Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2007 Vol. 2

1er cahier, 2007 Vol. 2

Cited as [2007] 2 S.C.R. 3-265

Renvoi [2007] 2 R.C.S. 3-265

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

British Columbia (Attorney General) *v.* Lafarge Canada Inc. 86

Constitutional law — Division of powers — Public property — Interjurisdictional immunity — Company seeking to build integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable — Whether interjurisdictional immunity extends to all federally controlled property — Constitution Act, 1867, s. 91(1A).

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Company seeking to build integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable in view of Parliament's jurisdiction over "navigation and shipping" — Whether land use jurisdiction asserted by federal undertaking attracting interjurisdictional immunity — Whether requirements of federal paramountcy doctrine satisfied — Constitution Act, 1867, s. 91(10).

Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Scope.

Canadian Western Bank *v.* Alberta 3

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Banking — Federal paramountcy — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in relation to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Scope.

Strother *v.* 3464920 Canada Inc. 177

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client suing lawyer and

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque canadienne de l'Ouest *c.* Alberta 3

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Exclusivité des compétences — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Prépondérance fédérale — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Portée.

Colombie-Britannique (Procureur général) *c.* Lafarge Canada Inc. 86

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété publique — Exclusivité des compétences — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable? — L'exclusivité des compétences s'applique-t-elle à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(1A).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable du fait de la compétence du Parlement sur « la navigation et les bâtiments ou navires »? — La compétence en matière d'utilisation des sols que s'attribue l'entreprise fédérale fait-elle intervenir l'exclusivité des compétences? — A-t-il été satisfait aux exigences de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

Suite à la page suivante

law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether lawyer breached fiduciary duty owed to first client by accepting personal financial interest in second client — Whether lawyer wrongly used confidential information belonging to first client.

Commercial law — Partnerships — Vicarious liability — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Whether law firm liable for lawyer's breach of fiduciary duty — Whether words "wrongful act or omission" in s. 12 of Partnership Act include equitable wrong — Whether wrongful act was "in the ordinary course of the business" of law firm — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 12.

Equity — Remedies — Breach of fiduciary duty — Disgorgement of profit — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether remedy ordered appropriate — Whether period during which profits must be accounted for appropriate — Whether lawyer's profit should be apportioned.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Portée.

Strother *c.* 3464920 Canada Inc. 177

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — L'avocat a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers le premier client en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans le deuxième client? — L'avocat a-t-il erronément utilisé des renseignements confidentiels appartenant au premier client?

Droit commercial — Sociétés de personnes — Responsabilité du fait d'autrui — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Le cabinet d'avocats est-il responsable du manquement à l'obligation fiduciaire de l'avocat? — Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 de la Partnership Act englobent-ils une faute en equity? — L'acte fautif a-t-il été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet d'avocats? — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 12.

Equity — Recours — Manquement à une obligation fiduciaire — Restitution de profits — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — La réparation ordonnée est-elle convenable? — La période à l'égard de laquelle il faut rendre compte des profits réalisés est-elle convenable? — Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par l'avocat?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 2, 2007

2e volume, 2007

Canadian Western Bank, Bank of Montreal, Canadian Imperial Bank of Commerce, HSBC Bank Canada, National Bank of Canada, Royal Bank of Canada, Bank of Nova Scotia and Toronto-Dominion Bank *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Alberta Insurance Council, Financial Advisors Association of Canada, AIG Life Insurance Company of Canada, Canada Life Assurance Company, La Capitale Civil Service Insurer Inc., La Capitale Insurance and Financial Services Inc., CUMIS Life Insurance Company, Desjardins Financial Security Life Assurance Company, Empire Life Insurance Company, Equitable Life Insurance Company of Canada, Great-West Life Assurance Company, Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc., Industrial-Alliance Pacific Life Insurance Company, London Life Insurance Company, Manufacturers Life Insurance Company, Standard Life Assurance Company of Canada, Sun Life Assurance Company of Canada and Transamerica Life Canada *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN WESTERN BANK *v.* ALBERTA

Banque canadienne de l'Ouest, Banque de Montréal, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Banque HSBC Canada, Banque Nationale du Canada, Banque Royale du Canada, Banque de Nouvelle-Écosse et Banque Toronto-Dominion *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, Alberta Insurance Council, Association des conseillers en finance du Canada, Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada, Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, La Capitale assureur de l'administration publique Inc., La Capitale assurances et gestion du patrimoine Inc., Compagnie d'Assurance-Vie CUMIS, Desjardins Sécurité financière, Compagnie d'Assurance-Vie, Empire, Compagnie d'Assurance-Vie, Équitable, Compagnie d'Assurance-Vie du Canada, Great-West, Compagnie d'Assurance-Vie, Industrielle Alliance, Assurance et services financiers Inc., Industrielle Alliance Pacifique, Compagnie d'Assurance sur la Vie, London Life Compagnie d'Assurance-Vie, Compagnie d'Assurance-Vie Manufacturers, Compagnie d'Assurance Standard Life du Canada, Sun Life du Canada, Compagnie d'Assurance-Vie et Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST *c.* ALBERTA

Neutral citation: 2007 SCC 22.

File No.: 30823.

2006: April 11; 2007: May 31.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Banking — Federal paramountcy — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in relation to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Scope.

In 2000, Alberta enacted changes to its *Insurance Act* purporting to make federally chartered banks subject to the provincial licensing scheme governing the promotion of insurance products. Upon the coming into force of that Act, the appellant banks brought an application for a declaration that their promotion of certain insurance products authorized by the *Bank Act* was banking within the meaning of s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* and that the *Insurance Act* and its associated regulations were constitutionally inapplicable to the banks' promotion of insurance by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity or, alternatively, inoperative by virtue of the doctrine of federal paramountcy. The trial judge dismissed the application. He

Référence neutre : 2007 CSC 22.

N° du greffe : 30823.

2006 : 11 avril; 2007 : 31 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Exclusivité des compétences — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Prépondérance fédérale — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Portée.

En l'an 2000, l'Alberta a apporté à son *Insurance Act* des modifications visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance. Dès l'entrée en vigueur de cette loi, les banques appelantes ont sollicité un jugement déclarant que la promotion qu'elles font de certains produits d'assurance autorisée par la *Loi sur les banques* entre dans la catégorie des opérations des « banques » énoncée au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l'*Insurance Act* et ses règlements d'application sont constitutionnellement inapplicables à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou subsidiairement, qu'ils sont inopérants en raison

found that the challenged provisions of the *Insurance Act* were valid provincial legislation related to the province's property and civil rights power under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. He also found that the doctrine of interjurisdictional immunity was inapplicable because the promotion of authorized insurance was not at the core of banking, and that the doctrine of federal paramountcy was inapplicable because there was no operational conflict between the federal and provincial legislation. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The *Insurance Act* and its associated regulations apply to the banks' promotion of insurance. The fact that Parliament allows a bank to enter into a provincially regulated line of business such as insurance cannot, by federal statute, unilaterally broaden the scope of an exclusive federal legislative power granted by the *Constitution Act, 1867*. When promoting insurance, the banks are participating in the business of insurance and only secondarily furthering the security of their loan portfolios. The banks' claim to interjurisdictional immunity must therefore be rejected, and they have to comply with both federal and provincial laws because the paramountcy doctrine is not engaged in this case. [4]

The resolution of a case involving the constitutionality of legislation in relation to the division of powers must begin with an analysis of the pith and substance of the impugned legislation. This analysis consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the matter to which it essentially relates. If the pith and substance of the impugned legislation can be related to a matter that falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it, the courts will declare it *intra vires*. If, however, the legislation can more properly be said to relate to a matter that is outside the jurisdiction of that legislature, it will be held to be invalid owing to this violation of the division of powers. The corollary to this analysis is that legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional. At this stage of the analysis, the dominant purpose of the legislation is still decisive. Merely incidental effects will not

de la doctrine de la prépondérance fédérale. Le juge de première instance a rejeté la demande. Il a jugé que les dispositions attaquées de l'*Insurance Act* constituaient une législation provinciale valide en vertu de la compétence relative à la propriété et aux droits civils que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la province. Il a aussi conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences était inapplicable puisque la promotion d'assurance autorisée ne faisait pas partie du contenu essentiel des opérations des banques, et que la doctrine de la prépondérance fédérale était inapplicable en raison de l'absence de conflit d'application entre les législations fédérale et provinciale. La Cour d'appel a maintenu cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : L'*Insurance Act* et ses règlements d'application s'appliquent à la promotion d'assurance par les banques. Le fait que le Parlement permette aux banques d'avoir accès à un secteur d'activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée d'une compétence législative fédérale exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsqu'elles font de la promotion d'assurance, les banques se livrent au commerce de l'assurance et ce n'est qu'accessoirement qu'elles améliorent la sécurité de leurs portefeuilles de prêts. Il faut donc rejeter la demande des banques fondée sur l'exclusivité des compétences et celles-ci doivent se conformer tant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales puisque la doctrine de la prépondérance ne joue pas en l'espèce. [4]

La résolution d'une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'une législation eu égard au partage des compétences doit commencer par une analyse du caractère véritable de la législation contestée. Cette analyse consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d'identifier la matière sur laquelle elle porte essentiellement. Si le caractère véritable de la législation contestée peut se rattacher à une matière relevant de la compétence de la législature qui l'a adoptée, les tribunaux la déclareront *intra vires*. Cependant, s'il est plus juste d'affirmer qu'elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l'invalidation de la loi. Cette analyse a pour corollaire qu'une législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle. À ce stade de l'analyse, l'objectif dominant de la législation

disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law. The pith and substance doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government. Also, some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects. The double aspect doctrine, which applies in the course of a pith and substance analysis, ensures that the policies of the elected legislators of both levels of government are respected. The double aspect doctrine recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various aspects of the matter in question. In certain circumstances, however, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level. For this purpose, the courts have developed the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy. [25-32]

The doctrine of interjurisdictional immunity recognizes that our Constitution is based on an allocation of exclusive powers to both levels of government, not concurrent powers, although these powers are bound to interact in the realities of the life of our Constitution. It is a doctrine of limited application which should be restricted to its proper limit. A broad use of the doctrine would be inconsistent with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote. It is these doctrines that have proved to be most consistent with contemporary views of Canadian federalism, which recognize that overlapping powers are unavoidable. Interjurisdictional immunity should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. While in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence

demeure déterminant. De simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*. La doctrine du caractère véritable repose sur la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Par ailleurs, certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. La théorie du double aspect, qui trouve son application à l'occasion de l'analyse du caractère véritable de la législation, assure le respect des politiques mises en œuvre par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement. La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les aspects variés de la matière discutée. Dans certaines circonstances toutefois, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiétements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement. À cette fin, les tribunaux ont développé les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale. [25-32]

La doctrine de l'exclusivité des compétences reconnaît que notre Constitution repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement, encore que notre réalité constitutionnelle suscite inévitablement une interaction de ces pouvoirs. Cette doctrine n'a qu'une application restreinte dans des limites qui lui sont propres. Une application extensive de la doctrine serait contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. Ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien, qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. L'exclusivité des compétences devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). Si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère

of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy. [32-33] [42] [77-78]

Even in situations where the doctrine of interjurisdictional immunity is properly available, the level of the intrusion on the core of the power of the other level of government must be considered. To trigger the application of the immunity, it is not enough for the provincial legislation simply to affect that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction. The difference between "affects" and "impairs" is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does. In the absence of impairment, interjurisdictional immunity does not apply. It is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from affecting to impairing that the core competence of the other level of government or the vital or essential part of an undertaking it duly constitutes is placed in jeopardy, and not before. [48-49]

According to the doctrine of federal paramountcy, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility. The doctrine applies not only to cases in which the provincial legislature has legislated pursuant to its ancillary power to trench on an area of federal jurisdiction, but also to situations in which the provincial legislature acts within its primary powers, and Parliament pursuant to its ancillary powers. In order to trigger the application of the doctrine, the onus is on the party relying on the doctrine of federal paramountcy to demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law. [69-70] [75]

In the instant case, the pith and substance of the Alberta *Insurance Act* relates to property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, and is a valid provincial law. The mere fact that the banks now participate in the promotion of insurance does not change the essential nature of the insurance activity, which remains a matter generally falling within provincial jurisdiction. [80-81]

The banks did not demonstrate that credit-related insurance is part of the basic, minimum and unassailable

véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale. [32-33] [42] [77-78]

Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, il faut examiner la mesure de l'empiétement sur le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Pour faire intervenir l'application de l'exclusivité, il ne suffit pas que la législation provinciale touche simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde. En l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas. C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de toucher à entraver que le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement, ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui, est menacé, et pas avant. [48-49]

Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine s'applique non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d'empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales, et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires. Pour déclencher l'application de cette doctrine, il revient à la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale. [69-70] [75]

En l'espèce, le caractère véritable de l'*Insurance Act* de l'Alberta a trait à la propriété et aux droits civils dans la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cette loi est une loi provinciale valide. Le simple fait que les banques se livrent maintenant à la promotion d'assurance ne modifie en rien la nature essentielle de l'activité d'assurance, qui demeure une matière relevant généralement de la compétence provinciale. [80-81]

Les banques n'ont pas démontré que l'assurance crédit fait partie du contenu minimum élémentaire et

content of the banking power. While banking certainly includes the securing of loans by appropriate collateral, a bank in promoting optional insurance is not engaged in an activity vital or essential to banking. There is a difference between requiring collateral (a banking activity) and promoting the acquisition of a certain type of product that could then be used as collateral. The rigid demarcation sought by the banks between federal and provincial regulations would not only risk a legal vacuum, but also deny to lawmakers at both levels of government the flexibility to carry out their respective responsibilities. Furthermore, while s. 416(1) of the *Bank Act* allows bank corporations to engage in some insurance activities, it recognizes insurance as a business separate from banking. The banks themselves do not consider the insurance to be vital to their credit granting since apart from s. 418 mortgages, the loan agreement is not, in practice, made contingent on obtaining insurance. The bank cannot therefore be protected from operation of the *Insurance Act* by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. [85-86] [89-92]

The doctrine of federal paramountcy is also inapplicable because neither operational incompatibility nor the frustration of a federal purpose have been made out. Since 2000, the banks have been promoting insurance in Alberta while complying with both the federal *Bank Act* and the provincial *Insurance Act*. This is not a case where the provincial law prohibits what the federal law permits. The federal legislation is permissive not exhaustive, and compliance by the banks with the provincial law complements, not frustrates, the federal purpose. [4] [98-100] [103]

Per Bastarache J.: All constitutional legal challenges to legislation should follow the same approach. First, the pith and substance of the provincial law and the federal law should be examined to ensure that they are both validly enacted laws and to determine the nature of the overlap, if any, between them. Second, the applicability of the provincial law to the federal undertaking or matter in question must be resolved with reference to the doctrine of interjurisdictional immunity. Third, only if both the provincial law and the federal law have been found to be valid pieces of legislation, and only if the provincial law is found to be applicable to the federal matter in question, then both statutes must be compared to determine whether the overlap between them constitutes a conflict sufficient to trigger

irréductible de la compétence sur les banques. Alors que les opérations bancaires comprennent certainement la protection des prêts par l'obtention d'une garantie suffisante, une banque ne se livre pas à une activité vitale ou essentielle à l'entreprise bancaire en faisant la promotion d'assurance facultative. Il existe une différence entre le fait d'exiger une garantie (une activité bancaire) et celui de promouvoir l'achat d'un certain type de produit qui pourrait ensuite être utilisé comme garantie. La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique mais de priver les législateurs des deux ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu'ils s'acquittent de leurs responsabilités respectives. De plus, si le par. 416(1) de la *Loi sur les banques* autorise les entreprises bancaires à mener certaines activités d'assurance, il reconnaît que l'assurance constitue un commerce distinct des opérations bancaires. Les banques elles-mêmes ne considèrent pas l'assurance comme un élément vital de leur activité d'octroi de crédit puisque, à l'exception des hypothèques visées par l'art. 418, la conclusion du prêt ne dépend pas, en pratique, de l'obtention d'une assurance. Les banques ne peuvent donc pas être soustraites à l'application de l'*Insurance Act* en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. [85-86] [89-92]

La doctrine de la prépondérance des lois fédérales est aussi inapplicable parce que ni l'incompatibilité d'application ni l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral n'ont été établies. Depuis l'an 2000, les banques font la promotion d'assurance en Alberta tout en respectant à la fois la *Loi sur les banques* fédérale et l'*Insurance Act* provinciale. Il ne s'agit pas d'un cas où la loi provinciale interdit ce que la loi fédérale permet. La disposition législative fédérale est permissive mais non exhaustive, et le respect de la loi provinciale par les banques n'entrave pas la réalisation de l'objectif fédéral mais la favorise. [4] [98-100] [103]

Le juge Bastarache : Les contestations judiciaires de nature constitutionnelle devraient toutes suivre le même modèle. Premièrement, il faut examiner le caractère véritable des dispositions législatives provinciales et fédérales pour s'assurer qu'elles ont toutes été validement adoptées et pour déterminer la nature du chevauchement qui existe entre elles, le cas échéant. Deuxièmement, il faut trancher la question de l'applicabilité de la loi provinciale à l'entreprise ou la matière fédérale en cause en se fondant sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. Troisièmement, ce n'est que si la loi provinciale et la loi fédérale ont toutes deux été déclarées valides, et que si la loi provinciale a été jugée applicable à la matière fédérale en question, que l'on doit comparer les deux lois afin de déterminer si le

the application of the doctrine of federal paramountcy. [112]

The *Insurance Act* is clearly a law in pith and substance about the regulation of the insurance industry within the province, and the particular provisions at issue are concerned with the licensing and regulation of insurance providers, promoters and agents. The provincial law applies to all persons providing or promoting insurance services, including banks. It is therefore valid legislation of general application enacted under the provincial legislative authority over property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. As for the validity of the 1991 amendments to the *Bank Act*, they were not challenged by the parties. [116-117]

The federal head of power in issue here is "banking" under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867*. While deposit taking, credit granting in the form of loans and the taking of security for those loans are core elements of banking, clearly, the promotion of authorized insurance does not fall within that core because it is not essential to the function of banking. Insurance can never be security; it is rather the collateral created in relation to the granting of a bank loan. The insurance promoted is optional and can be cancelled at any time. In enacting the amendments to the *Bank Act*, Parliament intended banks to promote insurance, not as an expansion of the core of the banking power, but rather as a limited exception to the general prohibition against the promotion of certain lines of insurance. Parliament thereby drew a clear distinction between the business of banking and the business of insurance. Since the promotion of insurance does not come within the core of banking, the *Insurance Act* is not affecting that core in any important way. Therefore, no immunity arises in the circumstances. [118-123]

The doctrine of paramountcy does not apply in this case as there is no conflict between the provincial law and the federal law. The interaction between the two statutory schemes is one of harmony and complementarity, rather than frustration of Parliament's legislative purpose. The aim of the amendments to the *Bank Act* and the associated regulations was to permit the banks to engage in the promotion of authorized insurance

chevauchement qui existe entre elles constitue un conflit suffisamment grave pour entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale. [112]

L'*Insurance Act* est manifestement une loi dont le caractère véritable se rapporte à la réglementation du commerce de l'assurance dans la province, et les dispositions particulières en cause portent sur la délivrance de permis aux fournisseurs, promoteurs et agents d'assurance, et sur la réglementation de leurs activités. La loi provinciale s'applique à toutes les personnes qui fournissent des services d'assurance ou qui en font la promotion, y compris les banques. Il s'agit donc d'une disposition d'application générale valide édictée en vertu de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce qui est de la validité des modifications apportées en 1991 à la *Loi sur les banques*, les parties ne l'ont pas contestée. [116-117]

En l'espèce, le chef de compétence fédérale en cause est la compétence sur « les banques » conférée par le par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si la réception de dépôts, l'octroi de crédit sous forme de prêts et la prise de sûretés à l'égard de ces prêts constituent les éléments essentiels des opérations bancaires, la promotion d'assurance autorisée ne fait manifestement pas partie de ces éléments parce qu'elle n'est pas essentielle au fonctionnement des banques. L'assurance ne peut jamais constituer une sûreté; elle constitue plutôt un élément accessoire à l'octroi d'un prêt bancaire. L'assurance dont on fait la promotion est facultative et peut être annulée en tout temps. En adoptant les modifications à la *Loi sur les banques*, le Parlement voulait que les banques se livrent à la promotion d'assurance non pas à la faveur d'un élargissement du contenu essentiel de la compétence sur les banques, mais plutôt à titre d'exception limitée à l'interdiction générale visant la promotion de certains types d'assurance. Le Parlement a ainsi établi une nette distinction entre le commerce des banques et celui de l'assurance. Puisque la promotion d'assurance ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires, l'*Insurance Act* ne touche pas ce contenu essentiel d'une façon importante. Par conséquent, l'exclusivité ne joue pas dans les circonstances. [118-123]

La doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il n'y a pas de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale. L'interaction entre les deux régimes législatifs est une affaire d'harmonie et de complémentarité plutôt que d'entrave à l'objectif législatif du Parlement. Les modifications apportées à la *Loi sur les banques* et à ses règlements visaient à permettre aux banques de se livrer à la promotion de produits d'assurance

products and to spell out the types of products which could be validly promoted, not to set out the precise manner in which the promotion of insurance would be governed and regulated. Conversely, the aim of the provincial legislation was to provide a regulatory scheme for the promotion of insurance, but not to exercise any control over the kinds of insurance that banks may promote, or the extent to which they may do so, thereby maintaining the integrity of Parliament's legislative purpose. [124] [128]

Cases Cited

By Binnie and LeBel JJ.

Followed: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23; **referred to:** *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*,

autorisée et à préciser les types de produits dont on pouvait valablement faire la promotion, et non à énoncer la manière précise dont la promotion d'assurance allait être régie et réglementée. À l'inverse, la loi provinciale visait à mettre en place un mécanisme de réglementation applicable à la promotion d'assurance, et non à exercer un contrôle sur les types d'assurance dont les banques peuvent faire la promotion, ou sur la mesure dans laquelle elles peuvent le faire, respectant ainsi l'intégrité de l'objectif poursuivi par le Parlement. [124] [128]

Jurisprudence

Citée par les juges Binnie et LeBel

Arrêt suivi : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23; **arrêts mentionnés :** *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S 473, 2005 CSC 49; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844; *Brasseries Labatt du Canada Ltée*

[1987] 2 S.C.R. 2; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028, aff'g (1993), 13 O.R. (3d) 389; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610; *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811; *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. v. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d) 53; *R. v. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716; *Attorney-General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Rothmans, Benson & Hedges*

c. Procureur général du Canada, [1980] 1 R.C.S. 914; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657; *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028, conf. (1993), 13 O.R. (3d) 389; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, autorisation de pourvoi refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610; *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811; *R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. c. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d) 53; *R. c. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Procureur*

Inc. v. Saskatchewan, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Gregory Co. v. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204; *Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Turgeon v. Dominion Bank*, [1930] S.C.R. 67; *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. viii; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

By Bastarache J.

Referred to: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 409, 416, 418.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(15), 92, 92(13), (16).
Insurance Act, R.S.A. 2000, c. I-3, ss. 1(n), (bb), 454, 468(1), 480, 482, 486, 500, 764.
Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001, ss. 12(1), 14, 15, 16, 17, 18.
Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations, SOR/92-330, ss. 2 "authorized type of insurance", "personal accident insurance", 7(2).
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

général de l'Alberta c. Putnam, [1981] 2 R.C.S. 267; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Gregory Co. c. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204; *Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Turgeon c. Dominion Bank*, [1930] R.C.S. 67; *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 3 R.C.S. viii; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 1n), bb), 454, 468(1), 480, 482, 486, 500, 764.
Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001, art. 12(1), 14, 15, 16, 17, 18.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(15), 92, 92(13), (16).
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 409, 416, 418.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, ch. P-7.
Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires), DORS/92-330, art. 2 « assurance accidents corporels », « assurance autorisée », 7(2).

Doctrine citée

Association des banquiers canadiens. *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits*

Canada. Department of Finance. Report of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity.* Ottawa: Department of Finance, 1998.

Canada. Department of Finance. Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity.* Background Paper #2. *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition.* Ottawa: Department of Finance, 1998.

Canada. Department of Finance. *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada.* Ottawa: House of Commons, 1998.

Canada. Senate. Sixteenth Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Towards a More Competitive Financial Environment.* Ottawa: The Senate, 1986.

Canadian Bankers Association. *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services.* Toronto: Canadian Bankers Association, 1999.

Gélinas, Fabien. "La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation", dans *Mélanges Jean Beetz.* Montréal: Thémis, 1995, 471.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1969.

Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.

Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton: Juriliber, 2001.

McDonald, Patrick N. "The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "essential", "vital".

Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Hunt and Berger JJ.A.) (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 361 A.R. 112, 249

et services financiers. Toronto : Association des banquiers canadiens, 1999.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *L'avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada.* Ottawa : Chambre des communes, 1998.

Canada. Ministère des Finances. Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités.* Document d'information nº 2. *Souplesse d'organisation des institutions financières : un cadre d'intensification de la concurrence.* Ottawa : Ministère des Finances, 1998.

Canada. Ministère des Finances. *La réglementation des institutions financières du Canada : Propositions à considérer.* Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.

Canada. Ministère des Finances. Rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités.* Ottawa : Ministère des Finances, 1998.

Canada. Sénat. Seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier.* Ottawa : Le Sénat, 1986.

Gélinas, Fabien. « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz.* Montréal : Thémis, 1995, 471.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1969.

Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.

Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton : Juriliber, 2001.

McDonald, Patrick N. « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.

Nouveau Petit Robert. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « essentiel », « vital ».

Weiler, Paul C. « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Hunt et Berger) (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 361 A.R. 112, 249

D.L.R. (4th) 523, [2005] 6 W.W.R. 226, 18 C.C.L.I. (4th) 161, [2005] A.J. No. 21 (QL), 2005 ABCA 12, affirming a decision of Slatter J. (2003), 21 Alta. L.R. (4th) 22, 343 A.R. 89, [2004] 5 W.W.R. 108, 4 C.C.L.I. (4th) 59, [2003] A.J. No. 1166 (QL), 2003 ABQB 795. Appeal dismissed.

Neil Finkelstein, *Jeffrey W. Galway* and *Catherine Beagan Flood*, for the appellants.

Robert J. Normey, *L. Christine Enns* and *Nick Parker*, for the respondent.

Peter M. Southey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robin K. Basu and *Bay Ryley*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John G. Furey, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Sarah Macdonald, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine and *James Hall*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Katharine L. Hurlburt and *Dale Gibson*, for the intervener the Alberta Insurance Council.

David Stratas and *Sara Gelgor* for the intervener the Financial Advisors Association of Canada.

Terrence J. O'Sullivan and *M. Paul Michell*, for the interveners AIG Life Insurance Company of Canada et al.

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

BINNIE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

1 The framers of the *Constitution Act, 1867* must have thought that the content of the federal power

D.L.R. (4th) 523, [2005] 6 W.W.R. 226, 18 C.C.L.I. (4th) 161, [2005] A.J. No. 21 (QL), 2005 ABCA 12, qui a confirmé une décision du juge Slatter (2003), 21 Alta. L.R. (4th) 22, 343 A.R. 89, [2004] 5 W.W.R. 108, 4 C.C.L.I. (4th) 59, [2003] A.J. No. 1166 (QL), 2003 ABQB 795. Pourvoi rejeté.

Neil Finkelstein, *Jeffrey W. Galway* et *Catherine Beagan Flood*, pour les appelantes.

Robert J. Normey, *L. Christine Enns* et *Nick Parker*, pour l'intimée.

Peter M. Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robin K. Basu et *Bay Ryley*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Sarah Macdonald, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine et *James Hall*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Katharine L. Hurlburt et *Dale Gibson*, pour l'intervenante Alberta Insurance Council.

David Stratas et *Sara Gelgor* pour l'intervenante l'Association des conseillers en finance du Canada.

Terrence J. O'Sullivan et *M. Paul Michell*, pour les intervenantes Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada et autres.

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

LES JUGES BINNIE ET LEBEL —

I. Introduction

Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont dû penser que le contenu de la compétence

over "Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money" (s. 91(15)) was tolerably clear. Banking, according to one early authority, is more or less what "com[es] within the legitimate business of a banker" (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.), at p. 46). Bankers today are not limited in their activities to the activities their predecessors pursued in the nineteenth century. In recent years, they have persuaded Parliament to open the door to lines of business formerly closed to them, such as the promotion (though not underwriting) of certain lines of insurance. Indeed, more generally, there has been a blurring of the traditional "four pillars" of the Canadian financial services industry, which formerly were neatly divided into banks, trust companies, insurance companies, and security dealers, the first under federal regulation and the last three regulated by the provinces.

fédérale sur « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie » (par. 91(15)) était suffisamment clair. Selon une jurisprudence ancienne, les opérations bancaires englobent plus ou moins ce qui [TRADUCTION] « entre dans l'entreprise légitime d'un banquier » (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.), p. 46). Les activités des banquiers, de nos jours, ne se limitent pas à celles auxquelles se livraient leurs prédécesseurs au dix-neuvième siècle. Au cours des dernières années, ils ont convaincu le Parlement de leur donner accès à des secteurs d'activités qui leur étaient autrefois fermés, comme la promotion (mais non la souscription) de certaines assurances. De façon plus générale, les distinctions entre les [TRADUCTION] « quatre piliers » traditionnels du secteur canadien des services financiers, qui se divisaient jadis nettement en banques, sociétés de fiducie, sociétés d'assurances et maisons de courtage de valeurs, les premières étant assujetties à la réglementation fédérale et les trois dernières à celle des provinces, se sont d'ailleurs estompées.

The question that arises on this appeal is the extent to which banks, as federally regulated financial institutions, must comply with provincial laws regulating the promotion and sale of insurance. Specifically, we are required to consider whether and to what extent the market conduct rules enacted for consumer protection in Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, govern the promotion of credit-related insurance by banks as now permitted under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, as amended.

2 La question qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle les banques, en tant qu'institutions financières régies par le droit fédéral, doivent respecter les lois provinciales réglementant la promotion et la vente d'assurance. Plus particulièrement, nous sommes appelés à décider si et dans quelle mesure les règles de surveillance des pratiques du marché visant la protection du consommateur contenues dans la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, s'appliquent à la promotion par les banques d'assurance liée au crédit maintenant permise en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, modifiée.

The appellant banks say that the provincial insurance regulations strike at the core of what banking is all about, namely enhancing the security of loan portfolios. As the appellants' counsel puts it, "the primary character of this insurance, tied as it is to the provision of loans by banks of their own loans, is security collateral for bank loans" (transcript, at p. 23) and such promotion therefore "lies at the core of what the bank does, lend money and take security" (transcript, at p. 11). Further, "the lending of money and the promotion of security are intimately

3 Les banques appelantes affirment que la réglementation provinciale sur les assurances touche au cœur même de l'essence des banques, à savoir l'amélioration de la sécurité des portefeuilles de prêts. Comme l'a dit l'avocat des appelantes, [TRADUCTION] « la principale raison d'être de cette assurance, si liée à l'octroi de prêts par les banques, est la garantie accessoire des prêts consentis par celles-ci » (transcription, p. 23) et une telle promotion, par conséquent, [TRADUCTION] « constitue un aspect fondamental des activités

tied together and together go to the core of banking" (transcript, at p. 13). The regulations cannot, the appellants say, be allowed to affect such a vital part of their banking undertaking. Alternatively, the appellants argue, the provincial regulations are in operational conflict with the *Bank Act* and its regulations, and the application of the provincial law would frustrate Parliament's purpose.

4 We agree with the conclusion of the courts in Alberta that the appellants' claim to interjurisdictional immunity should be rejected. The fact that Parliament allows a bank to enter into a provincially regulated line of business such as insurance cannot, by federal statute, unilaterally broaden the scope of the exclusive legislative power granted by the *Constitution Act, 1867*. When promoting insurance, the banks are participating in the business of insurance and only secondarily furthering the security of their loan portfolios, as the evidentiary record clearly established. This means, it is true, that banks will have to comply with both federal and provincial laws, but when federally regulated entities take part in provincially regulated activities there will inevitably result a measure of jurisdictional overlap. Nevertheless, the paramountcy doctrine is not engaged. Absent conflict with a valid federal law, valid provincial legislation will apply. Here there is no operational conflict. Compliance by the banks with provincial insurance laws will complement, not frustrate, the federal purpose. On both branches of the appellants' argument, the appeal should be dismissed.

