doivent être à même

grappled with the substantive live issues necessary to dispose of the matter.

[10] The dissenting judge agreed with the chambers judge. In her view, the arbitrator's reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion. As a result, there were "no reasons" to review.

Analysis

[11] It is worth repeating the key passages in *Dunsmuir* that frame this analysis:

> Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.
>
> . . . What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference "is rooted in part in respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers" . . . . We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of "deference as respect" requires of the courts "not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of

de convaincre la cour de révision que le tribunal s'est penché sur les questions de fond en litige nécessaires pour trancher l'affaire.

[10] La juge dissidente s'est dite d'accord avec le juge siégeant en cabinet. Selon elle, les motifs de l'arbitre ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu. Il n'y avait donc « pas de motifs » à contrôler.

Analyse

[11] Il convient de reprendre les passages clés de l'arrêt *Dunsmuir* qui établissent le cadre de cette analyse :

> La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.
>
> . . . Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C'est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » [. . .] Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui

a decision" .... [Emphasis added; citations omitted; paras. 47-48.]

[12] It is important to emphasize the Court's endorsement of Professor Dyzenhaus's observation that the notion of deference to administrative tribunal decision-making requires "a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision". In his cited article, Professor Dyzenhaus explains how reasonableness applies to reasons as follows:

> "Reasonable" means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc, then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in some respects defective. [Emphasis added.]

(David Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

See also David Mullan, "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at p. 136; David Phillip Jones, Q.C., and Anne S. de Villars, Q.C., *Principles of Administrative Law* (5th ed. 2009), at p. 380; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63.

[13] This, I think, is the context for understanding what the Court meant in *Dunsmuir* when it called for "justification, transparency and intelligibility". To me, it represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering

pourraient être donnés à l'appui d'une décision » .... [Je souligne; références omises; par. 47-48.]

[12] Il importe de souligner que la Cour a souscrit à l'observation du professeur Dyzenhaus selon laquelle la notion de retenue envers les décisions des tribunaux administratifs commande [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision ». Dans son article cité par la Cour, le professeur Dyzenhaus explique en ces termes comment le caractère raisonnable se rapporte aux motifs :

> [TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu'a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu'on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Je souligne.]

(David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Voir aussi David Mullan, « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 136; David Phillip Jones, c.r., et Anne S. de Villars, c.r., *Principles of Administrative Law* (5e éd. 2009), p. 380; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63.

[13] C'est dans cette optique, selon moi, qu'il faut interpréter ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* lorsqu'elle a parlé de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». À mon avis, ces propos témoignent d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent couramment

decisions that are often counter-intuitive to a generalist. That was the basis for this Court's new direction in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, where Dickson J. urged restraint in assessing the decisions of specialized administrative tribunals. This decision oriented the Court towards granting greater deference to tribunals, shown in *Dunsmuir*'s conclusion that tribunals should "have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions" (para. 47).

[14] Read as a whole, I do not see *Dunsmuir* as standing for the proposition that the "adequacy" of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at §§12:5330 and 12:5510). It is a more organic exercise — the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. This, it seems to me, is what the Court was saying in *Dunsmuir* when it told reviewing courts to look at "the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes" (para. 47).

[15] In assessing whether the decision is reasonable in light of the outcome and the reasons, courts must show "respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law" (*Dunsmuir*, at para. 48). This means that courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.

des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. C'est sur ce fondement que notre Cour a changé d'orientation dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, où le juge Dickson a insisté sur le fait qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence en appréciant les décisions des tribunaux administratifs spécialisés. Cet arrêt a amené la Cour à faire preuve d'une déférence accrue envers les tribunaux, comme en témoigne la conclusion, tirée dans *Dunsmuir*, qu'il doit être « loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47).

[14] Je ne suis pas d'avis que, considéré dans son ensemble, l'arrêt *Dunsmuir* signifie que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §§12:5330 et 12:5510). Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il me semble que c'est ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* en invitant les cours de révision à se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité » (par. 47).