II. Facts

5 Revisions to the *Bank Act* in 1991 permitted banks to engage in the promotion of certain types

des banques, qui consistent à prêter de l'argent et à prendre des garanties » (transcription, p. 11). En outre, [TRADUCTION] « le prêt d'argent et l'amélioration de la sécurité sont étroitement interreliés et sont tous deux des éléments du contenu essentiel des opérations bancaires » (transcription, p. 13). Selon les appelantes, on ne saurait permettre que cette réglementation agisse sur un élément aussi essentiel de leur entreprise bancaire. Subsidiairement, les appelantes plaident qu'il existe un conflit d'application entre la réglementation provinciale et la *Loi sur les banques* et ses règlements, et que l'application de la loi provinciale entraverait la réalisation de l'objectif du Parlement.

Nous sommes d'accord avec les tribunaux de l'Alberta qui ont conclu qu'il faut rejeter la demande des appelantes fondée sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. Le fait que le Parlement permette aux banques d'avoir accès à un secteur d'activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée de la compétence législative exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsqu'elles font de la promotion d'assurance, les banques se livrent au commerce de l'assurance, et comme la preuve l'a clairement établi, ce n'est qu'accessoirement qu'elles améliorent la sécurité de leurs portefeuilles de prêts. Certes, cela signifie que les banques doivent respecter à la fois les lois fédérales et provinciales, mais lorsque des entités régies par le droit fédéral participent à des activités réglementées par les lois provinciales, il en résulte forcément un certain chevauchement de compétences. Néanmoins, la règle de la prépondérance n'entre pas en jeu. En l'absence de conflit avec une loi fédérale valide, les textes législatifs provinciaux valides s'appliquent. Il n'existe en l'espèce aucun conflit d'application. Le respect des lois provinciales sur l'assurance par les banques n'entrave pas la réalisation de l'objectif du Parlement mais la favorise. À l'égard des deux volets de l'argumentation des appelantes, le pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits

5 Les modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 1991 ont permis aux banques de se lancer

of insurance, an activity from which, historically, they had been excluded. The Canadian Bankers Association chronicled this evolution in a consumer information booklet entitled *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services* (1999), as follows:

> Up until the mid-20th century, the bank's main function was to act as society's "financial intermediary," pooling the funds of savers through deposit-taking and making them available to borrowers. While their core services are still deposits and loans, banks have expanded to offer hundreds of different products and services to a diverse clientele. Offerings include basic savings and chequing accounts, RRSPs, money orders, foreign exchange, letters of credit, mortgages, financial planning, insurance products such as creditor life insurance and investment products. [Emphasis added; p. 5.]

Specifically, the *Bank Act* and its *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330 ("*IBR*s"), now authorize banks to promote at their branches eight kinds of insurance ("authorized insurance") as follows:

(a) *credit or charge card-related insurance*: this insurance covers damage to goods acquired with a credit card, including rented vehicles;

(b) *creditors' disability insurance*: the insurer will pay all or part of a bank loan if a borrower becomes disabled. The beneficiary of the policy is the bank. The amount of the insurance usually corresponds to the amount of the payments that fall due during the period of disability;

(c) *creditors' life insurance*: this is a group insurance policy which pays off the loan when the borrower dies. The beneficiary is the bank, and the amount of the insurance is the amount of the loan outstanding from time to time, subject to any limits in the policy;

(d) *creditors' loss of employment insurance*: the insurer pays all or part of the debt owed to the bank

dans la promotion de certains types d'assurances, une activité dont elles avaient depuis toujours été exclues. Dans une brochure d'information destinée aux consommateurs intitulée *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits et services financiers* (1999), l'Association des banquiers canadiens a décrit ainsi cette évolution :

> Jusqu'au milieu du 20e siècle, les banques avaient pour premier mandat d'agir comme intermédiaire financier, en recueillant les dépôts des épargnants et en les mettant à la disposition des emprunteurs. Si leurs principales activités demeurent toujours les dépôts et les prêts, les banques les ont élargies pour offrir des centaines de produits et de services différents à une clientèle variée. Parmi cet éventail, on trouve les comptes d'épargne et de chèques de base, les REER, les mandats bancaires, les services de change, les lettres de crédit, les prêts hypothécaires, la planification financière, les produits d'assurance comme l'assurance-vie des créanciers et les placements. [Je souligne; p. 5.]

6 Plus particulièrement, la *Loi sur les banques* et son *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330 (« *RCA* »), autorisent maintenant les banques à faire la promotion, dans leurs succursales, des huit types d'assurances (« assurance autorisée ») suivants :

a) *assurance carte de crédit ou de paiement* : cette assurance couvre les dommages causés aux marchandises achetées par carte de crédit, y compris les véhicules loués;

b) *assurance-invalidité de crédit* : l'assureur s'engage à rembourser la totalité ou une partie du prêt en cas d'invalidité du débiteur. Le bénéficiaire de la police est la banque. Le montant de l'assurance correspond habituellement à celui des paiements exigibles durant la période d'invalidité;

c) *assurance-vie de crédit* : il s'agit d'une police d'assurance collective qui rembourse le prêt au décès du débiteur. Le bénéficiaire est la banque, et le montant de l'assurance correspond au solde courant du prêt, sous réserve des limites fixées par la police;

d) *assurance crédit en cas de perte d'emploi* : l'assureur rembourse la totalité ou une partie de la

if the borrower becomes unemployed. The beneficiary is the bank, and the amount of the insurance would generally be the amount of payments falling due while the borrower is unemployed;

(e) *creditors' vehicle inventory insurance*: the insurer covers damage to vehicles held as inventory by customers of the bank (usually dealerships) where the vehicles have been financed by the bank and pledged as collateral for repayment of the bank loan;

(f) *export credit insurance*: the insurer protects an exporter against non-payment by the purchaser of the goods. Where the bank has provided financing to the exporter's business, the insurance will generally be assigned to the bank as collateral for the loan;

(g) *mortgage insurance*: this insures the bank against default by one of its mortgagors. The beneficiary of the policy is the bank, the amount payable under the policy is the balance outstanding on the mortgage (usually the net after proceeds of foreclosure), and the insured risk is default by the mortgagor;

(h) *travel insurance*: the insurer will pay losses arising from the cancellation of trips, the loss of personal property while on a trip, the loss of baggage, as well as medical expenses incurred on a trip.

7 The evidence showed that a large percentage of the banks' customers purchase credit-related insurance. Therefore, even though the purchase is optional, the fact is that promotion of insurance as collateral may to some extent increase the security of the banks' overall loan portfolio. The trial judge considered this effect to be small. He found that banks generally insist on adequate collateral *before* the loan is made, and the decision to grant credit is not afterwards reconsidered if the borrower declines the offer of optional insurance. From the bank's perspective, its position is already fully protected. The availability of yet more collateral in

dette envers la banque en cas de perte d'emploi du débiteur. Le bénéficiaire est la banque, et le montant de l'assurance correspond généralement à celui des paiements exigibles pendant que le débiteur est sans emploi;

e) *assurance crédit pour stocks de véhicules* : l'assureur couvre les dommages causés aux véhicules que les clients de la banque (habituellement des concessionnaires) ont en stock lorsque ces véhicules ont été financés par la banque et cédés en garantie du remboursement du prêt consenti par celle-ci;

f) *assurance crédit des exportateurs* : l'assureur protège l'exportateur contre le défaut de paiement par l'acheteur des biens. Lorsque la banque finance l'entreprise de l'exportateur, l'assurance lui est généralement cédée en garantie du remboursement du prêt;

g) *assurance hypothèque* : cette assurance protège la banque contre la défaillance d'un débiteur hypothécaire. Le bénéficiaire est la banque, et la somme payable en vertu de la police correspond au solde courant de l'hypothèque (habituellement le produit net après forclusion), et le risque assuré est la défaillance du débiteur hypothécaire;

h) *assurance voyage* : l'assureur s'engage à compenser les pertes résultant de l'annulation de voyages, la perte de biens personnels pendant un voyage et la perte de bagages, ainsi qu'à rembourser les dépenses médicales engagées pendant un voyage.

La preuve démontre qu'une forte proportion des clients des banques achètent de l'assurance liée au crédit. Donc, même si l'achat est facultatif, il reste que la promotion d'assurance à titre de garantie peut, dans une certaine mesure, améliorer la sécurité de l'ensemble des portefeuilles de prêts des banques. Le juge de première instance a accordé peu d'importance à cette incidence. Il a conclu que les banques exigent généralement une garantie suffisante *avant* que le prêt soit consenti, et la décision d'accorder le crédit n'est pas modifiée par la suite si le débiteur décline l'offre d'assurance facultative. Du point de vue de la banque, sa position est

the form of after-acquired insurance may therefore simply pile Mount Pelion on Olympus.

The trial judge noted that of these eight types of insurance "products" only mortgage insurance and export credit insurance actually insure against the risk of default in the payment of a loan. In contrast, credit-card related insurance and travel insurance, including personal accident insurance, have no significant connection to the amount of a loan owed to a bank and are payable irrespective of any default. While he recognized that insurance against the risk of a customer's disability or of loss of life or of employment enhances the safety of the bank's loan portfolio, the risk insured against is not default on the payment of the loan but the insured's disability or loss of life or of employment. The insurance, which is entirely optional for the borrower, is promoted on the basis of providing the borrower (not the bank) with peace of mind. The insurer will generally be required to pay the proceeds of the insurance directly to the bank in the event the risk materializes, even if the loan remains in good standing and there is no question about the insured's ability to pay. As the trial judge noted, "[r]emoving the necessity for the bank to pursue widows and orphans can undoubtedly improve the bank-customer relationship, although it is difficult to determine how big a factor this would be" ((2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795, at para. 41).

The trial judge added that the way in which banks promote insurance varies somewhat from product to product. Credit card and travel insurance coverage are generally sold as a feature of credit cards. Mortgage insurance is promoted in concert with the granting of mortgages (although it is mandatory under s. 418 of the *Bank Act* in the case of a high-ratio mortgage worth more than 75 percent of the value of the mortgaged residence). The insurance relating to a calamity in the life of a debtor (disability, unemployment and death) is sometimes

déjà pleinement protégée. La possibilité d'obtenir encore plus de garantie sous la forme d'une assurance achetée après coup revient donc, pour ainsi dire, à coiffer l'Olympe de la montagne Pelée.

8 Le juge de première instance a fait observer que de ces huit types de « produits » d'assurance, seules l'assurance hypothèque et l'assurance des exportateurs couvrent véritablement le risque de défaillance à l'égard du remboursement d'un prêt. L'assurance carte de crédit et l'assurance voyage, dont l'assurance individuelle contre les accidents, par contre, ne possèdent aucun lien significatif avec le montant d'un prêt contracté auprès d'une banque, et sont payables indépendamment de toute défaillance. Tout en reconnaissant que l'assurance contre l'invalidité, le décès ou la perte d'emploi d'un client améliore la sécurité du portefeuille de prêts de la banque, il a rappelé que le risque assuré n'est pas la défaillance à l'égard du remboursement du prêt mais l'invalidité, le décès ou la perte d'emploi de l'assuré. La promotion de cette assurance, qui est entièrement facultative pour l'emprunteur, est assurée en misant sur la tranquillité d'esprit qu'elle apporte à l'emprunteur (et non à la banque). Lorsque le risque se concrétise, on demande généralement à l'assureur de verser le produit de l'assurance directement à la banque, et ce, même si le prêt reste en règle et que la capacité de payer de l'assuré n'est pas mise en doute. Comme le juge de première instance l'a souligné, [TRADUCTION] « [s]'il est vrai que la suppression de l'obligation des banques de poursuivre les veuves et les orphelins peut améliorer la relation banque-client, il est toutefois difficile d'apprécier l'importance de ce facteur » ((2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795, par. 41).

9 Le juge de première instance a ajouté que la façon dont les banques font la promotion de l'assurance varie quelque peu d'un produit à l'autre. Les polices d'assurances carte de crédit et voyage sont généralement vendues en tant que caractéristiques des cartes de crédit. La promotion de l'assurance hypothèque est faite au moment où les hypothèques sont consenties (bien qu'elle soit obligatoire, selon l'art. 418 de la *Loi sur les banques*, dans le cas d'un prêt hypothécaire à proportion élevée excédant 75 pour 100 de la valeur de la résidence

promoted at the time the loan is taken out but is also promoted quite independently by direct mail or through telemarketers. If the borrower answers certain health questions in the negative, the insurance is automatically approved through a group policy.

10 In 2000, Alberta enacted changes to its *Insurance Act* purporting to make federally chartered banks subject to the provincial licensing scheme governing the promotion of insurance products. Under s. 454, a bank wanting to promote insurance must obtain a "restricted insurance agent's certificate of authority". The banks thereby became subject to market standards regulation including, for example, s. 486 that requires training procedures to be in place, s. 500 that targets misrepresentations about the levels of premiums, and ss. 480 and 764 that provide sanctions for non-compliance and improper market conduct. In addition, the statute empowers the provincial Minister of Finance to make regulations respecting the ethical, operational and trade practices of agents. It is consumer protection legislation.

11 Upon the coming into force of the *Insurance Act*, the appellant banks sought a declaration that their promotion of insurance is "banking" under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* and that the *Insurance Act* and its associated regulations are constitutionally inapplicable and/or inoperative to the banks' promotion of insurance.

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795

12 Slatter J. noted that, except for mortgages for an amount in excess of 75 percent of the home value,

hypothéquée). La promotion de l'assurance relative à la survenance d'une catastrophe dans la vie du débiteur (invalidité, perte d'emploi et décès) se fait parfois au moment où le prêt est contracté, parfois d'une manière indépendante, par publipostage direct ou par l'intermédiaire de télévendeurs. Si l'emprunteur répond par la négative à certaines questions sur sa santé, l'assurance est automatiquement approuvée dans le cadre d'une police collective.

En l'an 2000, l'Alberta a apporté à son *Insurance Act* des modifications visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion des produits d'assurance. Selon l'art. 454, une banque qui désire faire de la promotion d'assurance doit obtenir un [TRADUCTION] « certificat restreint d'agent d'assurance ». Les banques sont ainsi devenues assujetties à la réglementation sur les normes du marché comme, par exemple, l'art. 486 qui exige la mise en place d'une procédure de formation, l'art. 500 qui vise les fausses déclarations concernant les primes nivelées, et les art. 480 et 764 qui prévoient des sanctions en cas de non-respect de la loi et de mauvaise conduite. La loi habilite en outre le ministre provincial des Finances à prendre des règlements concernant la déontologie et les pratiques opérationnelles et commerciales des agents. Il s'agit de dispositions législatives visant la protection du consommateur.

Dès l'entrée en vigueur de l'*Insurance Act*, les banques appelantes ont sollicité un jugement déclarant que la promotion d'assurance à laquelle elles se livrent entre dans la catégorie des opérations des « banques » énoncée au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l'*Insurance Act* et ses règlements d'application sont constitutionnellement inapplicables ou inopérants à l'égard de la promotion d'assurance par les banques.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795

Le juge Slatter a fait observer que, sauf pour les hypothèques dont le montant excède 75 pour 100

the purchase of insurance by a bank customer is optional. Being optional, it is obviously not considered by the bank as vital and essential to its undertaking. The trial judge concluded, on the evidence, that in the majority of cases where the loan is paid by insurance, the borrower would in any event have been able to retire the loan without the insurance. The trial judge found as fact that "[t]he overall effect on portfolio strength is small, and is not the main reason why the banks promote insurance" (para. 48). Instead, he concluded:

> On this record it is clear that the primary reason the banks want to promote authorized types of insurance is because they make a profit from it. The sale of insurance is simply another product line, no more and no less. [para. 53]

Slatter J. held that the *Insurance Act* was not rendered inapplicable to the banks under the doctrine of interjurisdictional immunity. He reviewed the evidence in detail. The insurance is not part of the credit-making decision and, on the evidence, has almost nothing at all to do with the granting of loans. He ruled:

> On this record it is not possible to say that the promotion of insurance is an "unassailable part" of the credit [granting] process or banking. It is collateral or "subsidiary" to both; a new product and profit centre unrelated to core banking. The promotion of insurance is analogous to mortgage lending and the sale of registered retirement savings plans which, while carried on by banks, are not a part of "banking" for constitutional purposes. This conclusion is particularly compelling for those types of insurance that have no relation to loan balances, but it applies to all insurance. [para. 173]

As to the doctrine of federal paramountcy, Slatter J. held that "the provincial regulatory scheme does not frustrate Parliament's intentions in empowering the banks to promote insurance; the provincial regulations complement the new powers

de la valeur de la résidence, l'achat d'assurance par un client de la banque est facultatif. Cet achat étant facultatif, il n'est sûrement pas considéré par la banque comme un élément vital et essentiel de son entreprise. Le juge de première instance a conclu, au regard de la preuve, que dans la majorité des cas où le prêt est remboursé par assurance, l'emprunteur aurait de toute façon été en mesure de procéder audit remboursement sans l'assurance. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que [TRADUCTION] « l'incidence globale sur la valeur du portefeuille est de faible importance et ne constitue pas la principale raison pour laquelle les banques font la promotion d'assurance » (par. 48). Il a plutôt conclu ce qui suit :

> [TRADUCTION] Dans le présent dossier, il est clair que la raison première qui pousse les banques à vouloir faire la promotion d'assurance autorisée tient au fait qu'elles en tirent un bénéfice. La vente d'assurance ne représente ni plus ni moins qu'une autre gamme de produits. [par. 53]

13 Le juge Slatter a jugé que l'*Insurance Act* n'était pas, de par la doctrine de l'exclusivité des compétences, inapplicable aux banques. Il a examiné la preuve en détail. L'assurance ne fait pas partie de la décision d'accorder du crédit et n'a, selon la preuve, presque rien à voir avec l'octroi de prêts. Il a statué comme suit :

> [TRADUCTION] Dans le présent dossier, on ne peut pas dire que la promotion d'assurance constitue un « élément irréductible » du processus d'octroi de crédit ou des opérations bancaires. Il s'agit d'une partie accessoire ou « auxiliaire » de ceux-ci, d'un nouveau produit et centre de revenu n'ayant aucun rapport avec les opérations bancaires de base. La promotion d'assurance s'assimile au crédit hypothécaire et à la vente de régimes enregistrés d'épargne-retraite qui, même s'ils sont pratiqués par les banques, n'entrent pas dans les opérations des « banques » sur le plan constitutionnel. Cette conclusion, qui s'impose encore davantage à l'égard des types d'assurances n'ayant rien à voir avec les soldes des prêts, s'applique à toutes les assurances. [par. 173]

14 À propos de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, le juge Slatter a conclu que [TRADUCTION] « la réglementation provinciale ne va pas à l'encontre de l'intention qu'avait le Parlement en autorisant les banques à faire la

of the banks. There is no operational conflict. The doctrine of paramountcy is not engaged on this record" (para. 204).

B. *Court of Appeal of Alberta (McFadyen, Hunt and Berger JJ.A.)* (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 2005 ABCA 12

15 Hunt J.A., writing for herself and McFadyen J.A., agreed with the trial judge's conclusion that the impugned provisions of the *Insurance Act* apply to banks. Only the "basic, minimum and unassailable core" of a matter under federal jurisdiction is immune from provincial regulations. The banks' insurance products are (except in the case of certain mortgage loans) not mandatory, can be cancelled independently by the consumer, are often not promoted until after the loan arrangement has been finalized, are not triggered by default on the loan and are often terminated by default on loan payments. They agreed with the trial judge that "the insurance is mostly optional and outside the Banks' control. Borrowers' insurance-related decisions do not affect the Banks' credit-granting decisions" (para. 81).

16 Hunt and McFadyen JJ.A. also rejected the application of federal paramountcy. There was no conflict between the provincial and federal laws. The insurance provisions contained in the *Bank Act* and *IBRs* are permissive rather than exhaustive. Nothing in the federal enactments or the legislative history suggests a parliamentary intent to authorize banks to promote insurance without complying with otherwise valid provincial laws. There is no operational incompatibility.

17 In concurring reasons, Berger J.A. emphasized that overlap of federal and provincial legislation is to be expected and accommodated, and

promotion d'assurance; elle complète les nouveaux pouvoirs des banques. Il n'y a pas de conflit d'application. La doctrine de la prépondérance n'entre pas en jeu dans le présent dossier » (par. 204).

B. *Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Hunt et Berger)* (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 2005 ABCA 12

La juge Hunt, s'exprimant pour elle-même et pour la juge McFadyen, a souscrit à la conclusion du juge de première instance voulant que les dispositions contestées de l'*Insurance Act* s'appliquent aux banques. Seul le « contenu minimum élémentaire et irréductible » d'une matière relevant de la compétence fédérale est à l'abri de la réglementation provinciale. Les produits d'assurance des banques ne sont pas obligatoires (sauf dans le cas de certains prêts hypothécaires), peuvent être annulés unilatéralement par le consommateur, ne font souvent l'objet d'une promotion qu'après la conclusion du prêt, n'entrent pas en jeu à la suite d'une défaillance à l'égard du prêt et prennent souvent automatiquement fin lors du remboursement des prêts. Elles ont convenu avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « l'assurance, dans la plupart des cas, est facultative et échappe au contrôle des banques. Les décisions des emprunteurs en matière d'assurance n'ont aucune incidence sur les décisions des banques d'accorder du crédit » (par. 81).

Les juges Hunt et McFadyen ont également refusé d'appliquer la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Il n'y avait aucun conflit entre les lois provinciales et fédérales. Les dispositions en matière d'assurance contenues dans la *Loi sur les banques* et le *RCA* sont plus permissives qu'exhaustives. Les textes législatifs fédéraux ou l'historique législatif ne supposent pas une intention du Parlement d'autoriser les banques à faire la promotion d'assurance sans qu'elles se conforment aux lois provinciales par ailleurs valides. Il n'existe aucune incompatibilité d'application.

Dans des motifs concordants, le juge Berger a insisté sur le fait qu'il faut s'attendre à un chevauchement des lois fédérales et provinciales et s'y

that courts should exercise restraint in applying interjurisdictional immunity and paramountcy. The provincial *Insurance Act* does not restrict the banks' lending operations, nor does it restrict the ability of the banks to take any type of security at any time they choose. The banks remain free to promote insurance, and compliance with the impugned provincial legislation does not result in a sterilization or frustration of the parliamentary purpose.

adapter, et que les tribunaux doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'application des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance. L'*Insurance Act* provinciale ne restreint pas les activités de crédit des banques, pas plus qu'elle ne limite le pouvoir des banques de prendre tout type de garantie quand bon leur semble. Les banques demeurent libres de faire la promotion d'assurance, et le respect de la loi provinciale contestée n'a pas pour effet d'empêcher ou d'entraver la réalisation de l'objectif du Parlement.

IV. Relevant Statutes and Regulations

See Appendix.

IV. Lois et règlements applicables

Voir l'annexe. 18

V. Constitutional Questions

On September 19, 2005, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inapplicable to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

2. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inoperative in relation to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of federal legislative paramountcy?

V. Questions constitutionnelles

Le 19 septembre 2005, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes : 19

1. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inapplicables, par l'effet de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

2. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inopérants, par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard de la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

VI. Analysis

A. *The Issues*

In the present appeal, we are not confronted with a dispute between the federal government and Alberta. Rather, the appellant banks are independently making the claim to carry on their insurance activities in Alberta free of the insurance

VI. Analyse

A. *Les questions en litige*

Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas en présence d'un différend entre le gouvernement fédéral et l'Alberta. Les banques appelantes présentent plutôt une demande indépendante en vue d'être autorisées à poursuivre leurs activités 20

regulations imposed on all other promoters and vendors of insurance products in the province. The banks assert that as federal undertakings they are "immune" from provincial insurance regulation aimed generally at fair market practices and consumer protection in the province. At the same time, the appellants acknowledge that for 125 years the regulation of insurance has been held generally to be a matter of "Property and Civil Rights in the Province" within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*; see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; and *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433. The appellants' argument is that when banks promote credit-related insurance, they are carrying on the business of banking, not the business of insurance. As the Attorney General of Canada put it in oral argument, the issue is "whether the authorized creditor insurance products are themselves so vital and essential to lending that they join lending at the core of banking" (transcript, at p. 34). On that issue, as stated, the Alberta courts flatly rejected the banks' position. We agree.

B. *Principle of Federalism*

21 The disposition of this case requires the consideration and application of important constitutional doctrines governing the operation of Canadian federalism. Despite the doubts sometimes expressed about the nature of Canadian federalism, it is beyond question that federalism has been a "fundamental guiding principle" of our constitutional order since the time of Confederation, as our Court emphasized in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 55.

d'assurance en Alberta sans avoir à respecter la réglementation sur l'assurance imposée à tous les autres promoteurs et vendeurs de produits d'assurance dans la province. Les banques affirment que, en tant qu'entreprises fédérales, elles sont « soustraites » à la réglementation provinciale en matière d'assurance qui vise de façon générale l'institution de pratiques commerciales équitables et la protection des consommateurs dans la province. Les appelantes reconnaissent en même temps que, depuis 125 ans, la réglementation de l'assurance est généralement considérée comme faisant partie de « [l]a propriété et les droits civils dans la province », une matière qui relève de la compétence provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.); *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; et *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433. Selon la thèse des appelantes, lorsque les banques font la promotion d'assurance liée au crédit, elles se livrent à des opérations bancaires et non au commerce d'assurance. Comme l'a affirmé le procureur général du Canada dans sa plaidoirie, il s'agit de savoir [TRADUCTION] « si les produits d'assurance crédit autorisés constituent eux-mêmes un élément vital et essentiel du crédit au point de s'adjoindre à celui-ci au cœur des opérations bancaires » (transcription, p. 34). En ce qui concerne cette question, les tribunaux de l'Alberta, comme nous l'avons indiqué, ont catégoriquement rejeté cette thèse des banques. Nous acceptons cette décision.

B. *Le principe du fédéralisme*

Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit examiner et appliquer d'importantes doctrines constitutionnelles qui régissent le fonctionnement du fédéralisme canadien. Malgré les doutes parfois exprimés quant à la nature du fédéralisme canadien, il est incontestable que le fédéralisme a constitué un « principe directeur fondamental » de notre ordre constitutionnel depuis le début de la Confédération, comme l'a souligné notre Cour à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55.

As the Court noted in that decision, federalism was the legal response of the framers of the Constitution to the political and cultural realities that existed at Confederation. It thus represented a legal recognition of the diversity of the original members. The division of powers, one of the basic components of federalism, was designed to uphold this diversity within a single nation. Broad powers were conferred on provincial legislatures, while at the same time Canada's unity was ensured by reserving to Parliament powers better exercised in relation to the country as a whole. Each head of power was assigned to the level of government best placed to exercise the power. The fundamental objectives of federalism were, and still are, to reconcile unity with diversity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and to foster cooperation among governments and legislatures for the common good.

22 Comme notre Cour l'a rappelé dans cet arrêt, le fédéralisme a été la réponse juridique des constituants aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération. Il représentait ainsi une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération. Le partage des compétences qui en représente l'un des éléments fondamentaux visait à respecter cette diversité au sein d'une même nation. De larges pouvoirs ont été conférés aux législatures provinciales, tandis que l'unité du Canada a été assurée en réservant au Parlement des pouvoirs dont l'exercice se prêtait davantage à l'ensemble du pays. Chacune des compétences législatives a été attribuée à l'ordre de gouvernement qui serait le mieux placé pour l'exercer. Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l'unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

To attain these objectives, a certain degree of predictability with regard to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures is essential. For this reason, the powers of each of these levels of government were enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* or provided for elsewhere in that Act. As is true of any other part of our Constitution — this "living tree" as it is described in the famous image from *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136 — the interpretation of these powers and of how they interrelate must evolve and must be tailored to the changing political and cultural realities of Canadian society. It is also important to note that the fundamental principles of our constitutional order, which include federalism, continue to guide the definition and application of the powers as well as their interplay. Thus, the very functioning of Canada's federal system must continually be reassessed in light of the fundamental values it was designed to serve.

23 Dans le but d'atteindre ces objectifs, un certain degré de prévisibilité quant au partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales s'avère indispensable. C'est pourquoi les compétences de chaque ordre de gouvernement ont été énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou prévues dans quelque autre disposition de cette dernière. Comme toute autre partie de notre Constitution, cet « arbre vivant » selon l'image célèbre de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, l'interprétation de ces compétences et de leur articulation doit être évolutive et adaptée aux réalités politiques et culturelles changeantes de la société canadienne. Il importe aussi que les principes directeurs fondamentaux de notre ordre constitutionnel, notamment celui du fédéralisme, continuent à guider tant leur définition et leur mise en œuvre que leurs interactions. Le fonctionnement même du régime fédéral canadien doit donc continuellement faire l'objet de nouvelles analyses au regard des valeurs fondamentales qu'il était destiné à favoriser.

24 As the final arbiters of the division of powers, the courts have developed certain constitutional doctrines, which, like the interpretations of the powers to which they apply, are based on the guiding principles of our constitutional order. The constitutional doctrines permit an appropriate balance to be struck in the recognition and management of the inevitable overlaps in rules made at the two levels of legislative power, while recognizing the need to preserve sufficient predictability in the operation of the division of powers. The doctrines must also be designed to reconcile the legitimate diversity of regional experimentation with the need for national unity. Finally, they must include a recognition that the task of maintaining the balance of powers in practice falls primarily to governments, and constitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called "co-operative federalism" (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56, at para. 10). We will now turn to the issue of how, in our view, the main constitutional doctrines and the interplay between them should be construed so as to facilitate the achievement of the objectives of Canada's federal structure.

C. *Constitutional Doctrines and How They Interrelate*

(1) "Pith and Substance" Doctrine

25 It is now well established that the resolution of a case involving the constitutionality of legislation in relation to the division of powers must always begin with an analysis of the "pith and substance" of the impugned legislation (*Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 16; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 52). The analysis may concern the legislation as a whole or only certain of its provisions.

Ultimes arbitres du partage des compétences, les tribunaux ont développé certaines doctrines constitutionnelles qui, comme les interprétations des compétences auxquelles elles président, s'inspirent des principes organisateurs fondamentaux de notre ordre constitutionnel. Ces doctrines permettent d'établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement, tout en reconnaissant la nécessité de sauvegarder une prévisibilité suffisante du fonctionnement du partage des compétences. Ces doctrines doivent aussi viser à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d'unité nationale. Elles doivent enfin reconnaître que, concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un « fédéralisme coopératif » (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56, par. 10). Nous exposerons maintenant comment, à notre avis, les doctrines constitutionnelles principales et leur articulation doivent être conçues, afin de mieux atteindre les objectifs de la structure fédérale du Canada.

C. *Les règles constitutionnelles et leur articulation*

(1) La doctrine du « caractère véritable »

Il est maintenant bien établi que la résolution d'une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'une législation eu égard au partage des compétences doit toujours commencer par une analyse du « caractère véritable » de la législation contestée (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 16; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 52). L'analyse peut porter sur la législation prise dans son ensemble ou seulement sur certaines dispositions de celle-ci.

This initial analysis consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the "matter" to which it essentially relates. As Rand J. put it in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 333:

> . . . the courts must be able from its language and its relevant circumstances, to attribute an enactment to a matter *in relation to which* the legislature acting has been empowered to make laws. That principle inheres in the nature of federalism . . . . [Emphasis in original.]

If the pith and substance of the impugned legislation can be related to a matter that falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it, the courts will declare it *intra vires*. If, however, the legislation can more properly be said to relate to a matter that is outside the jurisdiction of that legislature, it will be held to be invalid owing to this violation of the division of powers.

To determine the pith and substance, two aspects of the law must be examined: the purpose of the enacting body and the legal effect of the law (*Reference re Firearms Act*, at para. 16). To assess the purpose, the courts may consider both intrinsic evidence, such as the legislation's preamble or purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or minutes of parliamentary debates. In so doing, they must nevertheless seek to ascertain the *true* purpose of the legislation, as opposed to its mere stated or apparent purpose (*Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (P.C.), at p. 337). Equally, the courts may take into account the effects of the legislation. For example, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 ("*Alberta Banks*"), the Privy Council held a provincial statute levying a tax on banks to be invalid on the basis that its effects on banks were so great that its true purpose could not be (as the province argued) the raising of money by levying a tax (in which case it would have been *intra vires*), but was rather the regulation of banking (which rendered it *ultra vires*, and thus invalid).

Cette première analyse consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d'identifier la « matière » sur laquelle elle porte essentiellement. Comme l'a affirmé le juge Rand dans l'arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 333 : 26

> [TRADUCTION] . . . les tribunaux doivent pouvoir, d'après ses termes et les circonstances qui l'entourent, rattacher un texte législatif à une matière *relativement à laquelle* la législature qui l'adopte a reçu le pouvoir de faire des lois. Ce principe fait partie de la nature même du fédéralisme . . . [En italique dans l'original.]

Si le caractère véritable de la législation contestée peut se rattacher à une matière relevant de la compétence de la législature qui l'a adoptée, les tribunaux la déclareront *intra vires*. Cependant, lorsqu'il est plus juste d'affirmer qu'elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l'invalidation de la loi.

Le caractère véritable de la loi doit être déterminé sous deux aspects : le but visé par le législateur qui l'a adoptée et l'effet juridique de la loi (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16). Dans l'analyse du but visé, les tribunaux peuvent examiner tant la preuve intrinsèque, tels le préambule ou les dispositions de la législation énonçant ses objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le hansard ou les comptes rendus des débats parlementaires. Ce faisant, les tribunaux doivent toutefois rechercher l'objectif *réel* de la législation, plutôt que son but simplement déclaré ou apparent (*Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (C.P.), p. 337). De même, les tribunaux peuvent tenir compte des effets de la législation. Par exemple, dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (« *Alberta Banks* »), le Conseil privé a invalidé une loi provinciale imposant une taxe aux banques pour le motif que les effets de cette loi sur les banques étaient si importants que son objet véritable ne pouvait pas être (comme le prétendait la province) le prélèvement de deniers par l'imposition d'une taxe (ce qui en aurait fait une loi *intra vires*), mais qu'il était la réglementation des opérations bancaires (ce qui la rendait *ultra vires* et donc l'invalidait). 27

28 The fundamental corollary to this approach to constitutional analysis is that legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional. At this stage of the analysis of constitutionality, the "dominant purpose" of the legislation is still decisive. Its secondary objectives and effects have no impact on its constitutionality: "merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law" (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23). By "incidental" is meant effects that may be of significant practical importance but are collateral and secondary to the mandate of the enacting legislature: see *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, at para. 28. Such incidental intrusions into matters subject to the other level of government's authority are proper and to be expected: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670. In *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, by way of further example, and in contrast to the *Alberta Banks* case already mentioned, the Privy Council upheld the validity of legislation levying a tax on banks, holding that the pith and substance of the legislation was indeed to generate revenue for the province, and its essential purpose was therefore in relation to direct taxation, not banks or banking. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at para. 15.5(a).

29 The "pith and substance" doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government. For example, as Brun and Tremblay point out, it would be impossible for Parliament to make effective laws in relation to copyright without affecting property and civil rights, or for provincial legislatures to make effective laws in relation

Le corollaire fondamental de cette méthode d'analyse constitutionnelle est qu'une législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle. À ce stade de l'analyse de sa constitutionnalité, l'« objectif dominant » de la législation demeure déterminant. Ses buts et effets secondaires n'ont pas de conséquence sur sa validité constitutionnelle : « de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires* » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23). Par « accessoires », on entend les effets de la loi qui peuvent avoir une importance pratique significative mais qui sont accessoires et secondaires au mandat de la législature qui a édicté la loi : voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, par. 28. Ces ingérences accessoires dans les matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement sont acceptables et prévisibles : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Dans *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, pour donner un autre exemple, et à la différence de l'affaire *Alberta Banks* susmentionnée, le Conseil privé a confirmé la validité d'une législation imposant une taxe aux banques en jugeant que le caractère véritable de la législation visait bien à générer des recettes pour la province et qu'en conséquence, elle avait essentiellement pour objet la taxation directe, et non les banques ou les opérations bancaires. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, par. 15.5(a).

La doctrine du « caractère véritable » repose sur la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Comme le soulignent les auteurs Brun et Tremblay, il serait par exemple impossible pour le Parlement fédéral de légiférer efficacement sur les droits d'auteur sans incidence sur la propriété et

to civil law matters without incidentally affecting the status of foreign nationals (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 451).

Also, some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects. Thus the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within federal jurisdiction does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within provincial competence: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 ("*Bell Canada (1988)*"), at p. 765. The double aspect doctrine, as it is known, which applies in the course of a pith and substance analysis, ensures that the policies of the elected legislators of both levels of government are respected. A classic example is that of dangerous driving: Parliament may make laws in relation to the "public order" aspect, and provincial legislatures in relation to its "Property and Civil Rights in the Province" aspect (*O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804). The double aspect doctrine recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various "aspects" of the "matter" in question.

When problems resulting from incidental effects arise, it may often be possible to resolve them by a firm application of the pith and substance analysis. The scale of the alleged incidental effects may indeed put a law in a different light so as to place it in another constitutional head of power. The usual interpretation techniques of constitutional interpretation, such as reading down, may then play a useful role in determining on a case-by-case basis what falls exclusively to a given level of government. In this manner, the courts incrementally define the scope of the relevant heads of power. The flexible nature of the pith and substance analysis makes it

les droits civils ou pour les législatures provinciales de légiférer efficacement sur le droit civil sans toucher incidemment le statut des étrangers (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4e éd. 2002), p. 451).

30 Par ailleurs, certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. Ainsi, le fait qu'une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale : *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), p. 130; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (« *Bell Canada (1988)* »), p. 765. La théorie du double aspect, comme on l'appelle, qui trouve son application à l'occasion de l'analyse du caractère véritable de la législation, assure le respect des politiques mises en œuvre par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement. La conduite automobile dangereuse en constitue un exemple classique : le Parlement peut légiférer sur l'aspect « ordre public » et les législatures provinciales sur son aspect « propriété et droits civils dans la province » (*O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804). La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les « aspects » variés de la « matière » discutée.

31 En présence de problèmes découlant d'effets incidents, il peut souvent être possible d'y remédier par une mise en œuvre ferme de l'analyse du caractère véritable. L'importance des effets prétendument incidents peut jeter un jour nouveau sur la législation de manière à la faire passer dans une autre compétence législative. Les techniques d'interprétation courantes en matière constitutionnelle, comme celle de l'interprétation atténuée, peuvent alors jouer un rôle utile pour déterminer ponctuellement ce qui relève en exclusivité d'un ordre législatif. Les tribunaux définissent ainsi graduellement la portée des domaines de compétence pertinents.

perfectly suited to the modern views of federalism in our constitutional jurisprudence.

32 That being said, it must also be acknowledged that, in certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level. For this purpose, the courts have developed two doctrines. The first, the doctrine of interjurisdictional immunity, recognizes that our Constitution is based on an allocation of exclusive powers to both levels of government, not concurrent powers, although these powers are bound to interact in the realities of the life of our Constitution. The second, the doctrine of federal paramountcy, recognizes that where laws of the federal and provincial levels come into conflict, there must be a rule to resolve the impasse. Under our system, the federal law prevails. We will now discuss these doctrines, beginning with interjurisdictional immunity.

(2) The Doctrine of Interjurisdictional Immunity and its Sources

33 Interjurisdictional immunity is a doctrine of limited application, but its existence is supported both textually and by the principles of federalism. The leading modern formulation of the doctrine of interjurisdictional immunity is found in the judgment of this Court in *Bell Canada (1988)* where Beetz J. wrote that "classes of subject" in ss. 91 and 92 must be assured a "basic, minimum and unassailable content" (p. 839) immune from the application of legislation enacted by the other level of government. Immunity from such intrusion, Beetz J. observed in the context of a federal undertaking, is

> an integral and vital part of [Parliament's] primary legislative authority over federal undertakings. If this power is exclusive, it is because the Constitution, which could have been different but is not, expressly specifies this to be the case; and it is because this power is

La nature souple de l'analyse du caractère véritable la rend parfaitement adaptée aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui ressortent de notre jurisprudence en matière constitutionnelle.

Cela dit, il faut aussi reconnaître que, dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiétements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement. À cette fin, les tribunaux ont développé deux doctrines. La première, la doctrine de l'exclusivité des compétences, reconnaît que notre Constitution repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement, encore que notre réalité constitutionnelle suscite inévitablement une interaction de ces pouvoirs. La seconde, la doctrine de la prépondérance fédérale, reconnaît que dans la mesure où les lois fédérales et provinciales entrent en conflit, une règle doit permettre de mettre fin à l'impasse. Dans notre régime, la loi fédérale l'emporte. Nous passons maintenant à l'étude de ces doctrines, en examinant d'abord celle de l'exclusivité des compétences.

(2) La doctrine de l'exclusivité des compétences et ses sources

La doctrine de l'exclusivité des compétences n'a qu'une application restreinte, mais son existence est étayée tant par les textes que par les principes du fédéralisme. La formulation moderne de la doctrine qui a été retenue se trouve dans l'arrêt de notre Cour *Bell Canada (1988)*, où le juge Beetz a indiqué qu'il était nécessaire d'assurer dans les « catégories [. . .] de sujets » énumérées aux art. 91 et 92 un « contenu minimum, élémentaire et irréductible » (p. 839) qui échappe à l'application de la législation édictée par l'autre ordre de gouvernement. Le juge Beetz a fait remarquer, dans le contexte d'une entreprise fédérale, que l'immunité qui empêche ces empiétements constitue une

> partie intégrante et essentielle de [l]a compétence législative [du Parlement] sur les entreprises fédérales. Si ce pouvoir est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents mais qui ne le sont pas, le prescrivent expressément. Et c'est parce que

exclusive that it pre-empts that of the legislatures both as to their legislation of general and specific application, in so far as such laws affect a vital part of a federal undertaking. [p. 840]

The doctrine is rooted in references to "exclusivity" throughout ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. The opening paragraph of s. 91 refers to the "exclusive [l]egislative [a]uthority of the Parliament of Canada" in relation to matters coming within the listed "[c]lasses of [s]ubjects" including "Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money" (s. 91(15)). If that authority is truly exclusive, the reasoning goes, it cannot be invaded by provincial legislation even if the federal power remains unexercised. "The abstinence of the Dominion Parliament from legislating to the full limit of its powers, could not have the effect of transferring to any provincial legislature the legislative power which had been assigned to the Dominion by s. 91 of the [*Constitution Act, 1867*]": *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 588. Equally, s. 92 (headed "Exclusive Powers of Provincial Legislatures") is introduced by the words "In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated", including "Property and Civil Rights in the Province" (s. 92(13)) and "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province" (s. 92(16)). The notion of exclusivity and the reciprocal notion of non-encroachment by one level of legislature on the field of exclusive competence of the other gave rise to Lord Atkin's famous "watertight compartments" metaphor, where he wrote of Canadian federalism that "[w]hile the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure" (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 354). Its modern application expresses a continuing concern about risk of erosion of provincial as well as federal competences (*Bell Canada (1988)*, at p. 766). At the same time, the doctrine of interjurisdictional immunity

ce pouvoir est exclusif qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale. [p. 840]

34 La doctrine trouve sa source dans les notions d'exclusivité omniprésentes dans les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'alinéa liminaire de l'art. 91 mentionne « l'autorité législative exclusive du parlement du Canada » se rapportant aux matières tombant dans les « catégories de sujets » y énumérées, notamment « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie » (par. 91(15)). D'après ce raisonnement, si cette compétence est vraiment exclusive, elle ne peut faire l'objet d'un empiétement de la part de la législation provinciale même si le pouvoir fédéral n'est pas exercé. [TRADUCTION] « [L]e fait que le Parlement du Dominion s'abstient de légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative conférée au Dominion par l'art. 91 de la [*Loi constitutionnelle de 1867*] » : *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), p. 588. De même, l'art. 92 (intitulé « [p]ouvoirs exclusifs des législatures provinciales ») commence par les mots « [d]ans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés », y compris « [l]a propriété et les droits civils dans la province » (par. 92(13)) et « [g]énéralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » (par. 92(16)). Le concept d'exclusivité et son pendant, celui du non-empiétement d'un ordre législatif sur le domaine de compétence exclusive de l'autre, ont fait apparaître la célèbre métaphore des [TRADUCTION] « compartiments étanches » qu'a employée lord Atkin dans des motifs où il s'exprimait sur le fédéralisme canadien en disant que [TRADUCTION] « le navire de l'État s'engage maintenant dans de plus grandes aventures et dans des eaux étrangères, mais il conserve toujours les compartiments étanches qui constituent une partie essentielle de sa structure initiale » (*Attorney-General for Canada c. Attorney-*

seeks to avoid, when possible, situations of concurrency of powers (Laskin C.J., in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 764).

(3) The Dominant Tide of Constitutional Interpretation Does Not Favour Interjurisdictional Immunity

35 Despite the efforts to find a proper role for the doctrine, the application of interjurisdictional immunity has given rise to concerns by reason of its potential impact on Canadian constitutional arrangements. In theory, the doctrine is reciprocal: it applies both to protect provincial heads of power and provincially regulated undertakings from federal encroachment, and to protect federal heads of power and federally regulated undertakings from provincial encroachment. However, it would appear that the jurisprudential application of the doctrine has produced somewhat "asymmetrical" results. Its application to federal laws in order to avoid encroachment on provincial legislative authority has often consisted of "reading down" the federal enactment or federal power without too much doctrinal discussion, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844, and *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914. In general, though, the doctrine has been invoked in favour of federal immunity at the expense of provincial legislation: Hogg, at p. 15-34.

36 A view of federalism that puts greater emphasis on the legitimate interplay between federal and provincial powers was championed by the late

General for Ontario, [1937] A.C. 326 (C.P.), p. 354). L'application moderne du concept d'exclusivité montre que la crainte d'un risque d'érosion des compétences tant provinciales que fédérales subsiste (*Bell Canada (1988)*, p. 766). En même temps, la doctrine de l'exclusivité des compétences cherche à éviter, dans la mesure du possible, les situations de pouvoirs parallèles (le juge en chef Laskin dans *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 764).

(3) Le courant dominant en matière d'interprétation constitutionnelle ne favorise pas l'exclusivité des compétences

Malgré les efforts déployés pour attribuer à la doctrine un rôle approprié, l'application de l'exclusivité des compétences a suscité des inquiétudes en raison de ses effets potentiels sur les arrangements constitutionnels canadiens. En théorie, la règle joue dans les deux sens : elle protège tant les compétences provinciales et les entreprises assujetties à la réglementation des provinces contre les empiétements du gouvernement fédéral que les compétences fédérales et les entreprises assujetties à la réglementation du gouvernement fédéral contre les empiétements des provinces. Il appert toutefois que l'application de la doctrine par les tribunaux a produit des résultats quelque peu « asymétriques ». Son application aux lois fédérales en vue d'éviter l'empiétement sur la compétence législative provinciale a souvent consisté à donner au texte législatif fédéral ou à la compétence fédérale une « interprétation atténuée » sans que l'analyse doctrinale soit poussée très loin, par exemple, *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844, et *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914. De façon générale toutefois, la doctrine a été invoquée à l'appui de l'exclusivité de la compétence fédérale au détriment de la législation provinciale : Hogg, p. 15-34.

Le regretté juge en chef Dickson, qui a décrit la doctrine de l'exclusivité des compétences comme n'étant pas « particulièrement impérieu[se] »

Chief Justice Dickson, who described the doctrine of interjurisdictional immunity as "not . . . particularly compelling" (*OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 17):

> The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like "watertight compartments" qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues. [p. 18]

This statement was reproduced in Dickson C.J.'s judgment (for a unanimous bench that included Beetz J.) in *General Motors*, at p. 669.

The "dominant tide" finds its principled underpinning in the concern that a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government. In the absence of conflicting enactments of the other level of government, the Court should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest. Professor Paul Weiler wrote over 30 years ago that

> the court should refuse to try to protect alleged, but as yet unoccupied, enclaves of governmental power against the intrusions of another representative legislature which has ventured into the area. Instead, the court should try to restrict itself to the lesser but still important role of interpreting statutes of different jurisdictions in the same area, in order to avoid conflict, and applying a doctrine of paramountcy in the few situations which are left.

("The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, at p. 308)

(*SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 17), a préconisé une vision du fédéralisme mettant davantage l'accent sur la possibilité d'une interaction légitime des pouvoirs fédéraux et provinciaux :

> Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celles des « compartiments étanches » restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. [p. 18]

Cette affirmation a été reprise dans le jugement du juge en chef Dickson (au nom d'une formation unanime de la Cour comprenant le juge Beetz) dans l'affaire *General Motors*, p. 669.

37 Le fondement logique du « courant dominant » tient à la volonté que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement. En l'absence de textes législatifs conflictuels de la part de l'autre ordre de gouvernement, la Cour devrait éviter d'empêcher l'application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l'intérêt public. Le professeur Paul Weiler a écrit ce qui suit il y a plus de 30 ans :

> [TRADUCTION] [L]a cour devrait refuser d'essayer de protéger les possibles enclaves, encore inoccupées, du pouvoir gouvernemental contre les ingérences d'une autre assemblée législative représentative qui s'est aventurée dans le domaine. La cour devrait plutôt chercher à s'en tenir au rôle plus modeste mais néanmoins important qui consiste à interpréter les lois édictées par les différents ressorts dans un même domaine, dans un but d'éviter les conflits, et à appliquer la doctrine de la prépondérance dans les rares cas qui restent.

(« The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, p. 308)

38 In our view, the sweeping immunity argued for by the banks in this appeal is not acceptable in the Canadian federal structure. The argument exposes the dangers of allowing the doctrine of interjurisdictional immunity to exceed its proper (and very restricted) limit and to frustrate the application of the pith and substance analysis and of the double aspect doctrine. The latter have the ability to resolve most problems relating to the validity of the exercise of legislative powers under the heads of power applicable to the activities in question.

39 It is not without interest that the present doctrine of interjurisdictional immunity, which is the result of a long process of constitutional evolution, was originally developed in a very special context, namely to protect federally incorporated companies from provincial legislation affecting the essence of the powers conferred on them as a result of their incorporation (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.)). Since the creation of corporations by letters patent issued by the Crown constituted an exercise of the Crown's prerogative to create corporations, it would have seemed natural to the Privy Council to extend the Crown's immunity to the entities it incorporated. Thus, to apply a province's general statutes to these corporations could be conceived as interfering with the exercise of the prerogative of incorporation.

40 The doctrine of interjurisdictional immunity was subsequently applied to protect "essential" parts of federal "undertakings" (*Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.); see also *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.) ("*Toronto Corporation*")). Still later, the courts resorted to interjurisdictional immunity to shield Aboriginal peoples and their lands from provincial legislation of general application affecting certain aspects of their special status (*Natural Parents*; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285).

Nous sommes d'avis que l'immunité complète à laquelle prétendent les banques en l'espèce ne saurait être acceptable dans la structure fédérale canadienne. L'argument révèle les dangers de laisser la doctrine de l'exclusivité des compétences sortir de son champ d'application (déjà fort restreint) pour écarter l'application de l'analyse du caractère véritable et la théorie du double aspect. Ces dernières permettent de résoudre la plupart des problèmes liés à la validité de l'exercice des pouvoirs législatifs à l'égard des compétences législatives applicables aux activités en question.

Fait intéressant, la doctrine de l'exclusivité des compétences, fruit d'un long processus d'évolution constitutionnelle, a initialement été élaborée dans un contexte très particulier, soit afin de protéger des compagnies constituées par le gouvernement fédéral contre des législations provinciales touchant l'essentiel des pouvoirs que leur accordait la constitution en personnes morales (*John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.); *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (C.P.)). Puisque la création de personnes morales en vertu de lettres patentes délivrées par la Couronne constituait un exercice de sa prérogative de créer des compagnies, il aurait semblé naturel au Conseil privé d'étendre l'immunité de la Couronne aux personnes morales qu'elle constituait. Ainsi, l'application des lois générales d'une province à ces personnes morales pouvait être conçue comme une atteinte à l'exercice de la prérogative que constituait la constitution de personnes morales.

La doctrine de l'exclusivité des compétences a ensuite été appliquée afin de protéger les éléments « vitaux » des « entreprises » fédérales (*Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657 (C.P.); voir également *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.) (« *Toronto Corporation* »)). Plus tard encore, les tribunaux ont eu recours à cette doctrine afin de soustraire les Autochtones et leurs terres à l'emprise des législations provinciales d'application générale touchant certains aspects de leur statut spécial (*Parents naturels*; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285).

Thus, broadly speaking, the doctrine of inter-jurisdictional immunity was used to protect that which makes certain works or undertakings, things (e.g., Aboriginal lands) or persons (e.g., Aboriginal peoples and corporations created by the federal Crown) specifically of federal jurisdiction. As Gonthier J. observed in *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838:

> The immunity pertaining to federal status applies to things or persons falling within federal jurisdiction, some specifically federal aspects of which would be affected by provincial legislation. This is so because these specifically federal aspects are an integral part of federal jurisdiction over such things or persons and this jurisdiction is meant to be exclusive. [Emphasis added; p. 853.]

Of course, what is of specific federal interest may well be the federally regulated activity itself rather than the identity of the participants. In *Natural Parents*, at p. 760, Laskin C.J. observed:

> It cannot be said therefore that because a provincial statute is general in its operation, in the sense that its terms are not expressly restricted to matters within provincial competence, it may embrace matters within exclusive federal competence. . . . This is because to construe the provincial legislation to embrace such activities would have it encroaching on an exclusive federal legislative area. [Emphasis added.]

(Cited with approval by Beetz J. in *Bell Canada (1988)*, at p. 834.)

In *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, in the course of considering federal jurisdiction over maritime law, the Court acknowledged that the doctrine could potentially apply to all "activities" within Parliament's jurisdiction. See also *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, where the issue was the applicability of a municipal sign law to a federal activity, namely a federal election; *OPSEU*, *per* Beetz J., at p. 30; and *Scowby v.*

41

On voit donc que, de façon générale, la doctrine de l'exclusivité des compétences a servi à protéger la spécificité fédérale de certains ouvrages ou d'entreprises, de choses (par exemple les terres autochtones) ou de personnes (par exemple les Autochtones et les sociétés créées par la Couronne fédérale). Comme l'a fait remarquer le juge Gonthier dans l'arrêt *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838 :

> L'immunité relative à la spécificité fédérale s'applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive. [Nous soulignons; p. 853.]

Certes, l'intérêt spécifiquement fédéral peut très bien porter sur l'activité elle-même relevant de la compétence fédérale plutôt que sur l'identité des participants. Dans l'arrêt *Parents naturels*, le juge en chef Laskin a d'ailleurs fait la remarque suivante, à la p. 760 :

> Par conséquent, on ne peut prétendre qu'une loi provinciale peut embrasser des matières relevant exclusivement de la juridiction fédérale simplement parce que cette loi est d'application générale, c'est-à-dire que sa portée n'est pas expressément restreinte aux matières de juridiction provinciale. [. . .] S'il en est ainsi, c'est parce qu'interpréter une loi provinciale de façon qu'elle embrasse de telles activités équivaut à la faire empiéter sur un domaine de juridiction exclusivement fédérale. [Nous soulignons.]

(Cité et approuvé par le juge Beetz dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, p. 834.)

Dans l'affaire *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, la Cour a reconnu dans son examen de la compétence fédérale sur le droit maritime que la doctrine est susceptible de s'appliquer à toutes les « activités » relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Voir également *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, où il était question de l'applicabilité d'une loi municipale sur les enseignes à une activité relevant de la compétence

Glendinning, [1986] 2 S.C.R. 226, *per* La Forest J., at p. 257.

42 While the text and logic of our federal structure justifies the application of interjurisdictional immunity to certain federal "activities" nevertheless, a broad application of the doctrine to "activities" creates practical problems of application much greater than in the case of works or undertakings, things or persons, whose limits are more readily defined. A broad application also appears inconsistent, as stated, with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote. See F. Gélinas, "La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation", in *Mélanges Jean Beetz* (1995), at p. 471, and Hogg, at para. 15.8(c). It is these doctrines that have proved to be most consistent with contemporary views of Canadian federalism, which recognize that overlapping powers are unavoidable. Canadian federalism is not simply a matter of legalisms. The Constitution, though a legal document, serves as a framework for life and for political action within a federal state, in which the courts have rightly observed the importance of cooperation among government actors to ensure that federalism operates flexibly.

43 Excessive reliance on the doctrine of interjurisdictional immunity would create serious uncertainty. It is based on the attribution to every legislative head of power of a "core" of indeterminate scope — difficult to define, except over time by means of judicial interpretations triggered serendipitously on a case-by-case basis. The requirement to develop an abstract definition of a "core" is not compatible, generally speaking, with the tradition of Canadian constitutional interpretation, which favours an incremental approach. While it is true that the enumerations of ss. 91 and 92 contain a number of powers that are precise and

fédérale, à savoir une élection fédérale; *SEFPO*, le juge Beetz, p. 30; et *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, le juge La Forest, p. 257.

Bien que les textes juridiques encadrant notre structure fédérale et la logique de celle-ci justifient l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences à certaines « activités » fédérales, l'appliquer généralement aux « activités » suscite néanmoins des problèmes d'application concrets beaucoup plus importants que ceux qui ont été relevés dans le cas des ouvrages ou entreprises, et des choses ou personnes, dont les limites sont plus faciles à définir. Rappelons qu'une application large paraît également contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. Voir F. Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 471, et Hogg, par. 15.8c). Or, ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. La vie du fédéralisme canadien ne se réduit pas qu'à des problèmes juridiques. Si elle reste un document juridique, la Constitution fournit un cadre de vie et d'action politique à l'intérieur d'un État fédéral, dans lequel les tribunaux ont légitimement observé l'importance que présente la coopération des acteurs gouvernementaux pour la souplesse du fonctionnement du fédéralisme.

Accorder trop d'importance à la doctrine de l'exclusivité des compétences engendrerait une grande incertitude. La doctrine repose sur l'attribution à chaque chef de compétence législative d'un « contenu essentiel » indéterminé — difficile à définir, sinon au fil du temps par des interprétations judiciaires fortuites et ponctuelles. L'obligation d'élaborer une définition abstraite d'un « contenu essentiel » n'est pas, en général, conciliable avec la tradition canadienne en matière d'interprétation constitutionnelle, laquelle favorise une démarche progressive. En effet, s'il est vrai que le catalogue des art. 91 et 92 contient un certain nombre

not really open to discussion, other powers are far less precise, such as those relating to the criminal law, trade and commerce and matters of a local or private nature in a province. Since the time of Confederation, courts have refrained from trying to define the possible scope of such powers in advance and for all time: *Citizens Insurance*, at p. 109; *John Deere Plow*, at p. 339. For example, while the courts have not eviscerated the federal trade and commerce power, they have, in interpreting it, sought to avoid draining of their content the provincial powers over civil law and matters of a local or private nature. A generalized application of interjurisdictional immunity related to "trade and commerce" would have led to an altogether different and more rigid and centralized form of federalism. It was by proceeding with caution on a case-by-case basis that the courts were gradually able to define the content of the heads of power of Parliament and the legislatures, without denying the unavoidable interplay between them, always having regard to the evolution of the problems for which the division of legislative powers must now provide solutions.

de pouvoirs précis et prêtant peu à discussion, il en est d'autres beaucoup plus imprécis, comme ceux sur le droit criminel, le commerce ou les matières d'intérêt local ou privé dans la province. À partir de la naissance de la Confédération, la jurisprudence s'est gardée de tenter de définir à jamais et à l'avance l'étendue possible de ce type de pouvoirs : *Citizens Insurance*, p. 109; *John Deere Plow*, p. 339. À titre d'exemple, elle n'a pas éviscéré le pouvoir fédéral sur le trafic et le commerce, mais en l'interprétant, elle a cherché à éviter de vider de leur contenu les pouvoirs provinciaux sur le droit civil et les matières d'intérêt local ou privé. Une application généralisée de la doctrine de l'exclusivité des compétences issue du domaine du « trafic et du commerce » aurait mené à une forme de fédéralisme fort différente, plus rigide et plus centraliste. Abordant avec prudence un cas d'espèce à la fois, la jurisprudence a graduellement su définir le contenu des pouvoirs législatifs du Parlement et des législatures, sans nier la réalité de leurs interactions inévitables, mais toujours en tenant compte de l'évolution des problèmes auxquels le partage des compétences législatives doit maintenant apporter des solutions.

Moreover, as stated, interjurisdictional immunity means that despite the absence of law enacted at one level of government, the laws enacted by the other level cannot have even incidental effects on the so-called "core" of jurisdiction. This increases the risk of creating "legal vacuums", as this Court recognized in *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at para. 52. Generally speaking, such "vacuums" are not desirable.

44 Par ailleurs, nous tenons à rappeler que l'exclusivité des compétences signifie que même si un ordre législatif n'a pas légiféré sur une matière donnée, l'autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur ce qu'il est convenu d'appeler le « contenu essentiel » de la compétence. Ce genre de situation accroît le risque de création de « vides juridiques », ce que notre Cour a reconnu dans *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52. En principe, ces « vides juridiques » ne sont guère souhaitables.

Further, a broad use of the doctrine of interjurisdictional immunity runs the risk of creating an unintentional centralizing tendency in constitutional interpretation. As stated, this doctrine has in the past most often protected federal heads of power from incidental intrusion by provincial legislatures. The "asymmetrical" application of interjurisdictional immunity is incompatible with the

45 Une tendance centralisatrice de l'interprétation constitutionnelle risque également d'émerger involontairement d'une utilisation large de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Comme nous l'avons indiqué, l'histoire de la doctrine démontre qu'elle a surtout protégé les chefs de compétence fédérale contre les empiétements accessoires des législatures provinciales. L'application

flexibility and co-ordination required by contemporary Canadian federalism. Commentators have noted that an extensive application of this doctrine to protect federal heads of power and undertakings is both unnecessary and "undesirable in a federation where so many laws for the protection of workers, consumers and the environment (for example) are enacted and enforced at the provincial level" (Hogg, at p. 15-30; see also Weiler, at p. 312; J. Leclair, "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411). The asymmetrical effect of interjurisdictional immunity can also be seen as undermining the principles of subsidiarity, i.e. that decisions "are often best [made] at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected" (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 3).

« asymétrique » de cette doctrine demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain. Les auteurs ont signalé qu'une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence fédéraux et les entreprises fédérales n'est ni nécessaire [TRADUCTION] « ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d'adopter et d'appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l'environnement (pour ne nommer que ceux-ci) » (Hogg, p. 15-30; voir également Weiler, p. 312; J. Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411). L'effet asymétrique de la doctrine de l'exclusivité des compétences peut aussi être considéré comme une menace aux principes de subsidiarité, selon lesquels « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés » (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 3).

46 Finally, the doctrine would seem as a general rule to be superfluous in that Parliament can always, if it sees fit to do so, make its legislation sufficiently precise to leave those subject to it with no doubt as to the residual or incidental application of provincial legislation. As we shall see, sufficient confirmation of this can be found in the history and operation of the doctrine of federal paramountcy.

Enfin, le recours à la doctrine semble généralement superflu dans la mesure où le Parlement fédéral peut toujours, s'il le considère approprié, légiférer de manière suffisamment précise pour que les personnes assujetties n'aient aucun doute quant à l'application résiduelle ou accessoire de la législation provinciale. L'examen de l'histoire et du fonctionnement de la doctrine de la prépondérance fédérale le confirme suffisamment, comme nous le verrons d'ailleurs.

47 For all these reasons, although the doctrine of interjurisdictional immunity has a proper part to play in appropriate circumstances, we intend now to make it clear that the Court does not favour an intensive reliance on the doctrine, nor should we accept the invitation of the appellants to turn it into a doctrine of first recourse in a division of powers dispute.

Pour toutes ces raisons, bien que la doctrine de l'exclusivité des compétences joue un rôle légitime dans les cas indiqués, nous tenons à préciser maintenant que notre Cour ne préconise pas une utilisation intensive de cette doctrine, et nous déclinons l'invitation des appelantes d'en faire la première doctrine examinée dans le cadre d'un différend sur le partage des compétences.

D. *A More Restricted Approach to Interjurisdictional Immunity*

(1) Impairment Versus Affects

Even in situations where the doctrine of interjurisdictional immunity is properly available, we must consider the level of the intrusion on the "core" of the power of the other level of government which would trigger its application. In *Bell Canada (1988)*, Beetz J. wrote, at pp. 859-60:

> In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralyzing it. [Emphasis added.]

Our colleague Bastarache J. agrees with the substitution in *Bell Canada (1988)* of "affects" for "impairs". He writes:

> . . . the meaning of the word "affects" should be interpreted as a kind of middle ground between the perhaps overly vague or broad standard of "touches on" and the older and overly restrictive standard of "sterilizes" or "impairs". Without requiring complete paralysis of the core of the federal power or the operations of the undertaking, the impact of the application of the by-law must be sufficiently severe and serious to trigger immunity.
>
> (*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, at para. 139)

With great respect, we cannot agree. We believe that the law as it stood prior to *Bell Canada (1988)* better reflected our federal scheme. In our opinion, it is not enough for the provincial legislation simply to "affect" that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction. The difference between "affects" and "impairs" is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does. The shift in *Bell Canada (1988)* from "impairs" to "affects" is not

D. *Limitation de la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences*

(1) « Entraver » ou « toucher »

48 Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, nous devons examiner la mesure de l'empiétement sur le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement qui ferait intervenir l'application de cette doctrine. Dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, le juge Beetz a écrit ce qui suit, aux p. 859-860 :

> Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière. [Nous soulignons.]

Notre collègue le juge Bastarache approuve la notion d'« affecter » ou de « toucher » qui a été substituée dans l'arrêt *Bell Canada (1988)* à celle d'« entraver ». Il s'exprime ainsi :

> . . . il faut donner au terme « touche » un sens qui représente en quelque sorte un juste milieu entre le critère peut-être trop vague ou trop large que rend l'expression « avoir une incidence sur » et l'ancien critère trop restrictif fondé sur « la stérilisation » ou « l'entrave ». Sans exiger que le contenu essentiel de la compétence fédérale, ou les opérations de l'entreprise, soient complètement paralysés, l'application du règlement doit produire des effets suffisamment importants et graves pour que l'immunité puisse s'appliquer.
>
> (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, par. 139)

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion. Nous estimons que l'état du droit antérieur à l'arrêt *Bell Canada (1988)* était plus fidèle à notre régime fédéral. À notre avis, il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde.

consistent with the view subsequently adopted in *Mangat* that "[t]he existence of a double aspect to the subject matter . . . favours the application of the paramountcy doctrine rather than the doctrine of interjurisdictional immunity" (para. 52). Nor is the shift consistent with the earlier application by Beetz J. himself of the "impairment" test in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at pp. 323-24. It is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from "affecting" to "impairing" (without necessarily "sterilizing" or "paralyzing") that the "core" competence of the other level of government (or the vital or essential part of an undertaking it duly constitutes) is placed in jeopardy, and not before.

Le changement opéré dans *Bell Canada (1988)* en passant de la notion d'« entraver » à la notion de « toucher » n'est pas compatible avec le point de vue adopté par la suite dans l'arrêt *Mangat*, selon lequel « [l]e fait que la matière visée [. . .] comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences » (par. 52). Ce passage n'est pas compatible non plus avec l'application qu'avait faite le juge Beetz lui-même du critère de l'« entrave » dans l'arrêt *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 323-324. C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant.

49 In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. observed in passing that a distinction could be drawn between the *direct* application of provincial law (where the operative verb is "affects") and the *indirect* application (where the operative verb may still be "impairs") (p. 957). This further exercise in line drawing signalled a measure of dissatisfaction with the "affects" test without doing anything about it. At this point, we should complete the reassessment begun in *Irwin Toy* and hold that, in the absence of impairment, interjurisdictional immunity does not apply.

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson ont fait remarquer en passant que l'on pourrait faire une distinction entre l'application *directe* d'une loi provinciale (lorsque le verbe clé est « toucher ») et l'application *indirecte* (lorsque le verbe clé peut encore être « entraver ») (p. 957). La recherche d'une autre ligne de démarcation indiquait une certaine insatisfaction à l'égard du critère proposé par le verbe de « toucher » sans que rien ne soit fait pour y remédier. Nous nous devons, à ce stade-ci, de compléter la reconsidération amorcée dans l'arrêt *Irwin Toy*, et de statuer qu'en l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas.

(2) Identification of the "Basic, Minimum and Unassailable" Content of a Legislative Power

(2) Éléments du « contenu minimum élémentaire et irréductible » d'une compétence législative

50 One of the important contributions of *Bell Canada (1988)* was to limit the scope of the doctrine to the "basic, minimum and unassailable content" (p. 839) sometimes referred to as the "core" of the legislative power in question. (By "minimum", we understand that Beetz J. meant the minimum content necessary to make the power effective for the purpose for which it was conferred.) This is

Parmi les contributions de l'arrêt *Bell Canada (1988)*, l'une des plus importantes consiste à restreindre la portée de la règle à un « contenu minimum élémentaire et irréductible » (p. 839) parfois appelé le « contenu essentiel » de la compétence législative visée. (À notre avis, le juge Beetz entendait par « minimum », le contenu minimum nécessaire pour garantir la réalisation efficace de

necessary, according to Beetz J., to give effect to what he called "the principle of federalism underlying the Canadian Constitution" (p. 766). Thus, the success of the appellants' argument in this appeal depended in part on locating the promotion of "peace of mind" insurance at the core of banking. For the reasons already discussed, and particularized below, we do not believe that this aspect of the appellants' argument can be sustained.

(3) The Vital or Essential Part of an Undertaking

In the exercise of their legislative powers, federal and provincial legislators bring into existence "undertakings". The appellant banks are "federal undertakings" constituted pursuant to the s. 91(15) banking power. In *Bell Canada (1988)*, Beetz J. spoke of interjurisdictional immunity in relation to "essential and vital elements" of such undertakings (pp. 839 and 859-60). In our view, some text writers and certainly the appellants have been inclined to give too wide a scope to what should be considered "vital or essential" to a federal undertaking. We believe that Beetz J. chose his words carefully and intended to use "vital" in its ordinary grammatical sense of "[e]ssential to the existence of something; absolutely indispensable or necessary; extremely important, crucial" (*Shorter Oxford English Dictionary* (5th ed. 2002), vol. 2, at p. 3548). The word "essential" has a similar meaning, e.g. "[a]bsolutely indispensable or necessary" (vol. 1, at p. 860). The words "vital" and "essential" were not randomly chosen. The expression "vital part" was used as a limitation on the scope of interjurisdictional immunity by Abbott J. in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, at p. 592, and by Martland J. in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 ("*Bell Canada (1966)*"), at p. 774. Martland J. also referred to an "essential part of the operation of such an undertaking", at p. 777. What is "vital" or "essential" is, by definition, not co-extensive

l'objectif pour lequel la compétence a été attribuée.) Selon le juge Beetz, l'existence de ce contenu est nécessaire pour donner effet à ce qu'il a appelé « le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne » (p. 766). Pour que les appelantes puissent avoir gain de cause dans le présent pourvoi, leur argument doit donc consister en partie à rattacher la promotion de l'assurance « paix d'esprit » au contenu essentiel des opérations bancaires. Pour les motifs que nous avons déjà exposés, et que nous précisons ci-dessous, nous ne croyons pas que cet aspect de l'argument des appelantes puisse être retenu.

(3) L'élément vital ou essentiel d'une entreprise

51 Dans l'exercice de leurs compétences législatives, les législateurs, fédéral et provinciaux, créent des « entreprises ». Les banques appelantes sont des « entreprises fédérales », constituées en vertu de la compétence relative aux banques prévue au par. 91(15). Dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, le juge Beetz a abordé l'exclusivité des compétences relativement aux « éléments essentiels ou vitaux » de telles entreprises (p. 839 et 859-860). À notre avis, certains auteurs et certainement les appelantes ont eu tendance à donner une trop large portée à l'aspect qu'il faudrait considérer comme « vital ou essentiel » à une entreprise fédérale. Nous estimons que le juge Beetz a bien pesé ses mots et qu'il entendait employer le mot « vital » dans son sens grammatical ordinaire, à savoir ce qui est « [e]ssentiel à la vie d'un individu, d'une collectivité; indispensable » (*Le Nouveau Petit Robert* (2006), p. 2788). Le mot « essentiel » a un sens similaire, soit celui de « absolument nécessaire (opposé à *inutile*) » (p. 950). Les mots « vital » et « essentiel » n'ont pas été choisis au hasard. L'expression [TRADUCTION] « élément essentiel » a été employée pour limiter la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences par le juge Abbott, dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, p. 592, et par le juge Martland dans l'arrêt *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 (« *Bell Canada (1966)* »), p. 774. Le juge Martland a également parlé, à la p. 777, d'une

with every element of an undertaking incorporated federally or subject to federal regulation. In the case of federal undertakings, Beetz J. referred to a "general rule" that there is *no* interjurisdictional immunity, provided that "the application of [the] provincial laws does not bear upon those [federal] subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction" (*Bell Canada (1988)*, at p. 762 (emphasis added)). In the present appeal, for example, the appellants' argument inflates out of all proportion what could reasonably be considered "vital or essential" to their banking undertaking. The promotion of "peace of mind" insurance can hardly be considered "absolutely indispensable or necessary" to banking activities unless such words are to be emptied of their ordinary meaning.

[TRADUCTION] « partie essentielle de l'exploitation d'une entreprise de ce genre ». Par définition, ce qui est « vital » ou « essentiel » ne correspond pas nécessairement à chaque élément d'une entreprise constituée sous le régime d'une loi fédérale ou assujettie à la réglementation fédérale. En ce qui concerne les entreprises fédérales, le juge Beetz a fait état d'un « principe plus général » selon lequel il n'existe *aucune* exclusivité des compétences pourvu que « [l']assujettissement [aux lois provinciales] n'ait pas pour conséquence que ces lois [. . .] atteignent [les sujets qui relèvent de la compétence du Parlement] dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762 (nous soulignons)). Par exemple, en l'espèce l'argument des appelantes exagère la portée de ce qui peut raisonnablement être considéré comme « vital ou essentiel » à leur entreprise bancaire. La promotion d'assurance « paix d'esprit » peut difficilement être considérée comme « absolument essentielle » aux activités bancaires à moins que ces mots soient vidés de leur sens ordinaire.

52 In this respect, following the sage common law adage that it is wise to look at what the courts do as distinguished from what they say, a useful approach to understanding the limited scope of the doctrine of interjurisdictional immunity in respect of undertakings is to see how it has been applied to the facts. A comparison between *Bell Canada (1988)* and the present case is instructive. In *Bell Canada (1988)*, the Court concluded that the application of a provincial *Act respecting occupational health and safety* could not apply to a federal telephone undertaking because such application would "enter directly and massively into the field of working conditions and labour relations . . . and . . . management and operation" of the federal utility (p. 798). Amongst other things, the provincial Act would impose "a system of partial co-management of the undertaking by the workers and the employer" (p. 810), thereby regulating the federal undertaking in a manner not sanctioned by Parliament. To the same effect is *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, released concurrently with *Bell Canada (1988)*, where the same provincial

À cet égard, suivant le vieil adage de common law voulant qu'il soit sage de s'attacher davantage à ce que les tribunaux font qu'à ce qu'ils disent, il peut être utile, pour comprendre les limites de la doctrine de l'exclusivité des compétences au regard des entreprises, de regarder comment on l'a appliquée aux faits. La comparaison entre l'arrêt *Bell Canada (1988)* et le présent pourvoi s'avère fort instructive. Dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, la Cour a conclu qu'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail ne pouvait s'appliquer à une entreprise de téléphone fédérale parce qu'une telle application entrerait « directement et massivement [. . .] dans le domaine des conditions de travail et des relations de travail et [. . .] de la gestion et des opérations » de cette entreprise (p. 798). La loi provinciale imposerait notamment « un régime de cogestion partielle de l'entreprise par les travailleurs et l'employeur » (p. 810), réglementant ainsi l'entreprise fédérale d'une manière non autorisée par le Parlement. L'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, rendu en même temps que l'arrêt *Bell Canada (1988)*, dans lequel la même loi provinciale a été

Act was declared inapplicable to a federally regulated railway (p. 890). In the third case of the 1988 trilogy, *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897, the Court held that the preventative (as distinguished from compensatory) aspects of the B.C. provincial *Workers Compensation Act* could not apply to an interprovincial and international trucking undertaking because to do so would intrude on the management of the federally regulated undertaking, including the "B.C. Board's power to order an employer to close down all or part of the place of employment to prevent injuries" (p. 911). These cases may usefully be contrasted with *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (P.C.), where it was held *not* to be vital or essential for the federal government to regulate the clearance of trash and debris from the ditch on the south side of the railway undertaking's roadbed. (See also *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028.) Yet it seems that clearing debris from the roadbed is at least as essential to the operations of a rail service as is selling optional "peace of mind" insurance to bank borrowers.

Nor do the other authorities relied on by the appellants, in our view, justify their expansive view of the elements that are vital and essential to their banking operations. It is simply not credible, in our view, to suggest that the promotion of "peace of mind" insurance is "absolutely indispensable or necessary" to enable the banks to carry out their undertakings in what makes them specifically of federal jurisdiction.

E. *The Interjurisdictional Immunity Case Law Relied on by the Appellants*

(1) The Federal Transportation Cases

The appellants rely on *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), leave to appeal to S.C.C.

déclarée inapplicable à une entreprise fédérale de chemin de fer (p. 890), abonde dans le même sens. Dans le troisième arrêt de la trilogie de 1988, *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897, la Cour a conclu que les aspects préventifs (par opposition aux aspects d'indemnisation) de la *Workers' Compensation Act* de la C.-B. ne pouvaient s'appliquer à une entreprise de camionnage interprovinciale et internationale parce que cela toucherait à la gestion de l'entreprise fédérale, y compris le « pouvoir [de la Commission de la Colombie-Britannique] d'ordonner à un employeur de fermer complètement ou partiellement le lieu de travail afin de prévenir des lésions corporelles » (p. 911). On peut utilement opposer ces arrêts à la décision *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (C.P.), où l'on a statué qu'il n'était *pas* vital ou essentiel au gouvernement fédéral de réglementer l'enlèvement des déchets et débris du fossé se trouvant du côté sud de la plate-forme du chemin de fer exploité par l'entreprise. (Voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028.) Il semble pourtant que l'enlèvement des débris de la plate-forme soit au moins aussi essentiel aux activités d'un service de chemin de fer que la vente d'assurance « paix d'esprit » facultative aux emprunteurs des banques.

53 À notre avis, les autres décisions citées par les appelantes n'appuient pas non plus leur interprétation large des éléments qui sont vitaux et essentiels à leurs opérations bancaires. Nous estimons qu'il n'est simplement pas crédible de prétendre que la promotion d'assurance « paix d'esprit » est « absolument nécessaire » pour permettre aux banques d'exploiter leurs entreprises dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale.

E. *Décisions relatives à l'exclusivité des compétences sur lesquelles s'appuient les appelantes*

(1) Décisions en matière de transport fédéral

54 Les appelantes invoquent l'arrêt *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), autorisation de pourvoi à la

refused, [2001] 1 S.C.R. ix, in which it was held that a neighbouring municipality could not impose its land-use development controls (and charges) on the planned expansion of terminal facilities at Toronto's Pearson Airport. Of course interprovincial and international carriers have a vital and essential interest in being able to land at an airport or having access to a safe harbour. Aircraft cannot remain aloft indefinitely awaiting planning permission from other levels of government. This activity does not lend itself to overlapping regulation. See *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (Ont. C.A.), and *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). Equally, a provincial law that purported to regulate the access of its residents to banks would likely meet the same constitutional objections as provincial laws that purported to regulate the collection and discharge of international or interprovincial cargo and passengers. In *Winner*, the Judicial Committee held that a provincial law which required a particular licence to be obtained before a bus company operating an interprovincial and international bus service could "embu[s] or debu[s]" passengers would "destroy the efficacy" of the federal undertaking (pp. 668 and 675). For a province to regulate that part of the undertaking would be to usurp the regulatory function of the federal government. Access to passengers and cargo, in other words, was absolutely indispensable and necessary to the carriers' viability: see to the same effect *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811, and *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497 (H.C.J.).

55 On the other hand, courts have consistently held that there is no vital or essential federal interest that would justify holding transportation undertakings immune from the rules of the road or legislation dealing with safety in the transportation industry. See, e.g., *R. v. Greening* (1992), 43 M.V.R.

C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, dans lequel il a été décidé qu'une municipalité voisine ne pouvait appliquer ses mesures de contrôle de l'aménagement du territoire (et ses frais) à l'agrandissement projeté des installations terminales de l'aéroport Pearson de Toronto. Il est évident que les transporteurs interprovinciaux et internationaux ont un intérêt vital et essentiel à pouvoir se poser dans un aéroport ou à accéder à un port sécuritaire. Les aéronefs ne peuvent rester indéfiniment en l'air dans l'attente d'une autorisation d'aménagement de la part d'autres ordres de gouvernement. Cette activité ne se prête pas à un chevauchement sur le plan de la réglementation. Voir *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (C.A. Ont.); et *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). De la même façon, une loi provinciale visant à réglementer l'accès de ses résidants aux banques se heurterait vraisemblablement aux mêmes objections constitutionnelles qu'une loi provinciale visant à organiser l'embarquement et le débarquement des cargaisons et des passagers internationaux ou interprovinciaux. Dans *Winner*, le comité judiciaire a conclu qu'une loi provinciale obligeant une société exploitant un service d'autobus interprovincial et international à obtenir un permis avant de pouvoir [TRADUCTION] « faire embarquer ou débarquer » des passagers [TRADUCTION] « détruirait l'efficacité » de cette entreprise fédérale (p. 668 et 675). En réglementant cette partie de l'entreprise, la province se trouverait à usurper le pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral. En d'autres termes, l'accès aux passagers et aux cargaisons était absolument nécessaire à la viabilité des transporteurs : voir au même effet *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811, et *R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497 (H.C.J.).

Par contre, les tribunaux ont décidé de façon constante qu'aucun intérêt fédéral vital ou essentiel ne pouvait justifier que l'on mette les entreprises de transport à l'abri des codes de la route ou des lois sur la sécurité dans l'industrie du transport. Voir, par exemple, *R. c. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d)

(2d) 53 (Ont. Ct. (Prov. Div.)); *National Battlefields Commission*, at p. 860; *R. v. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297 (Ont. C.A.), at p. 303. These cases, in our view, are more closely analogous to the facts here.

In *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, the Court held that it was not vital or essential to the federal interest to regulate the wages and working conditions of employees of an independent contractor (not itself a federal undertaking) constructing an airport building. In *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, provincial liquor laws were held applicable to airlines because the sale of liquor was a benefit but not essential to the airline undertaking. The same could be said of the relationship between the promotion of insurance and the banking business.

(2) The Federal Communication Undertakings

Reference has already been made to the appellants' reliance on *Bell Canada (1966)* and *Bell Canada (1988)*. One of the first cases to find a valid provincial law inapplicable to a federal undertaking was *Toronto Corporation*. The province purported to authorize the municipality to regulate the construction of Bell's conduits, poles and cables, but the court held that "no provincial legislature . . . is competent to interfere with [Bell's] operations, as authorized by . . . Parliament" (p. 57). Reference should be made to *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716 (B.C.C.A.), to the same effect. The federal interest extends not only to the management of the undertaking but also to ensuring that the undertaking can fulfill its fundamental mandate "in what makes them specifically of federal jurisdiction" (*Bell Canada (1988)*, at p. 762). Unimpeded access to conduits and poles was, in other words, absolutely indispensable and necessary to allow Bell to fulfill its federal mandate.

53 (C. Ont. (Div. prov.)); *Commission des champs de bataille nationaux*, p. 860; *R. c. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297 (C.A. Ont.), p. 303. À notre avis, ces affaires ressemblent davantage aux faits de l'espèce.

56 Dans *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, la Cour a conclu qu'il n'était pas vital ou essentiel à l'intérêt fédéral de réglementer les salaires et les conditions de travail des employés d'un entrepreneur indépendant (il ne s'agissait pas d'une entreprise fédérale) chargé de la construction d'un aéroport. Dans l'arrêt *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, on a jugé que les lois provinciales en matière d'alcool étaient applicables aux compagnies aériennes parce que la vente d'alcool constituait un avantage mais n'était pas essentielle à l'entreprise aérienne. On pourrait en dire autant de la relation entre la promotion d'assurance et l'entreprise des banques.

(2) Les entreprises fédérales de communication

57 Nous avons déjà mentionné les arrêts *Bell Canada (1966)* et *Bell Canada (1988)* sur lesquels s'appuient les appelantes. L'arrêt *Toronto Corporation* est l'un des premiers arrêts dans lesquels on a conclu qu'une loi provinciale valide ne s'appliquait pas à une entreprise fédérale. La province cherchait à autoriser la municipalité à réglementer la construction des conduits, poteaux et câbles de Bell, mais la Cour a statué que [TRADUCTION] « aucune législature provinciale [. . .] n'a compétence pour intervenir dans les activités [de Bell] autorisées par le Parlement » (p. 57). Il convient de mentionner l'arrêt *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716 (C.A.C.-B.), qui va dans le même sens. L'intérêt fédéral comprend non seulement la gestion de l'entreprise, mais aussi l'assurance que l'entreprise pourra accomplir son mandat fondamental « dans ce qui constitue justement [sa] spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762). Autrement dit, un accès sans entrave aux conduits et poteaux devenait absolument nécessaire pour permettre à Bell d'accomplir son mandat fédéral.

58 These cases do not assist the appellants. Alberta's insurance law does not deny banks access to insurance as collateral. Just because banks require collateral does not mean they must have an essential role as an insurance agent or promoter. Banks can simply indicate their requirements to the prospective borrower, and let the borrower find its own insurance. Of course, profits from the promotion of insurance support the bottom line of banks just as advertising dollars support broadcasters, yet the Court found a provincial law regulating advertising applicable to a company seeking to advertise on a federal broadcast undertaking in *Attorney-General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211.

Ces arrêts ne sont d'aucune utilité aux appelantes. Le droit des assurances de l'Alberta n'empêche pas les banques d'avoir accès à l'assurance comme garantie. Le simple fait que les banques exigent des garanties ne signifie pas qu'elles doivent jouer un rôle essentiel en tant qu'agents ou promoteurs de produits d'assurance. Les banques peuvent se contenter de faire connaître leurs exigences à l'emprunteur éventuel, et laisser à ce dernier le soin de trouver sa propre assurance. Certes, les profits tirés de la promotion d'assurance permettent aux banques de dégager un bénéfice net, tout comme le font les recettes publicitaires pour les radiodiffuseurs, mais la Cour a conclu, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, qu'une loi provinciale régissant la publicité s'appliquait à une société désirant acheter de la publicité à une entreprise de radiodiffusion fédérale.

(3) The Maritime Law Cases

(3) Les arrêts en matière de droit maritime

59 The appellants rely on *Ordon Estate*, citing the proposition that maritime negligence law is considered part of the unassailable core of Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping and this was in part

Les appelantes invoquent l'arrêt *Succession Ordon*, selon lequel les règles de droit maritime relatives à la négligence constituent un élément du contenu essentiel irréductible de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau, et ce, en partie parce que

> because of the intrinsically multi-jurisdictional nature of maritime matters, particularly claims against vessels or those responsible for their operation. This concern for uniformity is one reason, among others, why the application of provincial statutes of general application to a maritime negligence claim cannot be permitted. [para. 93]

> les questions maritimes, de par leur nature, font intervenir une multiplicité d'autorités législatives, en particulier dans le cadre des actions dirigées contre des navires ou leurs exploitants. Ce souci d'uniformité est l'un des motifs pour lesquels l'application des lois provinciales de portée générale dans le cadre d'une action pour négligence en matière maritime ne saurait être permise. [par. 93]

We would have thought that in the case of insurance, the concern for uniformity favours the provincial law so that all promoters of insurance within the province are subject to uniform standards of marketing behaviour and fair practices.

Nous aurions pensé qu'en matière d'assurance, ce souci d'uniformité favoriserait le droit provincial, de sorte que tous les promoteurs d'assurance dans la province devraient être assujettis à des règles uniformes sur le plan de la commercialisation et des pratiques loyales.

(4) The Indian Cases

(4) Les arrêts concernant les Indiens

60 The appellants relied on certain observations about interjurisdictional immunity in *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, but of

Les appelantes s'appuient sur certaines observations faites au sujet de l'exclusivité des compétences dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003

course the actual holding in that case was that notwithstanding exclusive federal jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians", a provincial Forest Appeals Commission could properly consider questions relating to aboriginal rights arising in the execution of its valid provincial mandate respecting forestry resources. In *Kitkatla Band*, our Court held that a provincial law relating to the preservation of heritage objects applied because its application did not affect aboriginal rights or title. These cases further demonstrate that the Court has taken a strict view of the "basic, minimum and unassailable content" of the federal power in relation to "Indians" who are, in limited respects, federal "persons", and to that extent these cases undermine rather than advance the banks' argument.

In some cases, it is true, the Court has found a vital or essential federal interest to justify federal exclusivity because of the special position of aboriginal peoples in Canadian society or, as Gonthier J. put it in the *National Battlefields Commission* case mentioned earlier, "the fundamental federal responsibility for a thing or person" (p. 853). Thus, in *Natural Parents*, Laskin C.J. held the provincial *Adoption Act* to be inapplicable to Indian children on a reserve because to compel the surrender of Indian children to non-Indian parents "would be to touch 'Indianness', to strike at a relationship integral to a matter outside of provincial competence" (pp. 760-61). Similarly, in *Derrickson*, the Court held that the provisions of the British Columbia *Family Relations Act* dealing with the division of family property were not applicable to lands reserved for Indians because "[t]he right to possession of lands on an Indian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*" (p. 296). In *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306, our Court held that provincial family law could not govern disposition of the matrimonial home on a reserve. In these cases, what was at issue was relationships within Indian families and reserve communities, matters that

CSC 55, mais évidemment, suivant la conclusion tirée dans cet arrêt, malgré la compétence fédérale exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens », une commission provinciale d'appel des forêts pouvait valablement examiner les questions de droits ancestraux soulevées dans le cadre de l'accomplissement de sa mission provinciale valide en matière de ressources forestières. Dans l'arrêt *Bande Kitkatla*, notre Cour a conclu à l'applicabilité d'une loi provinciale sur la préservation des objets patrimoniaux parce que l'application de cette loi ne portait pas atteinte à un titre autochtone ou à des droits ancestraux. Ces arrêts démontrent en outre que la Cour a donné une interprétation restrictive au « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les « Indiens » qui sont, à certains égards, des « personnes » fédérales, et dans cette mesure, ces arrêts affaiblissent l'argument des banques plutôt que de le renforcer.

61 Il est vrai que dans certaines décisions, pour faire reconnaître la compétence exclusive du gouvernement fédéral, la Cour a reconnu l'existence d'un intérêt fédéral vital ou essentiel en raison de la situation particulière des peuples autochtones au sein de la société canadienne ou, comme l'a affirmé le juge Gonthier dans l'arrêt *Commission des champs de bataille nationaux* déjà mentionné, de la « responsabilité fédérale fondamentale à l'égard d'une chose ou d'une personne » (p. 853). Ainsi, dans *Parents naturels*, le juge en chef Laskin a conclu que l'*Adoption Act* de la province était inapplicable aux enfants indiens vivant dans une réserve parce que le fait de contraindre les Indiens à abandonner leurs enfants aux mains de parents non indiens « porterait atteinte à la quiddité indienne et aux liens personnels qui font partie intégrante d'une matière qui ne relève pas de l'autorité provinciale » (p. 760-761). De même, dans *Derrickson*, selon notre Cour, les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique traitant du partage des biens familiaux ne pouvaient s'appliquer aux terres réservées aux Indiens parce que « [l]e droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 296). Dans *Paul c. Paul*, [1986]

could be considered absolutely indispensable and essential to their cultural survival. On the other hand, in *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, this Court held that a non-Indian business on a reserve that was partly owned and operated by Indians (but not the band) was subject to provincial labour regulation. The Court could not discern a need for federal exclusivity in a matter so remote from its special responsibilities for aboriginal peoples. In other words, in their federal aspect ("Indianness"), Indian people are governed by federal law exclusively, but in their activities as citizens of a province, they remain subject to provincial laws of general application. As it is with Indians, so it must be with chartered banks.

(5) The Management of Federal Institutions

62 The cases relied upon by the appellants dealing with the management of federal undertakings, including the 1988 trilogy, belong in fact to a broader line of cases dealing with federal institutions, where management has been considered an absolutely indispensable and necessary element of federal jurisdiction. These include the post office: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248 (province cannot fix wages of postal employees); *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178 (province cannot regulate labour relations in the post office); and the RCMP: *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218 (circumscribing a provincial public enquiry because "no provincial authority may intrude into its management" (p. 242)), and *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267 (holding inapplicable a provincial police complaints procedure). Yet RCMP officers are obliged to observe, for example, provincial

1 R.C.S. 306, notre Cour a jugé que le droit familial provincial ne pouvait régir le droit d'occuper une résidence familiale située sur une réserve. Ces arrêts portaient sur les relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves, matières qui pouvaient être considérées comme absolument nécessaires et essentielles à leur survie culturelle. Dans *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, par contre, notre Cour a conclu qu'une entreprise non indienne située sur une réserve et partiellement détenue et exploitée par des Indiens (mais non par la bande) était assujettie à la réglementation provinciale sur les relations de travail. La Cour n'a pas admis la nécessité de reconnaître au fédéral une compétence exclusive dans une matière aussi éloignée de ses responsabilités particulières à l'égard des peuples autochtones. En d'autres termes, les Autochtones sont régis exclusivement par le droit fédéral dans leur dimension fédérale (la « quiddité indienne »), mais restent assujettis aux lois provinciales d'application générale dans les activités auxquelles ils se livrent en tant que citoyens d'une province. Il devrait en être de même des banques à charte.

(5) La gestion des entreprises fédérales

Les arrêts en matière de gestion des entreprises fédérales sur lesquels se fondent les appelantes, notamment la trilogie de 1988, s'inscrivent en fait dans un courant jurisprudentiel plus vaste traitant des institutions fédérales et dans lequel la gestion a été considérée comme un élément absolument nécessaire de la compétence fédérale. Ces entreprises comprennent les bureaux de poste : *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248 (la province ne peut fixer les salaires des employés des postes); *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178 (la province ne peut réglementer les relations de travail dans les bureaux de poste); et la GRC : *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 (sur la nécessité de circonscrire les enquêtes publiques provinciales parce « qu'aucune autorité provinciale ne peut s'ingérer dans son administration » (p. 242)) et *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267 (dans lequel on a

highway traffic laws. Such laws do not affect the core of "what they do and what they are" that is specifically of federal interest.

Viewed in this larger context, it seems evident that the 1988 trilogy, focussed as it is on management, cannot be read as broadly as the appellant banks urge. The optional sale of borrowers' "peace of mind" insurance is not connected to a "basic, minimum and unassailable element" of the federal banking power or a "vital" part of the *banking* undertaking of the appellant banks.

(6) The Regulation of Federal Companies and Undertakings

The respondent, for its part, relied on *Canadian Indemnity*. In that case, British Columbia had introduced a universal compulsory automobile insurance plan to be administered by the Insurance Corporation of British Columbia to the exclusion of the appellants who were insurance companies incorporated federally or abroad. The Court held that "[t]he fact that a federally-incorporated company has, by federal legislation, derived existence as a legal person, with designated powers, does not mean that it is thereby exempted from the operation of such provincial regulation" (p. 519). In the present case, of course, the exclusive federal power is in relation to "banking" as well as "the incorporation of banks".

As to what constitutes "banking", however, the Court has taken the view that it does *not* include "every transaction coming within the legitimate business of a banker" because taken literally such a definition

would then mean for instance that the borrowing of money or the lending of money, with or without

conclu à l'inapplicabilité d'une procédure provinciale d'instruction des plaintes). Les agents de la GRC sont néanmoins tenus de respecter, par exemple, les lois provinciales régissant la circulation routière. Ces lois ne touchent pas au contenu essentiel « de leur existence et de leur être » dans ce qui constitue leur spécificité fédérale.

63 Dans ce contexte plus vaste, il semble évident que la trilogie de 1988, centrée comme elle l'était sur la question de la gestion des entreprises fédérales, ne peut recevoir une interprétation aussi large que celle préconisée par les banques. La vente facultative aux emprunteurs d'une assurance « paix d'esprit » n'a aucun lien avec le « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les banques ou avec une partie « essentielle » de l'entreprise des banques appelantes.

(6) La réglementation des sociétés et entreprises fédérales

64 L'intimée, quant à elle, invoque l'arrêt *Canadian Indemnity*. Dans cette affaire, la Colombie-Britannique avait instauré un régime d'assurance-automobile obligatoire et universel devant être administré par la Corporation d'assurance de la Colombie-Britannique sauf en ce qui concernait les appelantes qui étaient des compagnies d'assurance constituées sous le régime d'une loi fédérale ou à l'étranger. La Cour a conclu que « [l]e fait qu'une compagnie à charte fédérale tire sa personnalité juridique et des pouvoirs spécifiques de la législation fédérale ne la soustrait pas pour autant à l'effet de cette réglementation provinciale » (p. 519). En l'espèce, évidemment, la compétence fédérale exclusive porte autant sur les opérations des « banques » que sur « l'incorporation des banques ».

65 En discutant de la nature des « opérations bancaires », cependant, la Cour a estimé qu'elles ne s'entendent *pas* de [TRADUCTION] « toute opération entrant dans l'entreprise légitime d'un banquier » parce qu'une telle définition, si on l'interprétait littéralement,

signifierait, par exemple, que les emprunts ou les prêts d'argent, avec ou sans garantie, ce qui fait partie de

security, which come[s] within the legitimate business of a great many other types of institutions as well as of individuals, would, in every respect, fall under the exclusive legislative competence of Parliament. Such a result was never intended.

(*Canadian Pioneer Management*, at p. 468, *per* Beetz J.)

This observation takes on particular relevance here. Section 409(2) of the *Bank Act* provides that "[f]or greater certainty, the business of banking includes (*a*) providing any financial service". The appellants cannot plausibly argue that banks are immune from provincial laws of general application in relation to "any" financial service, as this would not only render inapplicable elements of the *Insurance Act* but potentially render inapplicable provincial laws relating to mortgages, securities and many other "services" as well.

66 Of greater relevance to the present appeal is the line of cases that have applied provincial environmental law to federal entities engaged in activities regulated federally. In *Ontario v. Canadian Pacific*, the federally regulated railway was held to be subject to the Ontario *Environmental Protection Act* with respect to smoke it caused by burning dead grass along its right-of-way, despite the fact that the fires were set by the railway company to comply with the federal *Railway Act*. The Ontario Court of Appeal held that the principle of interjurisdictional immunity did not apply (see (1993), 13 O.R. (3d) 389), and an appeal to this Court was unanimously dismissed with brief reasons. In *TNT Canada*, an interprovincial trucking company was held bound by provincial regulations governing the carriage of PCB waste. As MacKinnon A.C.J.O. observed, at p. 303:

In the same way that the province can regulate speed limits and the mechanical conditions of vehicles on the roads of the province for the protection and safety of other highway users, it can set conditions for the carriage of particular toxic substances within the province,

l'entreprise légitime de plusieurs autres types d'institutions ainsi que des particuliers, relèveraient, à tout point de vue, de la compétence législative exclusive du Parlement. On n'a jamais voulu un tel résultat.

(*Canadian Pioneer Management*, p. 468, le juge Beetz)

Cette observation devient particulièrement pertinente en l'espèce. Le paragraphe 409(2) de la *Loi sur les banques* prévoit que « [s]ont notamment considérés comme des opérations bancaires : *a*) la prestation de services financiers ». Les appelantes ne sauraient vraisemblablement prétendre que les banques sont soustraites aux lois provinciales d'application générale relatives aux services financiers. Adopter une telle position non seulement rendrait inapplicables certains éléments de l'*Insurance Act*, mais pourrait aussi priver d'application des lois provinciales régissant les hypothèques, les valeurs mobilières ainsi que plusieurs autres « services ».

Le courant jurisprudentiel dans lequel on a appliqué le droit de l'environnement provincial à des entités fédérales se livrant à des activités réglementées par le fédéral se révèle nettement plus pertinent en l'espèce. Dans *Ontario c. Canadien Pacifique*, on a jugé que l'entreprise fédérale de chemin de fer était assujettie à la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario en ce qui concernait la fumée dégagée par le brûlage des herbes sèches sur son emprise, malgré le fait qu'elle avait allumé les feux pour se conformer à la *Loi sur les chemins de fer* fédérale. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'appliquait pas (voir (1993), 13 O.R. (3d) 389), et le pourvoi devant notre Cour a été rejeté à l'unanimité dans de brefs motifs. Dans *TNT Canada*, une entreprise de camionnage interprovinciale a été contrainte à respecter la réglementation provinciale sur le transport de déchets contenant des BPC. Comme le juge en chef adjoint MacKinnon l'a fait observer, à la p. 303 :

[TRADUCTION] Tout comme elle peut réglementer les vitesses limites et l'état mécanique des véhicules circulant sur ses routes en vue d'assurer la protection et la sécurité des autres automobilistes, la province peut imposer des conditions quant au transport de certaines

provided that the conditions do not interfere in any substantial way with the carrier's general or particular carriage of goods, and are not in conflict either directly or indirectly with federal legislation in the field.

(7) Conclusion

In our view, the above review of the case law cited by the appellants, the respondent and interveners shows that not only *should* the doctrine of interjurisdictional immunity be applied with restraint, but with rare exceptions it *has* been so applied. Although the doctrine is in principle applicable to all federal and provincial heads of legislative authority, the case law demonstrates that its natural area of operation is in relation to those heads of legislative authority that confer on Parliament power over enumerated federal things, people, works or undertakings. In most cases, a pith and substance analysis and the application of the doctrine of paramountcy have resolved difficulties in a satisfactory manner.

We turn, then, to the second branch of the appellants' argument, namely that they are relieved of compliance with provincial insurance regulations by the doctrine of federal paramountcy.

F. *Doctrine of Federal Paramountcy*

According to the doctrine of federal paramountcy, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility. The doctrine applies not only to cases in which the provincial legislature has legislated pursuant to its ancillary power to trench on an area of federal jurisdiction, but also to situations in which the provincial legislature acts within its primary powers, and Parliament pursuant to its ancillary powers. This doctrine is much better suited to contemporary Canadian federalism than is the doctrine of interjurisdictional immunity, as this Court has expressly

substances toxiques sur son territoire, pourvu que ces conditions n'entravent pas de façon importante le transport de marchandises général ou particulier du transporteur et n'entrent pas directement ou indirectement en conflit avec les lois fédérales dans le domaine.

(7) Conclusion

67 À notre avis, cette étude de la jurisprudence invoquée par les appelantes, l'intimée et les intervenants démontre que non seulement la doctrine de l'exclusivité des compétences *devrait* être appliquée avec retenue, mais qu'à de rares exceptions près, c'est ainsi qu'elle *a* été appliquée. Même si en principe la doctrine est applicable à tous les chefs de compétence législative fédérale ou provinciale, la jurisprudence nous enseigne que les chefs de compétence législative qui confèrent au Parlement la compétence sur certains ouvrages ou certaines choses, personnes ou entreprises se révèlent plus propices à son application. Dans la plupart des cas, une analyse du caractère véritable et l'application de la doctrine de la prépondérance ont permis de résoudre de manière satisfaisante les difficultés rencontrées.

68 Nous passons donc à l'examen du deuxième volet de l'argument des appelantes, soit qu'elles sont soustraites à la réglementation provinciale sur l'assurance en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale.

F. *Doctrine de la prépondérance fédérale*

69 Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine s'applique non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d'empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires. Cette doctrine est beaucoup mieux adaptée au fédéralisme canadien contemporain que celle de l'exclusivité des compétences,

acknowledged in the "double aspect" cases (*Mangat*, at para. 52).

70 Of course, the main difficulty consists in determining the degree of incompatibility needed to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. The answer the courts give to this question has become one of capital importance for the development of Canadian federalism. To interpret incompatibility broadly has the effect of expanding the powers of the central government, whereas a narrower interpretation tends to give provincial governments more latitude.

71 In developing its approach, this Court, despite the problems occasionally caused by certain relevant aspects of its case law, has shown a prudent measure of restraint in proposing strict tests: *General Motors*, at p. 669. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, the Court defined the fundamental test for determining whether there is sufficient incompatibility to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. Dickson J. stated:

> In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other. [p. 191]

72 Thus, according to this test, the mere existence of a duplication of norms at the federal and provincial levels does not in itself constitute a degree of incompatibility capable of triggering the application of the doctrine. Moreover, a provincial law may in principle add requirements that supplement the requirements of federal legislation (*Spraytech*). In both cases, the laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other.

73 Nevertheless, there will be cases in which imposing an obligation to comply with provincial

comme l'a d'ailleurs explicitement reconnu notre Cour dans les cas de « double aspect » (*Mangat*, par. 52).

Bien entendu, la difficulté principale consiste à déterminer le degré d'incompatibilité nécessaire pour déclencher l'application de cette doctrine. La réponse que les tribunaux donnent à cette question a pris une importance capitale pour le développement du fédéralisme canadien. En effet, une interprétation large de la notion d'incompatibilité étend les pouvoirs du gouvernement central. Au contraire, une interprétation plus restrictive tend à laisser plus de marge de manœuvre aux gouvernements provinciaux.

Dans l'élaboration de son analyse, malgré les problèmes parfois créés par certains aspects de sa jurisprudence sur le sujet, notre Cour a su faire preuve d'une retenue prudente en proposant des critères stricts : *General Motors*, p. 669. Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, elle a énoncé le critère fondamental servant à déterminer s'il existe une incompatibilité suffisante pour déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Le juge Dickson a affirmé ce qui suit :

> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit « oui » et que l'autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles »; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre. [p. 191]

Ainsi, selon ce critère, un simple dédoublement de normes semblables aux niveaux fédéral et provincial ne constitue pas en soi un cas d'incompatibilité déclenchant l'application de la doctrine. De plus, une loi provinciale peut en principe ajouter des exigences supplémentaires à celles de la législation fédérale (*Spraytech*). En effet, dans les deux cas, les législations peuvent agir concurremment et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l'une ou l'autre.

Cela dit, il survient des cas où l'imposition de l'obligation de se conformer à une législation

legislation would in effect frustrate the purpose of a federal law even though it did not entail a direct violation of the federal law's provisions. The Court recognized this in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, in noting that Parliament's "intent" must also be taken into account in the analysis of incompatibility. The Court thus acknowledged that the impossibility of complying with two enactments is not the sole sign of incompatibility. The fact that a provincial law is incompatible with the purpose of a federal law will also be sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. This point was recently reaffirmed in *Mangat* and in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13.

That being said, care must be taken not to give too broad a scope to *Hall*, *Mangat* and *Rothmans*. The Court has never given any indication that it intended, in those cases, to reverse its previous decisions and adopt the "occupied field" test it had clearly rejected in *O'Grady* in 1960. The fact that Parliament has legislated in respect of a matter does not lead to the presumption that in so doing it intended to rule out any possible provincial action in respect of that subject. As this Court recently stated, "to impute to Parliament such an intention to 'occup[y] the field' in the absence of very clear statutory language to that effect would be to stray from the path of judicial restraint in questions of paramountcy that this Court has taken since at least *O'Grady*" (*Rothmans*, at para. 21).

An incompatible federal legislative intent must be established by the party relying on it, and the courts must never lose sight of the fundamental rule of constitutional interpretation that, "[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes" (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, at p. 356). To sum up, the onus is on the party relying on the doctrine of federal paramountcy to

provinciale équivaudrait à empêcher la réalisation de l'objectif de la loi fédérale, sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions. C'est ce que notre Cour a reconnu dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, lorsqu'elle a noté qu'il faut tenir compte de l'« intention » du législateur fédéral dans le cadre de l'analyse de l'incompatibilité. Notre Cour a ainsi admis que l'impossibilité de se conformer aux deux textes de loi ne constitue pas le seul signe d'incompatibilité. Le fait que la loi provinciale soit incompatible avec l'objet d'une loi fédérale suffira pour déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette précision a récemment été soulignée à nouveau dans les arrêts *Mangat* et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13.

74 Cela dit, il faut éviter de donner une portée trop large aux arrêts *Hall*, *Mangat* et *Rothmans*. Notre Cour n'a jamais donné d'indication qu'elle entendait, par ces arrêts, renverser ses décisions antérieures et adopter le test du « champ occupé » qu'elle a clairement rejeté dans l'arrêt *O'Grady* de 1960. Le fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n'entraîne pas la présomption qu'il a voulu, par là, exclure toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet. Comme l'affirmait récemment notre Cour, « on ne peut prêter au Parlement l'intention de vouloir [TRADUCTION] "occuper tout le champ", en l'absence d'un texte de loi clair à cet effet, sans s'écarter de l'attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l'arrêt *O'Grady* » (*Rothmans*, par. 21).

75 L'intention législative fédérale incompatible doit être établie par la partie qui l'invoque et les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue la règle d'interprétation constitutionnelle fondamentale selon laquelle « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, p. 356). En résumé, il revient à celui qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer

demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law.

G. *Order of Application of the Constitutional Doctrines*

76 The above review of constitutional doctrines inevitably raises questions about the logical order in which they should be applied. It would be difficult to avoid beginning with the "pith and substance" analysis, which serves to determine whether the legislation in question is in fact *valid*. The other two doctrines serve merely to determine whether a valid law is *applicable* or *operative* in specific circumstances.

77 Although our colleague Bastarache J. takes a different view on this point, we do not think it appropriate to *always* begin by considering the doctrine of interjurisdictional immunity. To do so could mire the Court in a rather abstract discussion of "cores" and "vital and essential" parts to little practical effect. As we have already noted, interjurisdictional immunity is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. If a case can be resolved by the application of a pith and substance analysis, and federal paramountcy where necessary, it would be preferable to take that approach, as this Court did in *Mangat*.

une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale.

G. *L'ordre d'application des doctrines constitutionnelles*

L'étude des doctrines constitutionnelles que nous venons de faire conduit inévitablement à des interrogations sur l'ordre logique de leur application. On saurait difficilement éviter de recourir en premier lieu à l'analyse du « caractère véritable » des lois. En effet, cette analyse vise à vérifier la *validité* même de la législation en cause. Les deux autres doctrines ne servent qu'à contrôler son *applicabilité* ou son *caractère opérant* dans des circonstances particulières.

Malgré le point de vue différent de notre collègue le juge Bastarache sur ce point, nous ne croyons pas qu'il convienne de *toujours* commencer l'analyse en examinant d'abord la doctrine de l'exclusivité des compétences. La Cour risquerait ainsi de s'enfermer dans une analyse plutôt abstraite du « contenu essentiel » et des éléments « vitaux et essentiels » qui aurait peu d'utilité en pratique. Nous tenons à rappeler que la doctrine de l'exclusivité des compétences reste d'une application restreinte, et qu'elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). Si une affaire peut être décidée en appliquant l'analyse du caractère véritable, et la doctrine de la prépondérance fédérale au besoin, il sera préférable d'emprunter cette voie, comme l'a fait notre Cour dans l'arrêt *Mangat*.

In the result, while in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy.

H. *Application to the Facts of this Case*

While the particular factual elements of this case have already been canvassed for the purpose of the legal analysis, we will address them in greater depth out of respect for the detailed arguments of the parties.

(1) The Pith and Substance of the Alberta *Insurance Act* Relates to Property and Civil Rights in the Province

The Alberta *Insurance Act* is a valid law. As the banks acknowledge, the business of insurance in general falls within the authority of the provinces as a matter of property and civil rights. See, e.g., *Parsons* and *Canadian Pioneer Management*. As noted earlier, a federally incorporated company remains subject to provincial regulation in respect of its insurance business: *Canadian Indemnity*. The banks say however that the promotion of their eight lines of "authorized" insurance products is integral to their lending practices, and thus to banking, which is a federally regulated activity.

Nevertheless, banks, as such, are not exempt from provincial law. In *Bank of Toronto v. Lambe*, as mentioned earlier, it was held that the bank was subject to a provincial tax aimed at banks. In *Gregory Co. v. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204, it was held by the Quebec Superior Court that a bank is subject to provincial securities laws. Accordingly, the mere fact that the banks now participate in the promotion of insurance does not change the essential nature of the insurance

78 En définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale.

H. *Application aux faits de l'espèce*

79 Bien que nous ayons déjà passé en revue les éléments factuels de la présente affaire pour les besoins de notre analyse juridique, nous les examinerons maintenant de manière plus approfondie par respect pour les arguments rigoureux qu'ont invoqués les parties.

(1) Le caractère véritable de l'*Insurance Act* de l'Alberta se rapporte à la propriété et aux droits civils dans la province

80 L'*Insurance Act* de l'Alberta est une loi valide. Comme les banques le reconnaissent, le commerce de l'assurance en général relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils. Voir, par exemple, les arrêts *Parsons* et *Canadian Pioneer Management*. Tel que mentionné précédemment, une société constituée sous le régime d'une loi fédérale demeure assujettie à la réglementation provinciale en ce qui concerne ses activités d'assurance : *Canadian Indemnity*. Les banques affirment toutefois que la promotion de leurs huit types de produits d'assurance « autorisée » fait partie intégrante de leurs pratiques de crédit, et donc des opérations bancaires, un secteur d'activité régi par le droit fédéral.

81 Les banques en tant que telles ne sont cependant pas soustraites au droit provincial. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* a décidé que la banque était assujettie à un impôt provincial visant les banques. Dans *Gregory Co. c. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204, la Cour supérieure du Québec a statué que les banques étaient assujetties aux lois provinciales sur les valeurs mobilières. Par conséquent, le simple fait que les banques se livrent maintenant à la

activity, which remains a matter generally falling within provincial jurisdiction.

82 In this respect, the banks' argument is also that while insurance is generally a provincial matter, when used as collateral for bank loans, credit-related insurance is "integrated" into banking in the same way that negligence law was held to be "integral" to shipping and navigation in *Ordon Estate*. This integration contention fails on the facts, as discussed here.

(2) The Onus Lies on the Proponent of Inter-jurisdictional Immunity on the Facts of a Particular Case to Demonstrate that Credit-Related Insurance Is Part of the Basic, Minimum and Unassailable Content of the Banking Power

83 The purpose of allocating "Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money" to Parliament under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* was to create an orderly and uniform financial system, subject to exclusive federal jurisdiction and control in contrast to a regionalized banking system which in "[t]he years preceding the Canadian Confederation [was] characterized in the United States by 'a chaotic era of wild-cat state banking'" (P. N. McDonald, "The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155, at p. 156; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power* (3rd ed. 1969), at p. 603).

84 At least in part, the importance of national control was because of "the peculiar status of bankers [as financial intermediaries], their importance at the centre of the financial community [and] the expectation of the public that it can grant them implicit and utmost confidence" (*Canadian Pioneer*

promotion d'assurance ne modifie en rien la nature essentielle de l'activité d'assurance, qui demeure une matière relevant généralement de la compétence provinciale.

À cet égard, les banques prétendent également que si l'assurance constitue généralement une matière provinciale, lorsqu'elle est utilisée comme garantie des prêts bancaires, l'assurance crédit est quant à elle « intégrée » aux opérations bancaires de la même façon que le droit de la négligence a été considéré comme faisant « partie intégrante » de la navigation et de l'expédition par eau dans *Succession Ordon*. Comme nous venons de le voir, cet argument de l'intégration échoue d'après les faits.

(2) Il incombe à celui qui invoque la doctrine de l'exclusivité des compétences d'établir, selon les faits de l'espèce, que l'assurance crédit fait partie du contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence sur les banques

L'attribution au Parlement de la compétence sur « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie » en vertu du par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour but l'instauration d'un système financier harmonieux et uniforme relevant de la compétence et de l'autorité exclusives du gouvernement fédéral, par opposition à un système régional de banques qui, [TRADUCTION] « [d]urant les années ayant précédé la Confédération canadienne, avait marqué aux États-Unis une "époque chaotique d'opérations bancaires à l'état sauvage" » (P. N. McDonald, « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155, p. 156; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power* (3e éd. 1969), p. 603).

Au moins en partie, l'importance d'une autorité nationale tenait « [au] statut particulier des banquiers [en tant qu'intermédiaires financiers], [à] leur importance au centre de la communauté financière [et à] l'attente du public qu'il peut leur accorder une confiance implicite et absolue » (*Canadian*

Management, at p. 461). In 1914, the High Court of Australia said:

> The essential characteristics of the business of banking . . . may be described as the collection of money by receiving deposits upon loan, repayable when and as expressly or impliedly agreed upon, and the utilization of the money so collected by lending it again in such sums as are required. . . .

(*Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457, at pp. 470-71)

Pioneer Management, p. 461). En 1914, la Haute Cour d'Australie a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Les caractéristiques essentielles des opérations bancaires [. . .] peuvent être décrites comme la collecte de sommes d'argent par la réception de dépôts relatifs à des prêts, remboursables au moment et de la manière convenus expressément ou implicitement, et l'utilisation des sommes ainsi perçues pour accorder de nouveaux prêts. . .

(*Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457, p. 470-471)

It is unnecessary, for present purposes, to delve deeply into the notoriously difficult task of defining banking. It includes the incorporation of banks. It certainly includes, as the banks argue, the securing of loans by appropriate collateral. At issue is the difference between *requiring* collateral (a banking activity) and promoting the acquisition of a certain type of product (e.g. insurance) that could then be *used* as collateral. The respondent, for its part, complains that the appellants' argument would render the "basic, minimum and unassailable" content of the banking power more or less co-extensive with what bankers are authorized to do. There is no doubt that banking is crucial to the economy and that even the basic, minimum and unassailable content of the exclusive power conferred on Parliament in this regard must not be given a cramped interpretation. Banks are institutions of great importance. The federal authorities monitor all aspects of their activities to ensure that they remain safely solvent and that they do not abuse their privileged position as takers of deposits and granters of credit. Courts have recognized that in its regulation of banks, Parliament may well trench on matters that would otherwise lie within provincial jurisdiction such as property and civil rights in the province, including insurance. As early as 1894, it was held that the federal banking power allowed Parliament to confer upon a bank privileges which had "the effect of modifying civil rights in the province" (*Tennant*, at p. 47). (See also *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), and *Bank of Montreal v. Hall*, at pp. 132-33.) Such considerations, however, should not lead to

85

Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner en profondeur la tâche notoirement difficile de définir les opérations bancaires, lesquelles comprennent l'incorporation des banques et certainement, comme le prétendent les appelantes, la protection des prêts par l'obtention d'une garantie suffisante. Ce qui est en cause, c'est la différence entre le fait *d'exiger* une garantie (une activité bancaire) et celui de promouvoir l'achat d'un certain type de produit (par exemple, une assurance) qui pourrait ensuite être *utilisé* comme garantie. Pour sa part, l'intimée soutient que la thèse des appelantes amène le contenu « minimum élémentaire et irréductible » de cette compétence à correspondre plus ou moins à ce que les banquiers peuvent faire. Il ne fait aucun doute que les opérations bancaires jouent un rôle crucial pour l'économie, et que même le contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence exclusive attribuée au Parlement à cet égard ne doit pas recevoir une interprétation étroite. Les banques sont des institutions de grande importance. Les autorités fédérales surveillent tous les aspects de leurs activités afin de s'assurer qu'elles demeurent solvables et n'abusent pas de la situation privilégiée dans laquelle elles se trouvent en tant qu'entités qui reçoivent des dépôts et accordent du crédit. La jurisprudence reconnaît que le Parlement, dans sa réglementation sur les banques, peut bien empiéter sur des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale, comme la propriété et les droits civils dans la province, y compris l'assurance. Dès 1894, on a conclu que la compétence fédérale sur les banques permettait au Parlement d'accorder à celles-ci des privilèges

confusion between the scope of the federal power and its basic, minimum and unassailable content.

ayant [TRADUCTION] « pour effet de modifier les droits civils dans la province » (*Tennant*, p. 47). (Voir également *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), et *Banque de Montréal c. Hall*, p. 132-133.) Toutefois, ces considérations ne devraient pas engendrer de confusion entre la portée de la compétence fédérale et le contenu minimum élémentaire et irréductible de celle-ci.

(3) Credit-Related Insurance Is Not a Vital or Essential Element of the Banking Undertaking

(3) L'assurance crédit ne constitue pas un élément vital ou essentiel de l'entreprise bancaire

86 The appellants rely on *Turgeon v. Dominion Bank*, [1930] S.C.R. 67, for the proposition that when a bank takes insurance as security for a loan, it is engaged in the business of banking. But that too is not the issue. The question is whether the bank in *promoting* optional insurance is engaged in an activity vital or essential to banking. The answer, as found by the courts in Alberta, is no. We agree with that conclusion.

Les appelantes s'appuient sur l'arrêt *Turgeon c. Dominion Bank*, [1930] R.C.S. 67, pour affirmer que, lorsqu'une banque accepte une assurance en garantie d'un prêt, elle effectue une opération bancaire. Mais là n'est pas la question non plus. Il s'agit de déterminer si, en faisant la *promotion* d'assurance facultative, la banque se livre à une activité vitale ou essentielle à l'entreprise bancaire. Selon ce qu'ont conclu les tribunaux de l'Alberta, la réponse est non. Nous souscrivons à cette conclusion.

87 The appellants rely on the decision in their favour by the British Columbia Court of Appeal in *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206 ("*Optima*" case), leave to appeal to S.C.C. refused, [2003] 3 S.C.R. viii. That case dealt with the sale by a telemarketer of Scotia Visa Balance Insurance. The question was whether the telemarketers could be required by provincial law to obtain a provincial licence. The B.C. Court of Appeal held:

Les appelantes invoquent la décision rendue en leur faveur par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206 (l'arrêt « *Optima* »), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. viii. Cet arrêt portait sur la vente, par un télévendeur, d'une assurance carte Visa de la Banque de Nouvelle-Écosse. Il s'agissait de savoir si une loi provinciale pouvait obliger les télévendeurs à obtenir un permis provincial. La Cour d'appel de la C.-B. a conclu ce qui suit :

> A provincial licensing regime, which allows the province to say who gets a licence and under what conditions, and which could prevent the bank from obtaining security in a certain way, would affect a vital part of a federal enterprise. . . .
>
> . . . it is sufficient to say that the taking of security generally is a core aspect of the banking power. [Emphasis added; paras. 90-91.]

> [TRADUCTION] Un régime de délivrance de permis provincial qui permet à la province de décider qui obtient un permis et à quelles conditions, et qui pourrait en quelque sorte avoir pour effet d'empêcher la banque d'obtenir une garantie, toucherait à un élément essentiel d'une entreprise fédérale. . .
>
> . . . qu'il suffise de dire que la prise de garanties de façon générale constitue un aspect essentiel de la compétence sur les banques. [Nous soulignons; par. 90-91.]

In this appeal, as well, the appellants centred their argument on the provincial licensing requirement. However if, as we conclude, the promotion of insurance is not vital or essential to the banking activity, there is no reason why the banks *should* be shielded from the consequences of non-compliance with the provincial *Insurance Act*. If a bank were to misrepresent the amount of a policy premium, or wrongfully disclose confidential information to third parties, or engage in other market practices considered by the Alberta Legislature to be unfair, there is no reason why it should escape the regulatory discipline to which all other promoters of insurance in the province are subject. Of course, if the Minister should single out banks for discriminatory treatment, the banks would have recourse to judicial review in the ordinary way. (We note parenthetically, as much stress was laid by the appellants on the refusal by this Court of leave to appeal the *Optima* case, that refusal of leave should not be taken to indicate agreement with the judgment sought to be appealed, from any more than the grant of leave can be taken to indicate disagreement. In the leave process, the Court does not hear or adjudicate a case on the merits. The notation "leave to appeal to S.C.C. refused" is inserted in law reports for editorial convenience.)

88 Dans le présent pourvoi, les appelantes ont également axé leur argumentation sur l'obligation d'obtenir un permis provincial. Toutefois, si, comme nous le concluons, la promotion d'assurance n'est pas vitale ou essentielle à l'activité bancaire, rien ne justifie que les banques *soient* protégées contre les conséquences du non-respect de l'*Insurance Act* provinciale. Si une banque fait des fausses déclarations quant au montant des primes d'assurance, communique à tort des renseignements confidentiels à des tiers ou se livre à des pratiques commerciales que l'Assemblée législative de l'Alberta considère déloyales, rien ne saurait justifier qu'elle échappe à la discipline réglementaire à laquelle tous les autres promoteurs d'assurance de la province sont assujettis. Évidemment, si le ministre en venait à imposer aux banques un traitement discriminatoire, ces dernières pourraient recourir au contrôle judiciaire de la manière habituelle. (Puisque les appelantes ont beaucoup insisté sur la décision prise par la Cour de refuser l'autorisation de pourvoi à l'encontre de l'arrêt *Optima*, nous soulignons en passant que ce refus ne saurait être interprété comme un acquiescement au jugement dont on veut faire appel, pas plus que l'octroi de l'autorisation ne peut être considéré comme un signe de désapprobation de ce jugement. Dans le cadre du processus d'autorisation, la Cour n'entend pas et ne tranche pas l'affaire sur le fond. La mention « autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée » figure dans les recueils de jurisprudence pour des raisons de commodité.)

The appellants also then rely on this Court's holding in *Bank of Montreal v. Hall* in which it was held

> . . . beyond dispute that the federal banking power empowers Parliament to create an innovative form of financing and to define, in a comprehensive and exclusive manner, the rights and obligations of borrower and lender pursuant to that interest. [p. 150]

89 Les appelantes se fondent également sur l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, dans lequel notre Cour a conclu comme suit :

> . . . il est incontestable que la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires permet au Parlement d'établir une nouvelle forme de financement et de définir, d'une façon complète et exclusive, les droits et obligations des emprunteurs et des prêteurs en vertu de cette sûreté. [p. 150]

However, it must be repeated that just because Parliament *can* create innovative forms for financing does not mean that s. 91(15) grants Parliament *exclusive* authority to regulate their promotion. If provincial legislation were held to be inapplicable

Toutefois, il nous faut réitérer que le simple fait pour le Parlement de *pouvoir* établir de nouvelles formes de financement ne signifie pas que le par. 91(15) attribue au Parlement la compétence *exclusive* d'en réglementer la promotion. S'il fallait que

to all forms of security held as collateral by banks, then the application of provincial legislation such as the *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7 ("*PPSA*"), would also be in jeopardy. The appellants claim that the *Insurance Act* differs from the *PPSA* because the *Insurance Act* may lead to a prohibition of the activity (promoting insurance), whereas the *PPSA* deals only with *how* the creditor realizes on a security. However, the *Insurance Act* does not prohibit the promotion of insurance any more than the *PPSA* prohibits realization on a security provision. In both cases, compliance with provincial rules is a pre-condition to obtaining the benefit of the statute. The rigid demarcation sought by the banks between federal and provincial regulations would not only risk a legal vacuum, but deny to lawmakers at both levels of government the flexibility to carry out their respective responsibilities.

90 Other circumstances of this case, some of them previously noted, also support the rejection of the appellants' position by the courts in Alberta.

91 First, while s. 416(1) of the *Bank Act* allows bank corporations to engage in some insurance activities, it recognizes insurance as a business separate from banking. Section 416(1) reads: "A bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations." Parliament itself appears not to consider the promotion of insurance to be "the business of banking". While Parliament cannot unilaterally define the scope of its powers, the fact is that Parliament has always treated insurance and banking as distinct and continues to do so.

92 Second, on the facts, the insurance promoted by the banks is not mandatory, can be cancelled at any time by the customer and is often not promoted until after the loan agreement has been finalized. The banks themselves therefore do not consider the

les lois provinciales soient jugées inapplicables à toutes les formes de garantie détenues par les banques, l'application d'une loi provinciale comme la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7 (« *PPSA* »), serait également menacée. Les appelantes prétendent que l'*Insurance Act* diffère de la *PPSA* parce qu'elle peut entraîner une interdiction de l'activité (la promotion de l'assurance), alors que la *PPSA* ne vise que la *façon* dont le créancier réalise sa garantie. Cependant, l'*Insurance Act* n'interdit pas la promotion d'assurance, pas plus que la *PPSA* n'interdit la réalisation d'une garantie. Dans les deux cas, le respect des règles provinciales représente une condition préalable à l'obtention du bénéfice de la loi. La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique, mais de priver les législateurs des deux ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu'ils s'acquittent de leurs responsabilités respectives.

D'autres circonstances de la présente affaire, dont certaines sont mentionnées précédemment, justifient également la décision des tribunaux de l'Alberta de rejeter la thèse des appelantes.

Premièrement, le par. 416(1) de la *Loi sur les banques* autorise les entreprises bancaires à mener certaines activités d'assurance, mais il reconnaît que l'assurance constitue un commerce distinct des opérations bancaires. Le paragraphe 416(1) dispose : « [i]l est interdit à la banque de se livrer au commerce de l'assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements. » Le Parlement lui-même ne semble pas considérer la promotion d'assurance comme une « opération bancaire ». Alors que le Parlement ne peut unilatéralement définir l'étendue de ses pouvoirs, il n'en reste pas moins qu'il a toujours considéré l'assurance et les opérations bancaires comme des activités distinctes, et continue de le faire.

Deuxièmement, selon les faits, l'assurance dont les banques font la promotion n'est pas obligatoire et peut être annulée en tout temps par le client, et cette promotion n'est souvent faite qu'après la conclusion du prêt. Les banques elles-mêmes ne

insurance to be vital to their credit granting since apart from high-ratio s. 418 mortgages, the loan agreement is not, in practice, made contingent on obtaining insurance, as found by the trial judge. This is to be contrasted with *mandatory* mortgage insurance. As Slatter J. observed:

> Mandatory loan insurance is not promoted by the bank, is not optional, generates no fee for the bank, is a part of the credit granting decision, and cannot be cancelled without defaulting on the loan. The authorized types of insurance are to the opposite effect on all these points. [para. 165]

Third, the insurance at issue is only loosely connected to the eventual payment of the debt. The triggering event for the "personal calamity" insurance is not default on the loan but rather an event in the life of the insurer. As the trial judge rightly noted, no prudent banker would extend credit if repayment was only guaranteed by a catastrophic event in the debtor's life. Further, some of the life insurance coverage is terminated by default on the loan payments, which makes the insurance worthless to the banks when it is most needed to ensure repayment of the loan.

Fourth, the banks operate their insurance business as a separate profit centre completely distinct from their banking operations. Promotion of insurance may be a significant source of profit for banks and may enhance their competitive edge, but commercial convenience does not transform the promotion of insurance into a core banking activity.

Fifth, the appellants contend that the promotion of insurance helps reduce their overall portfolio risk. However, the evidence shows that loans are secured in other ways and then insurance is offered

considèrent donc pas l'assurance comme un élément vital de leur activité d'octroi de crédit puisque, à l'exception des hypothèques à proportion élevée visées par l'art. 418, la conclusion du prêt ne dépend pas, en pratique, de l'obtention d'une assurance, comme l'a conclu le juge de première instance. Ce genre d'assurance se distingue de l'assurance hypothèque *obligatoire*. Comme l'a fait observer le juge Slatter :

> [TRADUCTION] L'assurance-prêt obligatoire ne fait pas l'objet d'une promotion par la banque, n'est pas facultative, ne génère pas de frais bancaires, fait partie de la décision d'accorder le crédit et ne peut être annulée en l'absence d'une défaillance à l'égard du prêt. Les produits d'assurance autorisée ont l'effet contraire à l'égard de chacun de ces points. [par. 165]

93 Troisièmement, l'assurance en question ne possède qu'un lien ténu avec le remboursement éventuel de la dette. L'élément déclencheur dans le cas de l'assurance « catastrophe personnelle » n'est pas le défaut de remboursement du prêt mais plutôt la survenance d'un événement dans la vie de l'assuré. Comme l'a fait remarquer à juste titre le juge de première instance, aucun banquier prudent n'accorderait de crédit si le remboursement n'était garanti qu'en cas de survenance d'un événement catastrophique dans la vie du débiteur. En outre, certaines couvertures d'assurance-vie prennent fin lors du défaut de paiement des versements sur le prêt, ce qui dépouille l'assurance de toute utilité au moment même où les banques en auraient le plus grand besoin pour assurer le remboursement du prêt.

94 Quatrièmement, les banques exploitent leur entreprise d'assurance comme un centre de revenu distinct n'ayant aucun rapport avec leurs opérations bancaires. La promotion d'assurance peut constituer une importante source de revenu pour les banques et leur procurer un avantage concurrentiel, mais les avantages commerciaux ne transforment pas la promotion d'assurance en activité bancaire de base.

95 Cinquièmement, les appelantes soutiennent que la promotion d'assurance leur permet de réduire le risque d'ensemble de leur portefeuille. Toutefois, selon la preuve, les prêts sont garantis d'autres

so that the bank need not resort to that security. The banks' evidence of the number of customers who carry insurance (or the value of the loans insured) is not helpful because most of those loans are secured by other means. Section 416 of the *Bank Act* does not lay out a manner in which the banks may realize on collateral (as in *Hall*) but merely allows the banks to promote an insurance product which they do for profit.

96 The banks' final argument is that the promotion of insurance is vital to banking because it provides a means of realizing on a debt without having to enforce security in times of customer distress. However, as pointed out by the trial judge, this is a matter of customer relations and retention, which is no more or less important to the business of banking than it is to any other.

97 As the constitutional questions stated in this case are expressly limited to "authorized type of insurance" and "personal accident insurance", this opinion is not to be taken to deal with constitutional issues that may arise in relation to mandatory mortgage insurance.

(4) Federal Paramountcy Does Not Apply on the Facts of this Case

98 The banks' alternative argument is that if the provincial law is applicable to the promotion of insurance by banks, it is nevertheless rendered inoperative by virtue of the doctrine of paramountcy. They argue that the federal *Bank Act* authorizes the banks to promote insurance, subject to enumerated restrictions, and that these enactments are comprehensive and paramount over those of the province. In our view, neither operational incompatibility nor the frustration of a federal purpose have been made out.

façons, et l'assurance est ensuite offerte pour que la banque n'ait pas à recourir à cette garantie. La preuve des banques concernant le nombre de clients qui ont souscrit une assurance (ou la valeur des prêts assurés) n'est pas utile car la plupart des prêts sont garantis par d'autres moyens. L'article 416 de la *Loi sur les banques* n'indique pas une façon pour les banques de réaliser leur garantie (comme dans *Hall*) mais leur permet simplement de faire la promotion de produits d'assurance, ce qu'elles font dans un but lucratif.

Selon le dernier argument des banques, la promotion d'assurance constitue un élément vital des opérations bancaires parce qu'elle permet le recouvrement de la dette sans qu'il soit nécessaire de réaliser la garantie à un moment où le client se trouve en mauvaise posture. Toutefois, comme l'a souligné le juge de première instance, il s'agit là d'une question de relations avec les clients et de fidélisation de la clientèle, qui n'est ni plus ni moins importante pour l'entreprise bancaire qu'elle ne l'est pour toute autre entreprise.

Les questions constitutionnelles formulées en l'espèce se limitant expressément à l'« assurance autorisée » et à l'« assurance accidents corporels », les présents motifs ne doivent pas être perçus comme s'appliquant aux questions constitutionnelles qui pourraient être soulevées à l'égard de l'assurance hypothèque obligatoire.

(4) La doctrine de la prépondérance des lois fédérales ne s'applique pas aux faits de l'espèce

Selon l'argument subsidiaire des banques, si la loi provinciale est applicable à la promotion d'assurance par les banques, elle devient néanmoins inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance. Elles plaident que la *Loi sur les banques* fédérale autorise les banques à faire de la promotion d'assurance, sous réserve des restrictions qui y sont énumérées, et que ces dispositions législatives sont complètes et ont prépondérance sur celles édictées par la province. À notre avis, ni l'incompatibilité d'application ni l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral n'ont été établies.

(a) *No Operational Incompatibility*

Since 2000, the banks have been promoting insurance in Alberta while complying with both the federal *Bank Act* and the provincial *Insurance Act*. All of the appellants presently hold the provincial restricted certificates of authority and are actively promoting insurance in Alberta. It cannot be said, in the words of Dickson J., that one enactment says "yes" and the other says "no"; or that "compliance with one is defiance of the other": *Multiple Access*, at p. 191.

The appellants say there is conflict between s. 416(2) of the *Bank Act*, which *prohibits* banks from acting as "agents", and the provincial *Insurance Act* which *requires* the banks to hold a "restricted insurance agent's certificate" (s. 454(1)). However, it is apparent that the term "agent" is not used in the same sense in the two enactments. The term "agent" in the *Bank Act* is undefined and bears the common law meaning of a person who can legally bind his or her principal. This the banks cannot do. They cannot bind an insurance underwriter. They merely "promote" insurance. By contrast, the term "insurance agent" is a defined term in the provincial *Insurance Act* and includes a person "who, for compensation, . . . solicits insurance on behalf of an insurer, insured or potential insured" (s. 1). Accordingly, the banks may properly act as an insurance agent within the meaning of the provincial *Insurance Act* by promoting (soliciting) insurance and transmitting applications without binding the insurer or potential insured within the prohibition of the *Bank Act*. This is not a case where the provincial law prohibits what the federal law permits.

(b) *No Frustration of Federal Purpose*

A classic example of a provincial law that frustrates a federal purpose is *Mangat*. In that case, the provincial prohibition against non-lawyers appearing before a tribunal for a fee would, if applied,

a) *Aucune incompatibilité d'application*

Depuis l'an 2000, les banques font la promotion d'assurance en Alberta tout en respectant à la fois la *Loi sur les banques* et l'*Insurance Act* provinciale. Toutes les appelantes sont actuellement titulaires du certificat restreint provincial et se livrent activement à la promotion d'assurance en Alberta. On ne saurait affirmer, pour reprendre les propos du juge Dickson, qu'une loi dit « oui » et que l'autre dit « non », ou que « l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre » : *Multiple Access*, p. 191. 99

Les appelantes affirment qu'un conflit existe entre le par. 416(2) de la *Loi sur les banques*, qui *interdit* aux banques d'agir à titre d'« agents », et l'*Insurance Act* provinciale, qui *oblige* les banques à obtenir un [TRADUCTION] « certificat d'autorisation restreint les habilitant à agir comme agent d'assurance » (par. 454(1)). Il est cependant manifeste que le terme « agent » n'est pas employé dans le même sens dans les deux lois. Dans la *Loi sur les banques*, le terme « agent » n'est pas défini et a le sens que lui donne la common law, soit celui d'une personne pouvant engager légalement son mandant, ce que les banques ne peuvent pas faire. Elles ne peuvent pas engager un assureur. Elles ne font que la « promotion » d'assurance. L'expression « agent d'assurance », par contre, est définie dans l'*Insurance Act* et s'entend d'une personne [TRADUCTION] « qui, contre rémunération, sollicite de l'assurance pour le compte d'un assureur, d'un assuré ou d'un assuré éventuel » (art. 1). Les banques peuvent donc valablement agir à titre d'agents d'assurance selon l'*Insurance Act* en faisant la promotion d'assurance (ou en la sollicitant) et en transmettant les demandes sans engager l'assureur ou l'assuré éventuel conformément à l'interdiction prévue par la *Loi sur les banques*. Il ne s'agit pas d'un cas où la loi provinciale interdit ce que la loi fédérale permet. 100

b) *Aucune entrave à la réalisation d'un objectif fédéral*

L'affaire *Mangat* offre l'exemple classique d'une loi provinciale qui entrave la réalisation d'un objectif fédéral. Dans cette affaire, la loi provinciale interdisant aux non-avocats de comparaître en 101

frustrate Parliament's intention to enable non-lawyers to appear before immigration proceedings so as to promote hearings that are informal, accessible and expeditious.

102 The banks argue that the *Bank Act* and its *IBRs* are similar to the legislation in *Mangat* and should be taken to express Parliament's intent that its regulations are exhaustive. However, this is not borne out by the record.

103 Here, as in *Rothmans*, the federal legislation is permissive. Section 416(1) provides that "[a] bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations". This formulation bears some similarity to the law under consideration in *Spraytech* which held the federal law controlling pesticides to be "permissive, rather than exhaustive" (para. 35). Parliament did not intend to fully regulate pesticide use, nor was its purpose to authorize their use. The federal pesticide legislation itself envisioned the existence of complementary municipal by-laws; see paras. 40 and 42. Similarly, the federal legislation at issue in this case, while permitting the banks to promote authorized insurance, contains references that assume the relevant provincial law to be applicable. Section 7(2) of the *IBRs* reads:

> 7. . . .
>
> (2) Notwithstanding subsection (1) and section 6, a bank may exclude from a promotion referred to in paragraph (1)(*e*) or 6(*b*) persons
>
> (*a*) in respect of whom the promotion would contravene an Act of Parliament or of the legislature of a province . . . .

104 The relevant legislative history may be used to shed light on Parliament's object and purpose in passing the 1991 amendment. As stated

qualité de procureur rétribué devant un tribunal, si elle avait été appliquée, serait allée à l'encontre de l'intention du Parlement de permettre aux non-avocats de comparaître dans les instances en immigration afin de favoriser la tenue d'audiences informelles, accessibles et rapides.

Les banques prétendent que la *Loi sur les banques* et le *RCA* s'apparentent aux dispositions législatives en cause dans l'affaire *Mangat* et devrait être considérée comme exprimant l'intention du Parlement de faire en sorte que son règlement soit exhaustif. Cette prétention n'est cependant pas étayée par le dossier.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Rothmans*, la disposition législative fédérale est permissive. Selon le par. 416(1), « [i]l est interdit à la banque de se livrer au commerce de l'assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements ». Cette formulation présente une certaine similitude avec la loi examinée dans l'arrêt *Spraytech*, où la Cour a conclu que la loi fédérale sur le contrôle des pesticides était « permissive, et non pas exhaustive » (par. 35). Le Parlement n'avait pas l'intention de réglementer complètement l'utilisation des pesticides et n'avait pas non plus pour objectif d'autoriser leur utilisation. La loi fédérale sur les pesticides elle-même envisageait l'existence de règlements municipaux complémentaires; voir par. 40 et 42. De la même façon, la loi fédérale en cause en l'espèce, bien qu'elle permette aux banques de faire la promotion d'assurance autorisée, contient des mentions qui laissent entendre que le droit provincial pertinent est applicable. Le paragraphe 7(2) du *RCA* prévoit ce qui suit :

> 7. . . .
>
> (2) Malgré le paragraphe (1) et l'article 6, la banque peut exclure de la promotion visée aux alinéas (1)*e*) ou 6*b*) toute personne, selon le cas :
>
> *a*) dont il serait contraire à une loi fédérale ou provinciale qu'une telle promotion s'adresse à elle . . .

L'historique législatif pertinent peut être utile pour mettre en lumière l'objectif poursuivi par le Parlement en adoptant les modifications de 1991.

by McIntyre J. in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, in constitutional cases, "extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well" (p. 318).

Here the relevant legislative record begins with the 1985 Department of Finance Green Paper, *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion* (pp. 84-85). While the sale of insurance by banks was not discussed in detail, the Green Paper did endorse the concept of a level playing field for all participants selling a particular product. The Senate Standing Committee responding to the Green Paper agreed, and also recommended a level playing field such that no institution would obtain a competitive advantage as a result of being subject to a different regulatory regime than its competitors (*Towards a More Competitive Financial Environment* (1986), Sixteenth Report of the Standing Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 64).

Because of the extent of the reforms eventually enacted in 1991, it was agreed that a review of the changes would occur in five years. The review of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector, *Change Challenge Opportunity* (1998) ("MacKay Task Force"), postdates the enactment of the 1991 amendments. For that reason, it is not entitled to much weight, but it does represent a considered after-the-fact statement by some Parliamentarians of their legislative purpose. To that extent, it provides some after-the-fact confirmation of the respondent's position. The MacKay Task Force discussed the role of provincial regulation and stated

that employees of deposit-taking institutions engaged in the sale of insurance should comply with applicable provincial requirements with respect to the education and licensing of insurance salespersons,

Comme l'a affirmé le juge McIntyre dans *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, dans les affaires constitutionnelles, « on peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l'application et l'effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable » (p. 318).

105 En l'espèce, le dossier législatif pertinent comprend d'abord le Livre vert de 1985 du ministère des Finances intitulé *La réglementation des institutions financières du Canada : propositions à considérer* (p. 92-93). Bien que la vente d'assurance par les banques n'ait pas été examinée en détail, le Livre vert a quand même souscrit à l'idée d'une uniformité des règles du jeu pour tous ceux qui participent à la vente d'un produit donné. Le comité sénatorial permanent qui a répondu au Livre vert a acquiescé, et a également recommandé l'instauration de règles du jeu uniformes pour faire en sorte qu'aucune institution ne tire un avantage concurrentiel du fait qu'elle est assujettie à un régime de réglementation différent de celui de ses concurrents (*Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier* (1986), seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 65).

106 Vu la portée de la réforme qui allait par la suite être adoptée en 1991, on a convenu de procéder à un examen des modifications cinq ans plus tard. Le document intitulé *Changement, défis et possibilités*, l'examen effectué par le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien (« Groupe de travail MacKay ») est postérieur à l'adoption des modifications de 1991 et n'a pas, pour ce motif, une grande valeur probante, mais il présente après le fait un énoncé réfléchi, par certains parlementaires, au sujet de leur objectif législatif et fournit, dans cette mesure, une certaine confirmation *a posteriori* de la thèse de l'intimée. Le Groupe de travail MacKay a analysé le rôle de la réglementation provinciale et a affirmé

que les employés des institutions de dépôts qui sont préposés à la vente d'assurance devraient se conformer aux exigences applicables au niveau provincial, en matière de connaissance et d'obtention de permis de vente

so long as such requirements are non-discriminatory. [Emphasis added.]

(MacKay Task Force, Background Paper #2, *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition* (1998), at p. 93)

A statement in the final report of the MacKay Task Force specifically addressed licences such as the Alberta's restricted insurance agent's certificate of authority:

> 19) Employees of deposit-taking institutions who are engaged in the sale of insurance should comply with applicable provincial requirements with respect to the education and licensing of insurance salespersons, so long as such requirements are non-discriminatory.

(MacKay Task Force, Report, Recommendation 19, at p. 197)

107 The House of Commons Standing Committee on Finance considered the MacKay Task Force Report and agreed with this proposition: "Those selling insurance products must be licensed and meet all of the qualifications that are required of others selling similar products" (*The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada* (1998), at p. 130).

108 We do not place much weight on the post-enactment activities in Parliament. The intention of the 1991 amendments is clear on their face. The appellants argue that Parliament intended to create a unified national "banking" scheme for the promotion of insurance, but there is nothing in the record to support such a conclusion. Parliamentarians were concerned as early as 1985 to maintain a level playing field among all financial service providers participating in the same business. To hold the banks immune from provincial market conduct regulation would give them a privileged position in the marketplace. Every indication is that Parliament wished to avoid this result.

d'assurance, dans la mesure où ces exigences ne sont pas discriminatoires. [Nous soulignons.]

(Groupe de travail MacKay, Document d'information n° 2, *Souplesse d'organisation des institutions financières : un cadre d'intensification de la concurrence* (1998), p. 107)

Une recommandation contenue dans le rapport final du Groupe de travail MacKay traite expressément des permis comme le certificat restreint d'agent d'assurance de l'Alberta :

> 19) Les employés qui vendent de l'assurance dans les institutions de dépôts devraient être tenus de se conformer aux règles provinciales applicables en matière de scolarité et d'octroi de permis aux vendeurs et vendeuses d'assurance, tant que ces règles ne sont pas discriminatoires.

(Rapport du Groupe de travail MacKay, recommandation 19, p. 225)

Le Comité permanent des finances de la Chambre des communes a examiné le rapport du Groupe de travail MacKay et a accepté cette proposition : « [l]es vendeurs de produits d'assurance doivent être accrédités et posséder toutes les qualifications exigées des autres personnes vendant des produits similaires » (*L'avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada* (1998), p. 185).

Nous n'accordons pas beaucoup d'importance aux interventions parlementaires après l'adoption des lois. L'intention du législateur dans les modifications de 1991 est claire à première vue. Les appelantes prétendent que le Parlement a voulu instaurer un système « bancaire » national uniforme à l'égard de la promotion d'assurance, mais rien dans le dossier n'étaye une telle conclusion. Depuis 1985 au moins, les membres du Parlement avaient le souci d'assurer le maintien de règles du jeu uniformes pour tous les fournisseurs de services financiers qui font le même commerce. Soustraire les banques à l'application de la réglementation provinciale sur les pratiques du marché les placerait dans une situation avantageuse sur ce marché. Tout indique que le Parlement désirait éviter une telle situation.

These reasons focus, as did those of Hunt J.A., on the banks' arguments on paramountcy related to the provincial requirement of licences and the alleged conflict in the definition of agent. Other more specific conflicts were argued before the trial judge, and rejected by him. Those objections were not carried forward in the Court of Appeal or this Court. Should an issue arise in future with respect to a conflict not dealt with here or in the reasons of the courts below, it would, of course, be open to the banks to pursue a paramountcy argument on the basis of the facts as they may then appear.

VII. Conclusion

For these reasons, we would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inapplicable to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

Answer: No.

2. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inoperative in relation to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of federal legislative paramountcy?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of Justices Binnie and LeBel and concur in the result.

Les présents motifs, comme ceux de la juge Hunt, portent essentiellement sur les arguments des banques fondés sur la doctrine de la prépondérance concernant l'obligation d'obtenir un permis provincial et le conflit censé exister à l'égard de la définition du terme « agent ». D'autres conflits plus spécifiques ont été allégués devant le juge de première instance, qui les a rejetés. Ces contestations n'ont pas été reprises devant la Cour d'appel ni devant notre Cour. Si une question devait se poser à l'avenir relativement à un conflit qui n'a pas été abordé en l'espèce ou dans les motifs des tribunaux d'instance inférieure, les banques auraient, évidemment, tout le loisir de faire valoir un argument fondé sur la doctrine de la prépondérance en se fondant sur les faits existant à ce moment-là. 109

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante : 110

1. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inapplicables, par l'effet de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

Réponse : Non.

2. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inopérants, par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard de la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai pris connaissance des motifs des juges Binnie et LeBel, et je suis 111

I disagree, however, with their approach to the doctrine of interjurisdictional immunity and with their appreciation of the doctrine within the general methodological approach to division of powers questions. In my view, their approach severely restricts the doctrine and that is unwarranted. As discussed in my reasons in *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, there is both a doctrinal and a practical need to conserve the doctrine of interjurisdictional immunity (see paras. 102-108). Though I will not revisit in detail my defence of the doctrine, I note that in *Lafarge* I did address the serious concern that the doctrine unnecessarily and unfairly creates a much wider scope for centralization of federal power at the expense of the principles of federalism and regionalism. I concluded that the best way to address this concern was to clarify the meaning of "affects" in the "affects a vital part" test to require a sufficiently severe impact by the impugned provincial law on the core of a federal head of legislative power in order to justify a finding of immunity (para. 109). In my view, this approach promotes an incremental development of the doctrine, avoids a significant departure from this Court's recent jurisprudence in this area and is better adapted to the practical needs that must always concern us in constitutional matters. Thus, I propose to resolve this case according to the principles and approach I set down in *Lafarge*. For this purpose, I do, however, accept the facts as stated by Binnie and LeBel JJ. in paras. 5-11 of their reasons.

1. The Correct Methodological Approach

112 The starting point of my analysis in *Lafarge* was to set out the proper methodological approach to division of powers questions. As I noted at para.

d'accord avec la conclusion qu'ils proposent. Je ne peux souscrire, cependant, à leur interprétation de la doctrine de l'exclusivité des compétences et à leur appréciation de cette doctrine dans le cadre de la démarche méthodologique générale développée à l'égard des questions de partage des compétences. J'estime que leur interprétation restreint gravement la doctrine, et une telle restriction n'est pas justifiée. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, tant la doctrine que des raisons d'ordre pratique justifient le maintien de la doctrine de l'exclusivité des compétences (voir les par. 102 à 108). Je n'entends pas revoir en détail ma défense de cette doctrine, mais je signale que, dans *Lafarge*, j'ai bel et bien tenu compte de l'importante préoccupation voulant que cette doctrine crée inutilement et injustement une assise beaucoup plus vaste où le pouvoir central est davantage favorisé aux dépens des principes du fédéralisme et du régionalisme. Je suis arrivé à la conclusion que la meilleure façon de répondre à cette préoccupation était de clarifier le sens du terme « touche » contenu dans le critère proposé par l'expression « touche un élément essentiel » de manière à ce que la loi provinciale contestée doive produire sur le contenu essentiel d'un chef de compétence législative fédérale des effets suffisamment importants pour justifier que l'on conclue à l'existence d'une compétence exclusive (par. 109). À mon avis, cette interprétation favorise une évolution progressive de la doctrine, évite que l'on écarte de façon importante la jurisprudence récente de notre Cour dans ce domaine, et est mieux adaptée aux besoins d'ordre pratique dont nous devons toujours nous préoccuper dans les affaires constitutionnelles. Je propose donc de résoudre la présente affaire selon les principes et la méthode d'interprétation que j'ai énoncés dans l'arrêt *Lafarge*. À cette fin, j'accepte toutefois les faits tels que les ont exposés les juges Binnie et LeBel aux par. 5 à 11 de leurs motifs.

1. La démarche méthodologique applicable

Dans l'arrêt *Lafarge*, j'ai entrepris mon analyse en énonçant la démarche méthodologique applicable à l'égard des questions de partage des

102, all constitutional legal challenges to legislation should follow the same pattern. First, the pith and substance of the provincial statutory provisions and the federal statutory provisions should be examined to ensure that they are both validly enacted laws and to determine the nature of the overlap, if any, between them. Second, the applicability of the provincial law to the federal undertaking or matter in question must be resolved with reference to the doctrine of interjurisdictional immunity. Third, only if both the provincial law and the federal law have been found to be valid pieces of legislation, and only if the provincial law is found to be applicable to the federal matter in question, then both statutes must be compared to determine whether the overlap between them constitutes a "conflict" sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy.

compétences. Comme je l'ai mentionné au par. 102, les contestations judiciaires de nature constitutionnelle devraient toutes suivre le même modèle. Premièrement, il faut examiner le caractère véritable des dispositions législatives provinciales et fédérales pour s'assurer qu'elles ont toutes été validement adoptées et pour déterminer la nature du chevauchement qui existe entre elles, le cas échéant. Deuxièmement, il faut trancher la question de l'applicabilité de la loi provinciale à l'entreprise ou la matière fédérale en cause en se fondant sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. Troisièmement, ce n'est que si la loi provinciale et la loi fédérale ont toutes deux été déclarées valides, et que si la loi provinciale a été jugée applicable à la matière fédérale en question, que l'on doit comparer les deux lois afin de déterminer si le chevauchement qui existe entre elles constitue un « conflit » suffisamment grave pour entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

These steps should take place in the sequence listed, such that if the impugned law is found to be invalid on the pith and substance test, there is no need to move on to consider applicability. Similarly, as demonstrated in my reasons in *Lafarge*, where an impugned law is found inapplicable to a federal matter or undertaking on account of interjurisdictional immunity, there is no need to go on to consider operability. I cannot agree with Justices Binnie and LeBel's suggestion at paras. 76-78 that considerations of operability should generally precede considerations of applicability in the division of powers analytical framework absent "situations already covered by precedent" and that the interjurisdictional immunity analysis should be exceptional to the general methodological approach. In my view, it is impossible to find a federal law paramount over a provincial law, or to conclude that the provincial law is inoperable, if the provincial law is not even applicable to the federal matter at issue. This is a matter of practicality as much as it is one of logic.

113 Ces étapes devraient être abordées suivant l'ordre indiqué ci-dessus de sorte que, si la loi contestée est déclarée invalide selon le critère du caractère véritable, il ne sera pas nécessaire d'examiner si elle s'applique. De même, comme je l'ai démontré dans l'arrêt *Lafarge*, lorsqu'une loi contestée est jugée inapplicable à une entreprise ou matière fédérale en raison de l'exclusivité des compétences, il n'y a plus lieu d'examiner ensuite son caractère opérant. Je ne peux souscrire à l'affirmation des juges Binnie et LeBel, aux par. 76 à 78 de leurs motifs, selon laquelle l'examen du caractère opérant devrait généralement, en l'absence de « situations déjà traitées dans la jurisprudence », précéder celui de l'applicabilité dans le cadre analytique du partage des compétences, et que l'analyse fondée sur la doctrine de l'exclusivité des compétences devrait constituer une exception par rapport à la démarche méthodologique générale. Selon moi, il est impossible de conclure qu'une loi fédérale a prépondérance sur une loi provinciale, ou que la loi provinciale est inopérante, si la loi provinciale ne s'applique même pas à la matière fédérale en question. Il s'agit là d'une question de considérations pratiques tout autant que de logique.

114 Regarding the option of considering paramountcy first, J. E. Magnet, in "Research Note: The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity" in *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials* (8th ed. 2001), vol. 1, at p. 338, convincingly notes the differences between the doctrines of immunity and paramountcy. He writes that immunity "is different from the paramountcy doctrine in that even where there is no contradiction or meeting of legislation, the provincial legislation offers significant obstruction to the federal thing, person or undertaking, affects its status, or drains off essential federal attributes which make them within federal jurisdiction" (p. 339). I agree that there is clearly a need for different types of constitutional legal inquiries. I will now proceed to apply the steps of the correct methodological approach to the case at bar.

Quant à la possibilité d'examiner d'abord la question de la prépondérance, J. E. Magnet, dans « Research Note : The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity », dans *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials* (8e éd. 2001), vol. 1, p. 338, souligne de façon convaincante les différences entre les doctrines de l'exclusivité et de la prépondérance. Il écrit que la doctrine de l'exclusivité des compétences [TRADUCTION] « diffère de la doctrine de la prépondérance en ce sens que même lorsque les lois ne se contredisent pas ou ne se rejoignent pas, la loi provinciale obstrue considérablement la chose, la personne ou l'entreprise fédérales, touche leur statut ou atténue les attributs fédéraux essentiels qui font qu'ils relèvent de la compétence fédérale » (p. 339). Je conviens que les différents types d'analyses juridiques constitutionnelles sont manifestement nécessaires. J'aborde maintenant les étapes de la démarche méthodologique applicable en l'espèce.

2. Application to the Facts

2.1 *The Validity of the Provincial and Federal Laws*

115 We must first consider whether the impugned law in question, the *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, is in pith and substance related to a provincial matter. As I suggested in *Lafarge*, it is also useful at this stage to determine the validity of the federal legislation in question — in this case the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46 — in order to properly consider the application of the doctrine of federal paramountcy, should the analysis proceed that far (see *Lafarge*, at para. 117).

2. Application aux faits

2.1 *La validité des lois provinciale et fédérale*

Nous devons d'abord nous demander si le caractère véritable de la loi contestée en cause, l'*Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, se rapporte à une matière provinciale. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Lafarge*, il est également utile à cette étape de se prononcer sur la validité de la loi fédérale en question — en l'espèce, la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46 — pour déterminer comme il se doit si la doctrine de la prépondérance fédérale s'applique, dans l'hypothèse où l'analyse se poursuivrait jusqu'à cette étape (voir *Lafarge*, par. 117).

116 The *Insurance Act* is clearly a law "in pith and substance" about the regulation of the insurance industry within the province, and the particular provisions at issue are concerned with the licensing and regulation of insurance providers, promoters and agents. The provincial law applies to all persons providing or promoting insurance services, including banks. It is therefore valid legislation of general application enacted under the provincial legislative authority over "property and

L'*Insurance Act* est manifestement une loi dont le « caractère véritable » se rapporte à la réglementation du commerce de l'assurance dans la province, et les dispositions particulières en cause portent sur la délivrance de permis aux fournisseurs, promoteurs et agents d'assurance, et sur la réglementation de leurs activités. La loi provinciale s'applique à toutes les personnes qui fournissent des services d'assurance ou qui en font la promotion, y compris les banques. Il s'agit donc d'une

civil rights" in the province under s. 92(13) of the *Constitutional Act, 1867*. Nevertheless, the effects of the provincial law do create some overlap with federal areas of jurisdiction, given that it is potentially applicable to banks as one class of persons or institutions involved in the business of insurance. Thus, the provincial law has some "incidental effects" on banks and, by implication, on the federal banking power; such overlap is generally permissible and should not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* statute: see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 54. The extent of these incidental effects, however, and whether they affect the "core" of the banking power and whether they frustrate Parliament's purpose in amending the *Bank Act* to permit banks to promote certain types of authorized insurance, will be discussed under the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the doctrine of federal paramountcy.

disposition d'application générale valide édictée en vertu de la compétence législative provinciale sur la « propriété et les droits civils » dans la province conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'en reste pas moins que les effets de la loi provinciale créent un certain chevauchement avec les domaines de compétence fédérale étant donné qu'elle pourrait s'appliquer aux banques en tant que catégorie de personnes ou d'institutions exploitant une entreprise d'assurance. La loi provinciale produit donc des « effets accessoires » sur les banques et, par voie de conséquence, sur la compétence fédérale sur les banques; un tel chevauchement est généralement acceptable et ne devrait pas rendre inconstitutionnelle une loi qui relève par ailleurs de la compétence provinciale : voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 54. L'importance de ces effets accessoires, cependant, et la possibilité qu'ils portent atteinte au « contenu essentiel » de la compétence sur les banques et qu'ils entravent la réalisation de l'objectif qu'avait le Parlement en modifiant la *Loi sur les banques* pour permettre aux banques de faire la promotion de certains types d'assurance autorisée, seront examinées à l'étape de l'application des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance des lois fédérales.

The validity of the *Bank Act* was not challenged by the parties and the trial judge was prepared to assume its constitutionality under s. 91(15) for the purposes of this challenge ((2003), 343 A.R. 89, at para. 86). I am equally prepared to do so. However, I agree with Hunt J.A., who differed from the trial judge in finding that it was the federal power of "banking" itself, and not the power to legislate in respect of the "incorporation of banks" in s. 91(15), which empowered Parliament to amend the *Bank Act* to permit banks to engage in the promotion of authorized insurance products ((2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, at para. 35). The federal incorporation power for certain companies or undertakings involves bringing a company into existence, conferring a legal personality on it, the creation of its corporate structure and the authority over its legal capacity and status. However, this federal

117 Les parties n'ont pas contesté la validité de la *Loi sur les banques*, et le juge de première instance était disposé à présumer sa constitutionnalité selon le par. 91(15) pour les besoins de cette contestation ((2003), 343 A.R. 89, par. 86). Je suis moi aussi disposé à le faire. Toutefois, je suis d'accord avec la juge Hunt, qui ne partageait pas l'avis du juge de première instance en concluant que c'était la compétence fédérale sur les « banques » elle-même, et non la compétence législative en matière d'« incorporation des banques » conférée par le par. 91(15), qui habilitait le Parlement à modifier la *Loi sur les banques* pour permettre à celles-ci de se livrer à la promotion de produits d'assurance autorisée ((2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, par. 35). Pour certaines sociétés ou entreprises, la compétence fédérale en matière d'incorporation comprend la création d'une société, l'attribution à celle-ci d'une

incorporation power, according to Hogg, "does not authorize regulation of the activities of federally-incorporated companies, and therefore there can be no immunity from provincial laws regulating the activities of such companies" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at para. 15.8(c), footnote 116 (emphasis added)). Thus, for Parliament to have amended the federal statutory scheme to permit an enlargement of the activities and operations banks are allowed to undertake, it must have done so pursuant to its "banking" power, rather than its "incorporation" power. If there is any federal immunity to be enjoyed by banks as federal undertakings and federally incorporated companies, it will derive from an impermissible impact of the provincial law on the federal power to regulate the activities of banks as part of the banking power, not from any impact on the incorporation power.

personnalité juridique, la création de sa structure organisationnelle, et le pouvoir à l'égard de sa capacité et son statut juridiques. Cependant, selon Hogg, cette compétence fédérale [TRADUCTION] « n'autorise pas la réglementation des activités de sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale, et il ne peut donc y avoir aucune immunité à l'égard des lois provinciales réglementant les activités de ces sociétés » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), par. 15.8c), note 116 (je souligne)). Ainsi, lorsque le Parlement a modifié le régime législatif fédéral pour permettre un élargissement des activités et opérations auxquelles les banques peuvent participer, il doit l'avoir fait en se fondant sur sa compétence sur les « banques », plutôt que sur sa compétence en matière d'« incorporation ». Si les banques doivent jouir d'une quelconque immunité en leur qualité d'entreprises fédérales et de sociétés constituées sous le régime d'une loi fédérale, ce doit être en raison de l'effet inacceptable que produit la loi provinciale sur le pouvoir fédéral de réglementer les activités des banques en vertu de la compétence sur les banques, et non en raison d'un effet quelconque sur la compétence en matière d'incorporation.

2.2 *The Applicability of the Provincial Law*

2.2 *L'applicabilité de la loi provinciale*

118 The proper analytical approach to the applicability analysis was set out at para. 118 of my reasons in *Lafarge*:

> The first step is to identify the "core" of the federal head of power; that is, to determine what the federal power encompasses within its primary scope, and then to determine whether the impugned federal undertaking or matter at issue falls within that core. The second step is to determine whether the impugned provincial law . . . impermissibly affects a vital aspect of the federal core of [the] head of power, so as to render it inapplicable to the federal undertaking or matter (see *Bell Canada (1988)*; see also Hogg (loose-leaf ed.), at pp. 15-25 to 15-28, and Monahan, at pp. 123-26).

J'ai exposé ainsi au par. 118 de mes motifs dans l'arrêt *Lafarge* la démarche analytique qu'il convient d'appliquer à l'analyse de l'applicabilité :

> La première étape consiste à préciser le « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale; c'est-à-dire, à déterminer en quoi consiste l'étendue immédiate de la compétence fédérale, et ensuite à déterminer si l'entreprise ou la matière fédérale en cause entre dans ce contenu essentiel. La deuxième étape consiste à déterminer si la loi provinciale contestée [. . .] touche d'une manière inacceptable un aspect vital du contenu essentiel de l'un ou l'autre des chefs de compétence fédérale, ce qui la rendrait de ce fait inapplicable à l'entreprise ou à la matière fédérale (voir l'arrêt *Bell Canada (1988)*; voir également Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-25 à 15-28, et Monahan, p. 123-126).

Thus, the first step is to identify the "core" of the federal head of power in issue, which here is "banking" under s. 91(15). I do not support a concept of the "core" that is overly restrictive; nor do I support

La première étape consiste donc à préciser le « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale en cause, soit, en l'espèce, la compétence sur les « banques » conférée par le par. 91(15). Je ne

a concept of the "core" that is defined too widely (para. 127 of my reasons in *Lafarge*). Ultimately, my view is that the extent of the "core" is very context specific; it depends on the federal head of power in question. For example, in *Lafarge*, I concluded that the federal power over navigation and shipping (s. 91(10)) is broad and comprehensive and as a result its core must be defined in a more global and comprehensive fashion (para. 131). While the federal power over "banking" in s. 91(15) has similarly been found to be quite extensive (see Hogg, at para. 24.2(a)), I do not think its core is so imprecise. Certainly, just because something is permitted by the *Bank Act* does not make it essential to the core of banking. What will be protected under the core from impermissible intrusions by the provinces are only those elements of federal jurisdiction which are "essential and vital" to the proper functioning of the federal undertaking or matter: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 955. After a thorough examination of the jurisprudence, the trial judge found that the lending of money, the taking of deposits, the extension of credit in the form of granting loans, as well as the taking of security for those loans were core elements of banking (paras. 129-30). I agree. When one considers these "essential" elements of the federal banking power, one is naturally drawn towards a consideration of the activities and operations performed by banks which are central to the reasons why they fall under federal jurisdiction. Thus, deposit taking and credit granting easily fall at the heart of this core set of operations and activities, since these activities constitute in many ways the *raison d'être* of banks. It is also possible to see these activities as part of the core of banking because this is so clearly and palpably the "domain" of banks as federal undertakings. The question thus becomes whether the particular matter in issue falls within this core.

préconise pas un concept du « contenu essentiel » trop restrictif, pas plus que je ne préconise un concept du « contenu essentiel » dont la définition est trop large (par. 127 de mes motifs dans *Lafarge*). En définitive, j'estime que l'étendue du « contenu essentiel » tient beaucoup au contexte; elle dépend du chef de compétence fédérale en question. Dans l'arrêt *Lafarge*, par exemple, j'ai conclu que la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires (par. 91(10)) a une vaste portée, et que son contenu essentiel doit donc être défini de façon plus globale et complète (par. 131). Bien que la compétence fédérale sur les « banques » conférée par le par. 91(15) ait également été considérée comme ayant une grande portée (voir Hogg, par. 24.2a)), je ne crois pas que son contenu essentiel soit aussi imprécis. Certes, ce n'est pas parce qu'une chose est permise par la *Loi sur les banques* qu'elle est essentielle aux opérations bancaires. Seuls les éléments de la compétence fédérale qui sont « vitaux ou essentiels » au bon fonctionnement de l'entreprise ou de la matière fédérale sont protégés contre les ingérences inacceptables des provinces : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 955. À l'issue d'un examen approfondi de la jurisprudence, le juge de première instance a conclu que le prêt d'argent, la réception de dépôts, l'octroi de crédit sous forme de prêts et la prise de sûretés à l'égard de ces prêts constituaient les éléments essentiels des opérations bancaires (par. 129-130). J'en conviens. L'étude des éléments « essentiels » de la compétence fédérale sur les banques nous porte naturellement à examiner les activités et opérations des banques qui sont au cœur des raisons pour lesquelles celles-ci relèvent de la compétence fédérale. Ainsi, la réception de dépôts et l'octroi de crédit, qui constituent à maints égards la raison d'être des banques, se situent sans contredit au centre de cet ensemble essentiel d'opérations et d'activités. On peut également considérer ces activités comme intrinsèques au contenu essentiel des opérations bancaires parce qu'il s'agit là clairement et manifestement du « domaine » des banques en tant qu'entreprises fédérales. La question devient donc de savoir si la matière particulière en cause s'inscrit dans ce contenu essentiel.

119 Here I endorse the characterization of the particular matter in issue as the promotion of authorized insurance. It may appear that I am focussing on a specific activity as opposed to a subject matter or jurisdiction — a position I criticized in *Lafarge* (para. 110). However, the problem with Justices Binnie and LeBel's analysis in *Lafarge* was that they focused on the Vancouver Port Authority's regulatory power over land-use planning *as exercised in a particular case by deciding to approve the Lafarge proposal.* The corresponding "prohibited" line of inquiry here would thus be a focus on the power of banks to promote the sale of authorized insurance products *as exercised in a particular factual context* (such as a specific manner in which the insurance is promoted, or a specific insurance product or type of insurance). Just as the particular activity of the Vancouver Port Authority approving the development was technically not relevant to the immunity analysis in *Lafarge*, the particular way in which the banks promote the authorized insurance products or the particular type of authorized insurance would not be relevant to the immunity analysis here. Thus, the particular subject matter or power at the heart of this interjurisdictional immunity analysis is the ability of the banks to promote the purchase of authorized insurance products, regardless of whether or how they actually exercise that power.

En l'espèce, je suis d'accord pour qualifier la matière particulière en cause de promotion d'assurance autorisée. Je peux sembler m'intéresser uniquement à une activité plutôt qu'à une matière ou à une compétence — un raisonnement que j'ai critiqué dans l'arrêt *Lafarge* (par. 110). Cependant, le problème que posait l'analyse des juges Binnie et LeBel dans *Lafarge* tenait au fait qu'ils avaient mis l'accent sur le pouvoir de l'Administration portuaire de Vancouver de réglementer l'utilisation des sols *tel qu'il avait été exercé dans un cas en particulier par la décision d'autoriser le projet Lafarge.* En l'espèce, le genre d'examen « interdit » correspondant serait donc axé sur le pouvoir des banques de faire la promotion de la vente de produits d'assurance autorisée *tel qu'exercé dans un contexte factuel particulier* (comme une façon particulière de faire la promotion d'une assurance, ou d'un produit ou du type d'assurance en particulier). Tout comme l'activité particulière de l'Administration portuaire de Vancouver qui a consisté à autoriser l'aménagement n'était pas techniquement pertinente à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans l'arrêt *Lafarge*, la façon particulière dont les banques font la promotion des produits d'assurance autorisée ou le type particulier d'assurance autorisée n'auraient, en l'espèce, aucune pertinence à l'égard de cette analyse. Ainsi, la matière ou la compétence qui se trouve au cœur de cette analyse de l'exclusivité des compétences est la capacité des banques de faire la promotion de l'achat de produits d'assurance autorisée, peu importe si elles exercent réellement ce pouvoir ou la manière de l'exercer.

120 In my view, the courts below were correct to conclude that the promotion of authorized insurance does not come within the "core" of banking. This is so for many reasons. First, the nature of the promotion of authorized insurance products renders it "one step removed" from generally-accepted "core" areas of banking identified above, to use the language of the trial judge (para. 164). While the granting of credit in exchange for collateral and the taking of "security" can be seen as being clearly at the core of the banking power (see *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); and *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General*

À mon avis, les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison de conclure que la promotion d'assurance autorisée n'entre pas dans le « contenu essentiel » de l'activité bancaire. Il en est ainsi pour plusieurs raisons. Premièrement, pour reprendre les termes du juge de première instance (par. 164), la promotion de produits d'assurance autorisée se situe de par sa nature [TRADUCTION] « à un pas » de ce qui est généralement reconnu comme relevant des domaines « essentiels » de l'activité bancaire mentionnés précédemment. L'octroi de crédit en contrepartie d'une garantie et la prise de « sûretés » peuvent être considérés comme faisant clairement partie du contenu essentiel de la compétence

for Canada, [1947] A.C. 503 (P.C.)), the promotion, sale or creation of insurance as collateral for the exercise of such security is not part of the core of the banking power. As recognized by the trial judge, at para. 118, insurance can never be "security". The insurance is rather the collateral created in relation to the granting of a bank loan. Thus, the provincial law in question cannot be interpreted as affecting the promotion of security, but rather the promotion of collateral (see the trial judge's reasons, at para. 121). The trial judge was therefore correct to disagree with the British Columbia Court of Appeal's position on this point in *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206.

Second, although not a determinative factor (because Parliament cannot, for constitutional purposes, determine the content of the core of a federal head of power), the structure and language of the federal statutory provisions which permit banks to engage in the promotion of insurance suggests that Parliament clearly intended to allow only a limited participation in the insurance industry, recognizing that such participation would in fact constitute an encroachment of banks into an area not traditionally associated with the core of "banking". In addition, the trial judge's review of extrinsic secondary source materials concerning Parliament's legislative intent in enacting the 1991 amendments to the *Bank Act* supports the notion that Parliament intended banks to promote insurance, not as an expansion of the core of the banking power, but rather as a limited exception to the general prohibition (paras. 75-84). Thus, Parliament appears to have drawn a clear distinction between the business of banking and the business of insurance.

sur les banques (voir *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); et *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.)). La promotion, la vente ou la création d'une assurance en tant qu'élément accessoire pour l'exercice d'une telle sûreté ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence sur les banques. Comme l'a reconnu le juge de première instance au par. 118, l'assurance ne pourra jamais constituer une « sûreté ». L'assurance constitue plutôt un élément accessoire à l'octroi d'un prêt bancaire. La loi provinciale en question ne doit donc pas être interprétée comme touchant la promotion de garanties, mais plutôt comme touchant la promotion d'un élément accessoire (voir les motifs du juge de première instance au par. 121). C'est donc à bon droit que le juge de première instance n'a pas retenu le point de vue qu'a exprimé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur ce point dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206.

121 Deuxièmement, bien qu'il ne s'agisse pas d'un facteur déterminant (parce que le Parlement ne peut, sur le plan constitutionnel, déterminer le contenu essentiel d'un champ de compétence fédérale), la structure et le libellé des dispositions législatives fédérales qui permettent aux banques de faire la promotion d'assurance indiquent que le Parlement a manifestement voulu n'autoriser qu'une participation limitée au commerce de l'assurance, reconnaissant que cette participation constituerait effectivement une ingérence des banques dans un domaine qui n'est pas traditionnellement associé au contenu essentiel des opérations des « banques ». De plus, l'examen par le juge de première instance des documents de référence secondaires extrinsèques concernant l'intention qu'avait le Parlement en adoptant les modifications à la *Loi sur les banques* de 1991 étaye l'idée que ce dernier voulait que les banques se livrent à la promotion d'assurance non pas à la faveur d'un élargissement du contenu essentiel de la compétence sur les banques, mais plutôt à titre d'exception limitée à l'interdiction générale (par. 75-84). Le Parlement semble donc avoir établi une nette distinction entre les opérations bancaires et le commerce d'assurance.

122 Third, the aim of promoting insurance yields another clue as to its exclusion from the core of the banking power. Matters that fall within the core of a federal head of power would normally be expected to have a purpose or goal which is consistent with the exercise of that head of power and consistent with its maintenance and use. Here, the promotion of insurance by the banks does not seek to permit the continued use and maintenance of the federal banking power; rather, the sole purpose of engaging in the promotion of insurance appears to be to generate additional revenue as a separate product line and profit centre, thereby maintaining and enhancing a bank's competitive edge in an economic world of "universal banking". I would also raise the fact that the insurance promoted is optional and can be cancelled at any time, as well as the fact that the overall impact of the promotion of insurance on the banks' portfolio risk is quite minimal, as further evidence that the matter does not come within the core of banking. Clearly, the promotion of authorized insurance is not part of the core of banking because it is not essential to the function of banking.

123 The analysis should not stop here, however, because the second step set out in *Lafarge* is to determine whether the impugned provincial law impermissibly affects a vital aspect of the federal core of the head of power, so as to render it inapplicable to the federal undertaking or matter. The benefit of such a two-step inquiry, rather than focussing almost exclusively on the question of whether a federal matter comes within the "core" to determine immunity, is that it promotes greater flexibility in assessing whether immunity should arise. Even if a matter is found to be essential to a federal undertaking, immunity from a provincial law will not arise unless its "affect" on the federal power is "sufficiently severe": the federal legislative authority needs to be "attacked", "hindered" or "restrained" (paras. 108 and 139 of my reasons in *Lafarge*). Because the promotion of insurance does not go to the core of banking, it is obvious that in the present case, Alberta's *Insurance Act* is not

Troisièmement, le but de la promotion d'assurance fournit un autre indice de son exclusion du contenu essentiel de la compétence sur les banques. On s'attendrait normalement à ce que les matières qui entrent dans le contenu essentiel d'un chef de compétence fédérale visent un but ou objectif compatible avec l'exercice de cette compétence, et avec son maintien et son utilisation. En l'espèce, la promotion d'assurance par les banques ne vise pas à permettre l'exercice et le maintien continus de la compétence fédérale sur les banques; elle semble plutôt avoir pour seul but de générer un revenu supplémentaire en tant que groupe de produits et centre de profit distincts, et de conserver et consolider ainsi l'avantage compétitif de la banque dans une économie « d'opérations bancaires universelles ». Comme preuve supplémentaire que la matière ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires, je signale le fait que l'assurance dont on fait la promotion est facultative et peut être annulée en tout temps, ainsi que le fait que l'incidence globale de la promotion d'assurance sur le risque du portefeuille de la banque est très minime. Manifestement, la promotion d'assurance autorisée ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires parce qu'elle n'est pas essentielle au fonctionnement des banques.

L'analyse ne devrait pas s'arrêter ici, cependant, puisque la deuxième étape énoncée dans l'arrêt *Lafarge* consiste à déterminer si la loi provinciale contestée touche d'une manière inacceptable un aspect vital du contenu fédéral essentiel du chef de compétence, ce qui la rend de ce fait inapplicable à l'entreprise ou matière fédérale. L'avantage d'un tel examen en deux volets tient au fait que l'examen, plutôt que de porter presque exclusivement sur la question de savoir si une matière fédérale entre dans le « contenu essentiel », laisse plus de latitude lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'application de la doctrine de l'exclusivité. Même si une matière est jugée essentielle à une entreprise fédérale, une loi provinciale ne sera mise à l'écart que si l'« effet » qu'elle produit sur la compétence fédérale est « suffisamment grave » : la compétence législative fédérale doit être « attaquée », « empêchée » ou « restreinte » (voir par. 108 et 139 de mes motifs dans *Lafarge*). La promotion d'assurance ne faisant pas

affecting in any important way the core of banking. If the promotion of insurance did go to the core of banking, a more in-depth analysis would have to be undertaken, as was done in *Lafarge* (see paras. 139-41), to determine the severity of the impact. Therefore, no immunity arises in the circumstances, and we can move on to the final consideration of operability.

2.3 *The Operability of the Provincial Law*

As noted above, the doctrine of paramountcy is triggered when there is "conflict" between a provincial law and a federal law, and this only *after* they have both been found valid and the provincial law found to be applicable. The meaning of "conflict" was disputed between the parties, but it is fairly clear in the jurisprudence. Conflict should be considered equivalent to "inconsistency" between the statutes, and inconsistency is generally present when Parliament's legislative purpose has been frustrated or displaced, either by making it impossible to comply with both statutes or through some other means notwithstanding the theoretical possibility of complying with both statutes: see *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at paras. 11-14; *Bank of Montreal v. Hall*, at pp. 151-55; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at para. 52, where Gonthier J. first excluded the application of the immunity doctrine in the context of that case because it "might lead to a bifurcation of the regulation and control of the legal profession in Canada". If there is conflict or inconsistency, the provincial law will be inoperable to the extent of the conflict or inconsistency, and the federal law will be paramount.

In this case, it is clear that there is no express conflict between the provincial and federal schemes concerning the promotion of insurance by banks and that on the face of the relevant statutory provisions involved, dual compliance with both schemes is possible and in fact is to be encouraged. This is

partie du contenu essentiel des opérations bancaires, il est évident qu'en l'espèce, l'*Insurance Act* de l'Alberta ne touche pas d'une façon importante le contenu essentiel des opérations bancaires. Si la promotion d'assurance faisait partie de ce contenu essentiel, il faudrait entreprendre un examen plus approfondi, comme dans l'arrêt *Lafarge* (voir par. 139-141), afin de déterminer l'importance de cette atteinte. Par conséquent, la doctrine de l'exclusivité ne joue pas dans les circonstances et nous pouvons passer à l'étape ultime de l'examen du caractère opérant.

2.3 *Le caractère opérant de la loi provinciale*

124 Comme je l'ai indiqué précédemment, la doctrine de la prépondérance fédérale entre en jeu lorsqu'il y a un « conflit » entre une loi provinciale et une loi fédérale, et ce, seulement *après* qu'elles ont toutes deux été déclarées valides et que la loi provinciale a été jugée applicable. Le sens du mot « conflit », que les parties ont débattu, est assez clair en jurisprudence. Le conflit devrait être considéré comme l'équivalent d'une « incompatibilité » entre les lois, et il y a généralement une incompatibilité lorsque la réalisation du but visé par le Parlement est entravée ou déplacée, soit parce qu'il devient impossible de respecter les deux lois, soit par d'autres moyens, malgré la possibilité théorique de se conformer aux deux lois en même temps : voir *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 11-14; *Banque de Montréal c. Hall*, p. 151-155; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52, où le juge Gonthier a d'abord écarté l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le contexte de cette affaire parce que celle-ci « pourrait mener à une division de la réglementation et du contrôle de la profession juridique au Canada ». S'il existe un conflit ou une incompatibilité, la loi provinciale sera inopérante dans la mesure de ce conflit ou de cette incompatibilité, et la loi fédérale prévaudra.

125 En l'espèce, il est clair qu'il n'y a aucun conflit explicite entre les régimes provincial et fédéral concernant la promotion d'assurance par les banques et que, à la lecture des dispositions législatives en cause, le respect des deux régimes est possible et doit même être encouragé. Cela

in large part due to the fact that the federal scheme is in fact permissive and empowering, rather than a complete regulatory code concerning the banks' ability to promote authorized forms of insurance. There is in fact virtually nothing in the *Bank Act* or in the regulations about the conduct of such promotion of insurance and how it is to be regulated and governed. The appellants were therefore in error to allege that this case is markedly different from the situation in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, where no conflict was found in light of the fact that the federal scheme in question was merely permissive and not exhaustive.

126 Nor is there any express or "operational" conflict between the federal prohibition on banks acting as an "agent" at s. 416(2) of the *Bank Act* and the requirement in the provincial legislation that banks promoting insurance must hold a "restricted insurance agent's certificate" at s. 454 of the *Insurance Act*. As noted by the trial judge at para. 202, there is no definition of "agent" in the federal legislation. This implies that the narrow common-law meaning of "agent" as a person acting with the authority to bind his or her principal must have been intended. In contrast, the term "agent" in s. 1(bb) of the provincial law has a much wider and expansive meaning and includes a person who merely "solicits" or promotes insurance on behalf of an insurer, an insured or a potential insured. Thus, it is technically possible to be an "agent" for the purposes of compliance with the provincial *Insurance Act*, while not being an "agent" for the purposes of compliance with the federal *Bank Act*.

127 Finally, there is no evidence here that the application of the provincial law to the banks' promotion of authorized insurance products would frustrate Parliament's legislative intent in allowing banks to engage in this activity. There is nothing to indicate that Parliament enacted the legislative amendments to the *Bank Act* with the intent that the promotion of

s'explique en grande partie par le fait que, plutôt que de constituer un code de réglementation exhaustif sur la capacité des banques de faire la promotion de types d'assurance autorisée, le régime fédéral est permissif et habilitant. Il n'y a effectivement presque rien dans la *Loi sur les banques* ou dans les règlements qui traite de la manière dont cette promotion doit être faite, ni de la façon dont elle doit être réglementée et régie. Les appelantes ont donc eu tort de prétendre que la présente affaire diffère profondément de la situation que l'on trouvait dans l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, où l'on a conclu à l'absence de conflit parce que le régime fédéral en question était simplement permissif et non exhaustif.

Il n'y a pas non plus de conflit explicite ou « d'application » entre l'interdiction fédérale, contenue au par. 416(2) de la *Loi sur les banques*, faite aux banques d'agir à titre d'« agents », et l'exigence provinciale, énoncée à l'art. 454 de l'*Insurance Act*, voulant que les banques qui font la promotion d'assurance soient titulaires d'un [TRADUCTION] « certificat restreint d'agent d'assurance ». Comme l'a fait observer le juge de première instance au par. 202, la loi fédérale ne donne aucune définition du terme « agent ». Cela suppose qu'on a dû vouloir attribuer à ce terme le sens restreint que lui donne la common law, soit celui d'une personne qui a le pouvoir d'engager son mandant. Par contre, le terme « agent » figurant à l'al. 1(bb) de la loi provinciale a un sens beaucoup plus large et extensif, et englobe une personne qui se contente de [TRADUCTION] « solliciter » de l'assurance ou d'en faire la promotion pour le compte d'un assureur, d'un assuré ou d'un assuré éventuel. Il est donc techniquement possible d'être un « agent » au sens de l'*Insurance Act* provinciale sans être un « agent » pour le besoin de l'application de la *Loi sur les banques* fédérale.

Finalement, il n'existe en l'espèce aucun élément de preuve établissant que l'application de la loi provinciale à la promotion par les banques de produits d'assurance autorisée entraverait l'intention qu'avait le Parlement en permettant à ces dernières de se livrer à cette activité. Rien n'indique que le Parlement a modifié la *Loi sur les banques*

authorized insurance products should be immune from provincial regulation. In fact, what little evidence there is concerning Parliament's intent with respect to the applicability of provincial law tends to support the opposite conclusion. The evidence discloses specific instances of Parliamentary committees and reports explicitly recommending that the banks' promotion of authorized insurance products continues to be subject to valid provincial regulatory regimes (see paras. 80-82 of trial reasons).

Overall, the application of the provincial law in this case would not frustrate Parliament's legislative intent in enacting the amendments to the *Bank Act* and the associated regulations, because the aim of those amendments was to permit the banks to engage in the promotion of authorized insurance products and to spell out the types of products which could be validly promoted, not to set out the precise manner in which the promotion of insurance would be governed and regulated. Conversely, the aim of the provincial legislation is to provide a regulatory scheme for the promotion of insurance, but not to exercise any control over the kinds of insurance that banks may promote, or the extent to which they may do so, thereby maintaining the integrity of Parliament's legislative purpose. The interaction between the two statutory schemes is therefore one of harmony and complementarity, rather than frustration or displacement of legislative purpose.

3. Conclusion

For all of the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the negative.

APPENDIX

Bank Act, S.C. 1991, c. 46

409. (1) Subject to this Act, a bank shall not engage in or carry on any business other than the business of banking and such business generally as appertains thereto.

avec l'intention que la promotion de produits d'assurance autorisée soit soustraite à la réglementation provinciale. À vrai dire, le peu de preuve dont on dispose à l'égard de l'intention du Parlement en ce qui concerne l'applicabilité de la loi provinciale tend à étayer la conclusion contraire. La preuve révèle des cas précis dans lesquels des comités et des rapports parlementaires ont recommandé expressément que la promotion par les banques de produits d'assurance autorisée continue d'être assujettie aux régimes de réglementation provinciaux valides (voir par. 80-82 des motifs du juge de première instance).

128 Dans l'ensemble, l'application de la loi provinciale en l'espèce n'irait pas à l'encontre de l'intention qu'avait le Parlement en adoptant les modifications apportées à la *Loi sur les banques* et à ses règlements, puisque ces modifications visaient à permettre aux banques de se livrer à la promotion de produits d'assurance autorisée et à préciser les types de produits dont on pouvait valablement faire la promotion, et non à énoncer la manière précise dont la promotion d'assurance allait être régie et réglementée. À l'inverse, la loi provinciale vise à mettre en place un mécanisme de réglementation applicable à la promotion d'assurance, et non à exercer un contrôle sur les types d'assurance dont les banques peuvent faire la promotion, ou sur la mesure dans laquelle elles peuvent le faire, respectant ainsi l'intégrité de l'objectif poursuivi par le Parlement. L'interaction entre les deux régimes législatifs est donc une affaire d'harmonie et de complémentarité plutôt que d'entrave ou de déplacement de l'objectif législatif.

3. Conclusion

129 Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux questions constitutionnelles.

ANNEXE

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46

409. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'activité de la banque doit se rattacher aux opérations bancaires.

(2) For greater certainty, the business of banking includes

(*a*) providing any financial service;

. . .

416. (1) A bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations.

(2) A bank shall not act in Canada as agent for any person in the placing of insurance and shall not lease or provide space in any branch in Canada of the bank to any person engaged in the placing of insurance.

. . .

(4) Nothing in this section precludes a bank from

(*a*) requiring insurance to be placed by a borrower for the security of the bank; or

(*b*) obtaining group insurance for its employees or the employees of any bodies corporate in which it has a substantial investment pursuant to section 468.

Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations SOR/92-330

2. In these Regulations,

. . .

"authorized type of insurance" means:

(*a*) credit or charge card-related insurance,

(*b*) creditors' disability insurance,

(*c*) creditors' life insurance,

(*d*) creditors' loss of employment insurance,

(*e*) creditors' vehicle inventory insurance,

(*f*) export credit insurance,

(*g*) mortgage insurance, or

(*h*) travel insurance;

Insurance Act, R.S.A. 2000, c. I-3

1 In this Act,

. . .

(2) Sont notamment considérés comme des opérations bancaires :

a) la prestation de services financiers;

. . .

416. (1) Il est interdit à la banque de se livrer au commerce de l'assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements.

(2) Il est interdit à la banque d'agir au Canada à titre d'agent pour la souscription d'assurance et de louer ou fournir des locaux dans ses succursales au Canada à une personne se livrant au commerce de l'assurance.

. . .

(4) Le présent article n'empêche toutefois pas la banque de faire souscrire par un emprunteur une assurance à son profit, ni d'obtenir une assurance collective pour ses employés ou ceux des personnes morales dans lesquelles elle a un intérêt de groupe financier en vertu de l'article 468.

Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires), DORS/92-330

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

. . .

« assurance autorisée » Assurance de l'un des types suivants :

a) assurance carte de crédit ou de paiement;

b) assurance-invalidité de crédit;

c) assurance-vie de crédit;

d) assurance crédit en cas de perte d'emploi;

e) assurance crédit pour stocks de véhicules;

f) assurance crédit des exportateurs;

g) assurance hypothèque;

h) assurance voyage.

Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. I-3

[TRADUCTION]

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

(n) "deposit-taking institution" means

(i) Alberta Treasury Branches or a bank, credit union, loan corporation or trust corporation . . .

. . .

(bb) "insurance agent" means a person who, for compensation,

(i) solicits insurance on behalf of an insurer, insured or potential insured,

. . .

454(1) The Minister may issue a restricted insurance agent's certificate of authority to a business

(a) that is a deposit-taking institution . . .

. . .

(2) A restricted insurance agent's certificate of authority authorizes the holder and the holder's employees to act or offer to act, subject to prescribed conditions and restrictions, as an insurance agent in respect of classes or types of insurance specified by the Minister.