[15] La cour de justice qui se demande si la décision qu'elle est en train d'examiner est raisonnable du point de vue du résultat et des motifs doit faire preuve de « respect [à l'égard] du processus décisionnel [de l'organisme juridictionnel] au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 48). Elle ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

[16] Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion (*Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 391). In other words, if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met.

[17] The fact that there may be an alternative interpretation of the agreement to that provided by the arbitrator does not inevitably lead to the conclusion that the arbitrator's decision should be set aside if the decision itself is in the realm of reasonable outcomes. Reviewing judges should pay "respectful attention" to the decision-maker's reasons, and be cautious about substituting their own view of the proper outcome by designating certain omissions in the reasons to be fateful.

[18] Evans J.A. in *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, explained in reasons upheld by this Court (2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572) that *Dunsmuir* seeks to "avoid an unduly formalistic approach to judicial review" (para. 164). He notes that "perfection is not the standard" and suggests that reviewing courts should ask whether "when read in light of the evidence before it and the nature of its statutory task, the Tribunal's reasons adequately explain the bases of its decision" (para. 163). I found the description by the Respondents in their Factum particularly helpful in explaining the nature of the exercise:

[16] Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale (*Union internationale des employés des services, local n^{o} 333 c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382, p. 391). En d'autres termes, les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[17] Le fait que la convention collective puisse se prêter à une interprétation autre que celle que lui a donnée l'arbitre ne mène pas forcément à la conclusion qu'il faut annuler sa décision, si celle-ci fait partie des issues possibles raisonnables. Les juges siégeant en révision doivent accorder une « attention respectueuse » aux motifs des décideurs et se garder de substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu'ils ont relevées dans les motifs.

[18] Dans *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, le juge Evans précise, dans des motifs confirmés par notre Cour (2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572), que l'arrêt *Dunsmuir* cherche à « [éviter] qu'on [aborde] le contrôle judiciaire sous un angle trop formaliste » (par. 164). Il signale qu'« [o]n ne s'atten[d] pas à de la perfection » et indique que la cour de révision doit se demander si, « lorsqu'on les examine à la lumière des éléments de preuve dont il disposait et de la nature de la tâche que la loi lui confie, on constate que les motifs du Tribunal expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision » (par. 163). J'estime que la description de l'exercice que donnent les intimées dans leur mémoire est particulièrement utile pour en décrire la nature :

When reviewing a decision of an administrative body on the reasonableness standard, the guiding principle is deference. Reasons are not to be reviewed in a vacuum – the result is to be looked at in the context of the evidence, the parties' submissions and the process. Reasons do not have to be perfect. They do not have to be comprehensive. [para. 44]

[19] The Union acknowledged that an arbitrator's interpretation of a collective agreement is subject to reasonableness. As I understand it, however, its argument before us was that since the arbitrator's reasons amounted to "no reasons", and since the duty to provide reasons is, according to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, a question of procedural fairness, a correctness standard applies.

[20] Procedural fairness was not raised either before the reviewing judge or the Court of Appeal and it can be easily disposed of here. *Baker* stands for the proposition that "in certain circumstances", the duty of procedural fairness will require "some form of reasons" for a decision (para. 43). It did not say that reasons were *always* required, and it did not say that the *quality* of those reasons is a question of procedural fairness. In fact, after finding that reasons were required in the circumstances, the Court in *Baker* concluded that the mere notes of an immigration officer were sufficient to fulfil the duty of fairness (para. 44).

[21] It strikes me as an unhelpful elaboration on *Baker* to suggest that alleged deficiencies or flaws in the reasons fall under the category of a breach of the duty of procedural fairness and that they are subject to a correctness review. As Professor Philip Bryden has warned, "courts must be careful not to confuse a finding that a tribunal's reasoning process is inadequately revealed with disagreement over the conclusions reached by the tribunal on the evidence before it" ("Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations" (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191, at p. 217; see also Grant Huscroft, "The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond", in Colleen M. Flood and

[TRADUCTION] La déférence est le principe directeur qui régit le contrôle de la décision d'un tribunal administratif selon la norme de la décision raisonnable. Il ne faut pas examiner les motifs dans l'abstrait; il faut examiner le résultat dans le contexte de la preuve, des arguments des parties et du processus. Il n'est pas nécessaire que les motifs soient parfaits ou exhaustifs. [par. 44]

[19] Le syndicat a reconnu que l'interprétation qu'un arbitre donne à une convention collective est soumise à la norme de la décision raisonnable. Mais, d'après ce que je crois comprendre, il a soutenu devant nous que puisque les motifs de l'arbitre étaient assimilables à une « absence de motifs » et que, selon *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'obligation de fournir des motifs relève de l'équité procédurale, c'est la norme de la décision correcte qu'il convient d'appliquer.

[20] La question de l'équité procédurale n'a été soulevée ni devant le juge siégeant en révision, ni devant la Cour d'appel, et notre Cour peut la trancher aisément. L'arrêt *Baker* établit que, « dans certaines circonstances », l'obligation d'équité procédurale requiert « une forme quelconque de motifs écrits » à l'appui d'une décision (par. 43). Il n'y est pas affirmé que des motifs s'imposent *dans tous les cas*, ni que leur *qualité* relève de l'équité procédurale. En fait, après avoir jugé que des motifs s'imposaient dans la situation qui l'occupait, la Cour a conclu dans *Baker* que les simples notes d'un agent d'immigration suffisaient pour remplir l'obligation d'équité procédurale (par. 44).

[21] Il m'apparaît inutile d'expliciter l'arrêt *Baker* en indiquant que les lacunes ou les vices dont seraient entachés les motifs appartiennent à la catégorie des manquements à l'obligation d'équité procédurale et qu'ils sont soumis à la norme de la décision correcte. Je fais mienne la mise en garde du professeur Philip Bryden selon laquelle [TRADUCTION] « les cours de justice doivent se garder de confondre la conclusion que le raisonnement du tribunal n'est pas adéquatement exposé et le désaccord au sujet des conclusions tirées par le tribunal sur la base de la preuve dont il disposait » (« Standards of Review and Sufficiency of Reasons : Some Practical Considerations » (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191, p. 217; voir aussi Grant

Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 115, at p. 136).

[22] It is true that the breach of a duty of procedural fairness is an error in law. Where there are no reasons in circumstances where they are required, there is nothing to review. But where, as here, there *are* reasons, there is no such breach. Any challenge to the reasoning/result of the decision should therefore be made within the reasonableness analysis.

[23] The arbitrator in this case was called upon to engage in a simple interpretive exercise: Were casual employees entitled, *under the collective agreement*, to accumulate time towards vacation entitlements? This is classic fare for labour arbitrators. They are not writing for the courts, they are writing for the parties who have to live together for the duration of the agreement. Though not always easily realizable, the goal is to be as expeditious as possible.

[24] As George W. Adams noted:

> The hallmarks of grievance arbitration are speed, economy and informality. Speedy dispute resolution is important to the maintenance of industrial peace and the ongoing economic needs of an enterprise. Adjudication that is too expensive contributes to industrial unrest by preventing the pursuit of meritorious grievances that individually involve small monetary values but collectively constitute a weathervane of employee satisfaction with the rules negotiated. The relative informality of grievance arbitration is facilitated by much less stringent procedural and evidentiary rules than those applicable to court proceedings. Informality permits direct participation by laymen, enhances the parties' understanding of the system and minimizes potential points of contention permitting everyone to focus on the merits of a dispute and any underlying problem. . . .

Huscroft, « The Duty of Fairness : From Nicholson to Baker and Beyond », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 115, p. 136).