468(1) The Minister may refuse to issue an applicant's new certificate of authority if the requirements of this Act and the regulations relating to the certificate have not been met.

. . .

482 A decision of the Minister under this Part to refuse to issue, renew or reinstate a certificate of authority, to impose terms and conditions on a certificate of authority, to revoke or suspend a certificate of authority or to impose a penalty on the holder or former holder of a certificate of authority may be appealed in accordance with the regulations.

Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001

[Information provided by consumer]

12(1) The holder of a restricted certificate

n) « institution de dépôt » Selon le cas,

(i) l'Alberta Treasury Branch, une banque, une caisse populaire, une société de prêt ou de fiducie . . .

. . .

bb) « agent d'assurance » Personne qui, contre rémunération,

(i) sollicite de l'assurance pour le compte d'un assureur, d'un assuré ou d'un assuré éventuel,

. . .

454(1) Le ministre peut délivrer un certificat restreint d'agent d'assurance aux entreprises suivantes :

a) une institution de dépôt,

. . .

(2) Un certificat restreint d'agent d'assurance autorise son titulaire et ses employés d'agir ou d'offrir d'agir, sous réserve des conditions et restrictions réglementaires, comme agent d'assurance relativement aux catégories ou aux types d'assurance précisés par le ministre.

468(1) Le ministre peut refuser de délivrer un certificat si les exigences prévues par la présente loi et la réglementation relatives au certificat ne sont pas respectées.

. . .

482 Il peut être interjeté appel, conformément au règlement, d'une décision du ministre rendue en vertu de la présente partie de refuser de délivrer, de renouveler ou de rétablir un certificat, d'assortir un certificat de conditions ou modalités, de révoquer ou de suspendre un certificat ou d'imposer une sanction à un titulaire ou un ancien titulaire d'un certificat.

Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001

[TRADUCTION]

[Information fournie par le consommateur]

12(1) Il est interdit au titulaire d'un certificat restreint

(a) may not use personal information given by a person buying insurance unless it is used for the purpose for which it is given and the person signs a consent that meets the requirements of subsection (2), and

(b) may not release the information described in clause (a) to someone who is not an employee of the holder unless the person signs a consent that meets the requirements of subsection (3).

. . .

[Insurance application]

14(1) When a holder of a restricted certificate negotiates or enters into a transaction with a person for credit-related insurance at the same time as a credit arrangement is being negotiated or entered into with the person, the holder must provide the person with a separate application for the insurance coverage.

(2) A holder of a restricted certificate must, on request, provide a person making an application for insurance with a copy of the completed insurance application.

[Disclosure]

15(1) A holder of a restricted certificate, at the time the person applies for insurance coverage, must

(a) provide to a person buying insurance

(i) a summary of the terms, including limitations and restrictions, of the insurance offered, and

(ii) a summary of the circumstances under which the insurance commences or terminates and the procedures to follow in making a claim,

and

(b) notify a person buying insurance that the policy will be sent to the person, or in the case of a contract of group insurance, a certificate will be sent to the person.

(2) A holder of a restricted certificate who is marketing credit-related insurance, at the time of application for insurance coverage

(a) must provide to a person buying insurance

a) d'utiliser des renseignements personnels fournis par une personne qui achète une assurance, si ce n'est pour les besoins auxquels les renseignements sont fournis et si la personne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (2);

b) de communiquer les renseignements visés à l'alinéa (a) à un tiers qui n'est pas son employé à moins que la personne qui achète une assurance ne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (3).

. . .

[Demande d'assurance]

14(1) Le titulaire d'un certificat restreint qui négocie ou conclut avec une personne un contrat d'assurance-crédit en même temps que celle-ci négocie ou conclut un contrat de crédit lui fait remplir une demande distincte pour la couverture d'assurance.

(2) Le titulaire d'un certificat restreint fournit sur demande à la personne qui présente une demande d'assurance une copie de cette demande d'assurance.

[Information et notification]

15(1) Au moment où une personne présente une demande d'assurance, le titulaire d'un certificat restreint

a) lui fournit

(i) un résumé des modalités de l'assurance proposée, y compris les limites et les restrictions;

(ii) un résumé des modalités régissant l'entrée en vigueur et la cessation de l'assurance et la procédure à suivre pour présenter une demande d'indemnité;

b) notifie à la personne qui achète une assurance que la police lui sera envoyée ou, dans le cas d'une assurance collective, qu'un certificat lui sera envoyé.

(2) Au moment d'une demande d'assurance, le titulaire d'un certificat restreint qui fait la promotion de l'assurance-crédit

a) fournit à la personne qui achète une assurance

(i) a statement that sets out the right to rescind the insurance contract and obtain a full refund of the premium pursuant to section 18, and

(ii) a statement that the duration of the insurance is less than the term of the amortization period of any related loan, or that the amount of the insurance is less than the indebtedness, if that is the case,

and

(b) must inform a person buying insurance that the person may contact the insurer for further information or clarification, the name of the insurer that is providing the insurance and how that insurer may be contacted.

(3) The insurer on behalf of which the holder of the restricted certificate is marketing insurance must ensure that procedures are in place to effect the requirements of this section.

(4) Where a holder of a restricted certificate receives any compensation, inducement or benefit from an insurer, directly or indirectly, for selling insurance, the holder of a restricted certificate must disclose that fact to any person who is considering buying insurance from that holder.

[Loan offers]

16(1) A holder of a restricted certificate may not, when offering to make a loan to, or arrange a loan for, a person, inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance before the loan can be made.

(2) Despite subsection (1), a holder of a restricted certificate may, when offering to make a loan to, or arrange a loan for, a person, inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance if the insurance is to protect the lender against default of the borrower and the insurance is from an insurer licensed to do business in Alberta.

(3) For the purpose of subsection (2), a holder of a restricted certificate may not inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance from the holder or an insurer or insurance agent, specified by the holder.

[Information certificate]

17 A holder of a restricted certificate must

(i) une déclaration faisant état du droit de celle-ci de résilier le contrat d'assurance et d'obtenir le remboursement intégral de la prime conformément à l'article 18,

(ii) une déclaration indiquant, si tel est le cas, que la durée de l'assurance est plus courte que la période d'amortissement de tout prêt connexe, ou que le montant de l'assurance est inférieur à l'endettement,

b) informe la personne qui achète une assurance qu'elle peut communiquer avec l'assureur pour obtenir plus de renseignements ou des précisions et lui fournit le nom de l'assureur, en indiquant la façon de communiquer avec ce dernier.

(3) L'assureur dont le titulaire d'un certificat restreint offre les produits d'assurance s'assure que les procédures permettant de satisfaire aux exigences du présent article sont en place.

(4) Le titulaire d'un certificat restreint qui reçoit d'un assureur, directement ou indirectement, une rémunération, un paiement incitatif ou un avantage pour la vente d'assurance doit informer de ce fait toute personne qui envisage l'achat d'une assurance auprès de lui.

[Offres de prêt]

16(1) Lorsqu'il offre de consentir un prêt à une personne ou de prendre des arrangements en vue de lui obtenir un prêt, le titulaire d'un certificat restreint ne peut, avant que le prêt soit accordé, dire à cette personne qu'elle doit acheter une assurance ni exiger qu'elle achète une assurance.

(2) Malgré le paragraphe (1), lorsqu'il offre de consentir un prêt à une personne, ou de prendre des arrangements en vue de lui obtenir un prêt, le titulaire d'un certificat restreint peut dire à cette personne qu'elle doit acheter une assurance, ou exiger que cette personne achète une assurance, si cette assurance vise à protéger le prêteur contre le défaut de l'emprunteur et est offerte par un assureur autorisé à faire affaires en Alberta.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), le titulaire d'un certificat restreint ne peut dire à la personne qu'elle doit acheter une assurance, ni exiger qu'elle achète une assurance, auprès de lui ou auprès d'un assureur ou d'un agent d'assurance qu'il désigne.

[Attestation de la communication de l'information]

17 Le titulaire d'un certificat restreint s'assure

(a) ensure that purchasers or potential purchasers of insurance are informed that they are contracting or considering contracting with an insurer and not with the holder, and

(b) ensure that written documentation is provided to the purchaser of insurance evidencing the insurance and setting out the information required to be disclosed by clause (a) and section 15(1)(b) within 30 days of the insurance coming into force.

[Right of rescission]

18(1) A person who buys life insurance through the holder of a restricted certificate has 10 days, or any longer period specified in the policy or certificate, after receiving the written documentation referred to in section 17 to rescind the insurance.

(2) A person who rescinds insurance in accordance with subsection (1) is entitled to receive from the insurer a refund of the whole premium that has been paid.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

a) que les acheteurs ou les acheteurs éventuels d'une assurance sont informés qu'ils achètent ou envisagent d'acheter une assurance d'un assureur et non du titulaire;

b) que l'acheteur d'une assurance obtient, dans les trente (30) jours de l'entrée en vigueur de l'assurance, les documents attestant la couverture d'assurance et faisant état des renseignements dont la communication est exigée à l'alinéa a) et à l'alinéa 15(1)b).

[Droit de résiliation]

18(1) La personne qui achète une assurance-vie par l'entremise du titulaire d'un certificat restreint peut résilier le contrat d'assurance dans les dix (10) jours — ou dans la période plus longue prévue dans la police ou le certificat — après avoir reçu les documents visés à l'article 17.

(2) La personne qui résilie le contrat d'assurance conformément au paragraphe (1) a droit au remboursement intégral de la prime versée pour cette assurance.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Alberta Insurance Council: Emery Jamieson, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Financial Advisors Association of Canada: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners AIG Life Insurance Company of Canada et al.: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Alberta Insurance Council : Emery Jamieson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseillers en finance du Canada : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenantes Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada et autres : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Attorney General of British Columbia *Appellant*

v.

Lafarge Canada Inc. and Vancouver Port Authority *Respondents*

and

Burrardview Neighbourhood Association and City of Vancouver *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick and Attorney General of Alberta *Interveners*

Procureur général de la Colombie-Britannique *Appelant*

c.

Lafarge Canada Inc. et Administration portuaire de Vancouver *Intimées*

et

Burrardview Neighbourhood Association et Ville de Vancouver *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick et procureur général de l'Alberta *Intervenants*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) *v.* LAFARGE CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 23.

File No.: 30317.

2005: November 8; 2007: May 31.

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

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* LAFARGE CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 23.

N° du greffe : 30317.

2005 : 8 novembre; 2007 : 31 mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Public property — Interjurisdictional immunity — Company seeking to build integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable — Whether interjurisdictional immunity extends to all federally controlled property — Constitution Act, 1867, s. 91(1A).

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Company seeking to build

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété publique — Exclusivité des compétences — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable? — L'exclusivité des compétences s'applique-t-elle à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(1A).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Société cherchant

integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable in view of Parliament's jurisdiction over "navigation and shipping" — Whether land use jurisdiction asserted by federal undertaking attracting interjurisdictional immunity — Whether requirements of federal paramountcy doctrine satisfied — Constitution Act, 1867, s. 91(10).

Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Scope.

Lafarge Canada Inc. wished to build an integrated ship offloading/concrete batching facility on waterfront lands owned by the Vancouver Port Authority ("VPA"), a federal undertaking constituted pursuant to the 1998 *Canada Marine Act*. The City of Vancouver, which proposed certain modifications, and the VPA approved the project in principle, but a group of ratepayers opposed it and filed an application in the British Columbia Supreme Court, arguing that the City had declined to exercise jurisdiction over the lands and ought to have insisted that Lafarge obtain a City development permit. The VPA replied that no City permit was necessary because VPA lands enjoy interjurisdictional immunity as "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, or because the management of those lands is vital to the VPA's "federal undertaking" pursuant to the federal s. 91(10) jurisdiction over "navigation and shipping". In the alternative, the VPA contended that there was an operational conflict and that, according to the doctrine of federal paramountcy, the conflict must be resolved in favour of federal jurisdiction. The chambers judge granted the ratepayers' application and declared that the VPA lacked jurisdiction to approve the project. The Court of Appeal set aside the decision, finding that VPA lands are "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867* and declaring the City's zoning and development by-law to be inapplicable to the proposed development.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: This case should be decided on the basis of federal paramountcy, not interjurisdictional immunity. As explained in *Canadian Western Bank v. Alberta*,

à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable du fait de la compétence du Parlement sur « la navigation et les bâtiments ou navires »? — La compétence en matière d'utilisation des sols que s'attribue l'entreprise fédérale fait-elle intervenir l'exclusivité des compétences? — A-t-il été satisfait aux exigences de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Portée.

Lafarge Canada Inc. souhaitait construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur un terrain situé sur le front de mer et appartenant à l'Administration portuaire de Vancouver (« APV »), une entreprise fédérale constituée en vertu de la *Loi maritime du Canada* de 1998. La ville de Vancouver, qui a proposé certaines modifications au projet, ainsi que l'APV, ont donné leur approbation de principe au projet, mais un groupe de contribuables s'y est opposé et a présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une requête plaidant que la ville avait refusé d'exercer sa compétence à l'égard des terrains et qu'elle aurait dû insister pour que Lafarge obtienne un permis d'aménagement municipal. L'APV a répondu qu'aucun permis municipal n'était nécessaire parce que ses terrains bénéficiaient de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, s'agissant d'une « propriété publique » fédérale au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou parce que la gestion de ces terrains est essentielle à « l'entreprise fédérale » de l'APV relevant de la compétence fédérale en matière de « navigation et bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10). Subsidiairement, l'APV a plaidé qu'il existait un conflit d'application qui devait, conformément à la doctrine de la prépondérance fédérale, être résolu en faveur de la compétence fédérale. Le juge en chambre a accueilli la demande des contribuables et a déclaré que l'APV n'avait pas compétence pour approuver le projet. La Cour d'appel a annulé cette décision, a conclu que les terrains de l'APV étaient une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et a déclaré que le règlement de zonage et d'aménagement de la ville ne s'appliquait pas aux installations projetées.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron : La présente affaire devrait être tranchée suivant la doctrine de la prépondérance fédérale et non suivant celle de l'exclusivité des compétences. Selon *Banque*

released concurrently, the doctrine of interjurisdictional immunity should generally not be applied where the legislative subject matter presents a double aspect and both federal and provincial authorities have a compelling interest. Were there to be no valid federal land use planning controls applicable to the site, federalism does not require a regulatory vacuum, which would be the consequence of interjurisdictional immunity. The matter at issue here — the development of waterfront lands — could potentially fall under either provincial or federal jurisdiction, depending on the ownership of the lands and on the use to which it is proposed that they be put. Waterfront lands do not cease to be "within the province" by reason of their potential use for federally regulated activities, but the federal power will be paramount to the provincial power where valid federal and provincial laws are applicable to different aspects of the proposed use and come into operational conflict. [4] [37] [43]

The *Canada Marine Act* is a federal law that in pith and substance relates both to the management of "public property" and to "navigation and shipping". Section 91(1A) of the *Constitution Act, 1867* does not extend interjurisdictional immunity to all federally controlled property. Absent an agency relationship, public property must encompass some element of ownership by Canada in order to receive constitutional immunity from provincial land use regulations. The federal Crown has no proprietary interest in the subject land. The VPA's letters patent indicate that the lands Lafarge proposes to lease from the VPA for its project are Schedule C lands. Under the *Canada Marine Act*, Schedule C lands are owned by the VPA, not by the Crown, and it is expressly provided that the VPA is not an agent of Canada in relation to those lands. Since s. 91(1A) creates an immunity based on a proprietary interest, Schedule C lands are not "public property" of the federal Crown and do not therefore fall within the scope of s. 91(1A). To impute s. 91(1A) status to the Schedule C lands and thereby subject the lands to a Crown regime which the denial of Crown agent status was designed to avoid, would be inconsistent with Parliament's intent. [48] [53] [56] [60] [72]

Nor does interjurisdictional immunity apply to every element of an undertaking that has been incorporated federally or is subject to federal regulation; it is restricted to "essential and vital elements" of the undertaking. There

canadienne de l'Ouest c. Alberta, dont les motifs sont déposés simultanément, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait généralement pas être appliquée lorsque la matière législative présente un double aspect et que les autorités, tant fédérale que provinciale, ont toutes deux un intérêt impérieux. En l'absence de mesures fédérales de contrôle de l'utilisation des sols valides et applicables à ces terrains, le fédéralisme ne commande pas un vide réglementaire, un résultat qu'entraînerait l'exclusivité des compétences. La matière en cause en l'espèce — l'aménagement des terrains du front de mer — pourrait potentiellement relever de la compétence provinciale ou fédérale, selon la propriété et l'utilisation que l'on se propose de faire du terrain. Les terrains du front de mer ne cessent pas d'être « dans la province » parce qu'ils peuvent éventuellement servir à des activités assujetties à la réglementation fédérale, mais la compétence fédérale prévaudra sur la compétence provinciale dans les cas où des lois valides, l'une fédérale et l'autre provinciale, s'appliquent à différents aspects de l'utilisation projetée et donnent lieu à un conflit d'application. [4] [37] [43]

La *Loi maritime du Canada* est une loi fédérale qui, en raison de son caractère véritable, se rapporte tant à la gestion d'une « propriété publique » qu'à « la navigation et les bâtiments ou navires ». Le paragraphe 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'étend pas l'application de l'exclusivité des compétences à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise. En l'absence d'une relation de mandataire, la propriété publique doit comprendre un élément de propriété fédérale afin de bénéficier de l'immunité constitutionnelle à l'égard des règlements provinciaux relatifs à l'utilisation des sols. L'État fédéral n'a aucun intérêt propriétal sur les terrains en question. Selon les lettres patentes de l'APV, les terrains que Lafarge propose de louer de l'APV pour son projet sont décrits à l'annexe C. Aux termes de la *Loi maritime du Canada*, les terrains décrits à l'annexe C appartiennent à l'APV et non à l'État, et il est prévu expressément que l'APV n'est pas un mandataire de l'État pour les besoins de la gestion de ces terrains. Puisque le par. 91(1A) crée une immunité fondée sur un intérêt propriétal, les terres de l'annexe C ne sont pas la « propriété publique » de l'État fédéral et ne sont donc pas visées au par. 91(1A). L'attribution aux terres décrites à l'annexe C du statut prévu au par. 91(1A) et leur assujettissement par le fait même à un régime fédéral auquel le statut de non-mandataire de l'État devait permettre d'échapper serait contraire à l'objectif législatif du Parlement. [48] [53] [56] [60] [72]

L'exclusivité des compétences ne s'applique pas non plus à chaque élément d'une entreprise constituée en société sous le régime d'une loi fédérale ou assujettie à la réglementation fédérale; son application est limitée aux

is no explicit federal jurisdiction over "port lands". The VPA's authority must therefore be derived from the federal power over "navigation and shipping" under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. This power may bring within federal jurisdiction a matter otherwise subject to provincial jurisdiction if that matter is "closely integrated" with shipping or navigation. Here, the *Canada Marine Act*'s land use controls reach beyond Crown property to embrace uses that are "closely integrated" with shipping and navigation. This covers the Lafarge project, which has from the outset been conceived of by both the City and the VPA as an integrated transportation/mixing facility in which the marine transportation aspect dominates. The port is not a federal enclave. VPA lands are held and leased for a variety of activities. Authorizing the construction of a cement mixing facility on these port lands does not fall within the VPA's core or vital functions. On the facts of this case, it is rather an activity incidental to shipping. In the absence of valid and applicable federal regulatory land use controls there would be no regulatory vacuum on the land at issue. Provincial land use controls would apply. The federal arguments in favour of interjurisdictional immunity are therefore rejected. [42] [65-66] [68] [72-73]

The preconditions of federal paramountcy are met, however, and the ratepayers' application should be dismissed on that ground. First, there is a valid and applicable federal law, namely the *Canada Marine Act*. Its land use plan and policies and procedures must be construed in light of the scope of the federal power. The only source of federal power relevant to the Lafarge project lands is the navigation and shipping power. The whole of the Lafarge project on the VPA's Schedule C lands is sufficiently "integrated" into the ship/barge unloading facility to make federal law applicable to all aspects of it. Second, there is a valid and applicable provincial law. The City's zoning and development by-law is a valid expression of provincially authorized legislative power. The land use controls are laws of general application that are not aimed at navigation and shipping. Third, these two valid laws are incapable of simultaneous enforcement: there is an operational conflict in this case because a judge could not have given effect to both the federal law and the municipal law. The record confirms areas of conflict relating to a height restriction, and to noise and pollution standards. To apply the relevant municipal law in these areas would frustrate

« éléments essentiels ou vitaux » de l'entreprise. Aucune compétence fédérale n'est expressément prévue en matière de « terrains portuaires ». L'autorité législative de l'APV doit donc découler de la compétence fédérale sur « la navigation et les bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette autorité peut assujettir à la compétence fédérale une matière par ailleurs assujettie à la compétence provinciale si elle est « intégrée étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. En l'espèce, les mesures de contrôle de l'utilisation des sols prises aux termes de la *Loi maritime du Canada* vont au-delà des biens de l'État afin d'englober des utilisations « intégrées étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. Leur portée couvre le projet Lafarge que la ville et l'APV envisagent depuis le début comme une installation intégrant des services de transport et de malaxage dans laquelle le transport maritime constitue un aspect dominant. Le port n'est pas une enclave fédérale. L'APV possède et loue des terrains utilisés pour diverses activités. Autoriser la construction d'une centrale à béton sur ces terrains portuaires ne relève pas des fonctions essentielles ou vitales de l'APV. En l'espèce, l'autorisation s'inscrit plutôt dans une entreprise accessoire au transport maritime. L'absence de mesures valides et applicables de réglementation fédérale de l'utilisation des sols ne placerait pas les terrains en cause dans un vide réglementaire. Les mesures provinciales de contrôle de l'utilisation des sols seraient alors applicables. Les arguments du gouvernement fédéral en faveur de l'exclusivité des compétences sont donc rejetés. [42] [65-66] [68] [72-73]

Cependant, les conditions préalables à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale sont respectées et la demande des contribuables devrait être rejetée pour ce motif. Premièrement, il existe un texte législatif fédéral valide et applicable, soit la *Loi maritime du Canada*. Le plan d'utilisation des sols comme les politiques et procédures autorisées par cette loi doivent être interprétés en fonction de l'étendue de la compétence fédérale. La compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires est la seule source de compétence fédérale reliée aux terrains affectés au projet Lafarge. L'ensemble du projet Lafarge devant être réalisé sur les terrains de l'APV décrits à l'annexe C est suffisamment « intégré » à l'installation de déchargement des navires et des barges pour que la réglementation fédérale s'applique à tous ses aspects. Deuxièmement, il existe un texte législatif provincial valide et applicable. Le règlement de zonage et d'aménagement municipal constitue l'exercice valide d'un pouvoir législatif autorisé par la province. Les mesures de contrôle de l'utilisation des sols constituent des textes législatifs d'application générale qui n'ont pas pour objet la navigation et les bâtiments ou navires. Troisièmement, les deux textes

the federal purpose by depriving the VPA of its final decisional authority on the development of a project that both the City and the VPA have considered to be primarily shipping-related in respect of matters that fall within the legislative authority of Parliament. [75] [77-81] [85]

Per Bastarache J.: The appeal should be dismissed solely on a proper application of the doctrine of interjurisdictional immunity in the context of Parliament's power over navigation and shipping. Although this doctrine has been criticized, its critics have not successfully demonstrated why it should be abandoned. Without it, there would be no remedy permitting a provincial law to be read down in such a way as to be inapplicable to a federal matter while continuing to be applicable to other, non-federal matters. There would also be no way to prevent the improper application of an otherwise valid provincial law to a federal matter in situations where there is no competing federal law. [93] [103] [107]

The doctrine of interjurisdictional immunity is about jurisdiction: what matters is whether a valid provincial law "affects" the core of a federal head of legislative power. The test for immunity should therefore be focussed not on a specific activity or operation and on whether that activity or operation is immune from the provincial law; rather, its focus should be on whether the federal power in question is immune from the application of the provincial law. Because of this focus on jurisdiction rather than on an action, there need not be any federal legislation or executive action "occupying the field" for federal immunity to be triggered in an area under federal legislative authority. The mere fact that a provincial law or a municipal by-law "affects" a vital part of an area under exclusive federal jurisdiction is enough to render it inapplicable to a federal undertaking. The meaning of the word "affects" should not be interpreted as requiring complete paralysis of the core of the federal power or the operations of the undertaking; rather, to trigger immunity, the impact of the application of the provincial law must be sufficiently severe and serious. [109-110] [139]

législatifs valides ne sont pas susceptibles d'application simultanée : il existe en l'espèce un conflit d'application parce qu'un juge n'aurait pas pu appliquer à la fois la loi fédérale et le règlement municipal. Le dossier confirme la présence de zones de conflit pour ce qui est de la limite de hauteur ainsi que des normes relatives au bruit et à la pollution. L'application du règlement municipal dans ces matières entraverait la réalisation de l'objectif fédéral en privant l'APV de son pouvoir de décision définitive sur la mise en œuvre d'un projet que la ville et l'APV ont toutes deux considéré comme principalement relié au transport maritime relativement à des matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement. [75] [77-81] [85]

Le juge Bastarache : Le pourvoi doit être rejeté uniquement en appliquant comme il se doit la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le contexte de la compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Même si cette doctrine a été critiquée, ses opposants n'ont pas réussi à démontrer pourquoi il faudrait y renoncer. Sans elle, il n'y aurait aucun moyen d'atténuer une loi provinciale de façon à ce qu'elle devienne inapplicable à une matière fédérale tout en préservant son applicabilité aux autres matières qui ne relèvent pas de la compétence fédérale. De même, rien ne permettrait d'empêcher l'application non autorisée d'une loi provinciale par ailleurs valide à une matière fédérale dans des situations où il n'existe aucune loi fédérale incompatible. [93] [103] [107]

La doctrine de l'exclusivité des compétences porte sur la compétence : l'important est de savoir si une loi provinciale « touche » le contenu essentiel d'un chef de compétence législative fédérale. Le critère qui détermine l'exclusivité des compétences ne devrait donc pas insister sur l'activité ou sur l'exploitation précise qui est en cause et sur la question de savoir si cette activité ou utilisation échappe au règlement municipal, mais plutôt sur celle de savoir si la compétence fédérale en cause échappe à l'application de la loi provinciale. Vu l'importance accordée à la compétence plutôt qu'à la mesure, il n'est pas nécessaire qu'une mesure législative ou exécutive fédérale « occupe le champ » pour que l'immunité s'applique à un domaine de compétence législative fédérale. Le simple fait qu'une loi provinciale ou un règlement municipal « touche » un élément essentiel d'un domaine de compétence fédérale exclusive suffit à les rendre inapplicables à l'égard d'une entreprise fédérale. Il ne faut pas donner au terme « touche » un sens exigeant que le contenu essentiel de la compétence fédérale, ou les opérations de l'entreprise, soient complètement paralysés; pour que l'immunité puisse s'appliquer, l'application de la loi provinciale doit produire des effets suffisamment importants et graves. [109-110] [139]

Here, the City's by-law is valid provincial legislation of general application. Its pith and substance is in relation to the regulation of land use planning and development for property situated within the City. The application of the by-law does not invade Parliament's exclusive legislative jurisdiction over "public property", because the lands in question do not constitute "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867* and therefore do not enjoy federal immunity from the application of the municipal by-law on that basis. Since the immunity at the heart of s. 91(1A) is based on a proprietary interest, the relevant test for determining whether lands constitute public property for the purposes of that section is whether there is evidence that the federal Crown has a sufficient proprietary interest in them. Thus, when a Crown corporation owns or holds land other than as a Crown agent, there must be some element of ownership by the federal Crown for it to receive constitutional immunity from provincial land use laws and regulations. On the facts of this case, the Crown has not established a proprietary interest in the lands that would be sufficient to justify federal immunity on the basis of s. 91(1A). The lands in question are listed in Schedule C of the VPA's letters patent, and it is clear that Parliament explicitly chose to exclude Schedule C lands from the definition of federal lands and lands held in the name of the Crown by Crown agents. In including the lands in Schedule C, Parliament renounced any proprietary interest in them. The lands are held by the VPA in its own name, and not for the benefit of the Crown. [115] [119] [123-125]

The City's by-law is constitutionally inapplicable by reason of federal immunity in respect of the core of the navigation and shipping power under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. The core of the s. 91(10) power necessarily extends to and includes the power to regulate land use planning and development for port lands in support of port operations. This provides the necessary link to navigation and shipping in order to trigger federal immunity, and it flows from the inclusion of ports and harbours generally within the federal power over navigation and shipping and, more specifically, from the inclusion of land use planning and development activities and decisions by port authorities in respect of port lands when such activities and decisions have a sufficient connection to navigation and shipping. The s. 91(10) power must also include and extend to federally regulated port authorities such as the VPA, whose creation, role and mandate are undeniably at the core of Parliament's legislative authority over navigation and shipping insofar

En l'espèce, le règlement municipal est une mesure législative provinciale d'application générale valide. Son caractère véritable s'attache à la réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains situés dans les limites de la ville. L'application du règlement n'empiète pas sur la compétence législative exclusive du Parlement en matière de « propriété publique » parce que les terrains en question ne constituent pas une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'ils ne bénéficient donc pas de l'immunité réservée au domaine fédéral qui écarte l'application du règlement municipal. Puisque l'immunité au cœur du par. 91(1A) est fondée sur un intérêt propriétal, le critère pertinent pour déterminer si un terrain est une propriété publique au sens de cet article consiste à savoir si la preuve établit que l'État fédéral possède à l'égard de ce terrain un intérêt propriétal suffisant. Ainsi, lorsqu'une société d'État est propriétaire d'un terrain ou le détient à un titre autre que celui de mandataire de l'État, il faut un élément du droit de propriété de l'État fédéral afin que le terrain bénéficie de l'immunité constitutionnelle qui écarte l'application des lois et règlements provinciaux sur l'utilisation des sols. Compte tenu des faits de l'espèce, l'État n'a pas établi l'existence d'un intérêt propriétal suffisant sur les terrains pour justifier l'immunité réservée au domaine fédéral sur le fondement du par. 91(1A). Le bien-fonds en question est décrit à l'annexe C des lettres patentes de l'APV, et il ressort nettement que le législateur a fait le choix exprès d'exclure les terrains visés à l'annexe C de la définition de terrains fédéraux et de terrains détenus par les mandataires de l'État au nom de l'État. En incluant les terrains en question dans l'annexe C, le Parlement a renoncé à tout intérêt propriétal sur ces terrains. L'APV détient les biens-fonds en son propre nom et non pour le bénéfice de l'État. [115] [119] [123-125]

Le règlement de la ville est constitutionnellement inapplicable en raison de l'exclusivité fédérale qui s'applique au contenu essentiel de la compétence sur la navigation et des bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le contenu essentiel de la compétence prévue au par. 91(10) englobe nécessairement le pouvoir de réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires. Cette réglementation établit le lien nécessaire avec la navigation et les bâtiments ou navires pour que l'immunité fédérale s'applique, et cette conclusion découle du fait qu'on inclut généralement les ports et les havres dans la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires et, plus précisément, du fait qu'on inclut les activités et les décisions des administrations portuaires concernant l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires lorsqu'un lien suffisant est établi entre cette réglementation et la navigation et les bâtiments ou navires. La

as their operations and functions are performed in support of port operations. The decision to recognize or deny federal immunity should not be based solely on whether the parcel of port lands in question is to be used directly for "port activities" or merely "in support of" port operations, and on fears that certain uses of the latter category would appear to be somehow less closely connected to shipping and navigation. The regulation of land use planning and development for all port lands lies at the core of s. 91(10). So long as that regulation function is performed properly according to the federal undertaking's terms and mandate and is concerned with port lands for activities in support of port operations (at a minimum), or directly for port activities, the specific status of a particular parcel of port lands and its specific intended use should not matter. Specific uses of land are relevant to the immunity analysis only to the extent that they might reflect an improper exercise of the core federal power over the regulation of land use for port lands. Here, under the *Canada Marine Act*, Schedule C lands have been deemed to be "necessary to support port operations", and the VPA's decision to approve the Lafarge project on such lands was consistent with a valid exercise of its power to regulate land use planning for port lands in support of port operations. Although certain aspects of the project, taken on their own and in isolation, may appear to be only loosely connected with shipping and navigation activities or operations, the project "supports" port