[22] Le manquement à une obligation d'équité procédurale constitue certes une erreur de droit. Or, en l'absence de motifs dans des circonstances où ils s'imposent, il n'y a rien à contrôler. Cependant, dans les cas où, comme en l'espèce, *il y en a*, on ne saurait conclure à un tel manquement. Le raisonnement qui sous-tend la décision/le résultat ne peut donc être remis en question que dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable de celle-ci.

[23] L'arbitre en l'espèce avait pour tâche de se livrer à un simple exercice d'interprétation : *la convention collective accordait-elle* aux employés occasionnels le droit d'accumuler des congés annuels payés? Pour les arbitres en relations de travail, il s'agit d'un cas classique d'interprétation d'une convention collective. Lorsqu'ils rendent des décisions, les arbitres s'adressent non pas aux cours de justice, mais aux parties, qui doivent se côtoyer pour la durée de la convention collective. Bien que cela ne soit pas toujours facilement réalisable, le but est de rendre des décisions le plus rapidement possible.

[24] Comme l'a fait remarquer George W. Adams :

> [TRADUCTION] La célérité, l'économie et l'absence de formalisme caractérisent l'arbitrage des griefs. Il importe de régler rapidement les différends pour maintenir la paix industrielle et répondre aux besoins économiques permanents de l'entreprise. Un traitement trop coûteux des griefs favorise les conflits de travail en empêchant la poursuite de griefs fondés qui, pris individuellement, portent sur de faibles sommes d'argent mais qui, collectivement, donnent une idée de la satisfaction des employés à l'égard des règles négociées. Des règles beaucoup moins strictes en matière de procédure et de preuve que celles applicables aux instances judiciaires contribuent à l'absence relative de formalisme de l'arbitrage des griefs. Or, cette absence de formalisme favorise la participation directe de profanes, accroît la connaissance qu'ont les parties du système et minimise les points de désaccord éventuels, ce qui donne à tous les intéressés l'occasion de se concentrer sur le fond d'un différend et les problèmes qui en sont la cause. . .

. . . appeal to a higher authority by way of judicial review may be needed to correct egregious errors, to prevent undue extension of arbitral power and to integrate the narrow expertise of arbitrators into the general values of the legal system. The very existence of judicial review can be a healthy check on the improper exercise of arbitral responsibility and discretion. [Emphasis added.]

(*Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §§4.1100 to 4.1110)

[25] Arbitration allows the parties to the agreement to resolve disputes as quickly as possible knowing that there is the relieving prospect not of judicial review, but of negotiating a new collective agreement with different terms at the end of two or three years. This process would be paralyzed if arbitrators were expected to respond to every argument or line of possible analysis.

[26] In this case, the reasons showed that the arbitrator was alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: David G. Conway, St. John's.

Solicitors for the respondents: Stewart McKelvey, St. John's.

. . . il peut être nécessaire de faire appel, par voie de contrôle judiciaire, à une autorité supérieure en vue de corriger des erreurs flagrantes, prévenir l'accroissement indu du pouvoir des arbitres et intégrer l'expertise restreinte de ceux-ci aux valeurs générales du système juridique. L'existence même du contrôle judiciaire peut se révéler un obstacle salutaire à l'exercice irrégulier, par les arbitres, de leurs fonctions et de leur pouvoir discrétionnaire. [Je souligne.]

(*Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, §§4.1100 à 4.1110)

[25] L'arbitrage permet aux parties à la convention collective de régler leurs différends dans les plus brefs délais, tout en sachant que la solution de rechange consiste non pas à se pourvoir en contrôle judiciaire, mais à négocier dans deux ou trois ans une nouvelle convention collective contenant des modalités différentes. Ce processus serait paralysé si l'on exigeait des arbitres qu'ils répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse.

[26] En l'espèce, il ressort des motifs que l'arbitre avait bien saisi la question en litige et qu'il est parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : David G. Conway, St. John's.

Procureurs des intimées : Stewart McKelvey, St. John's.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca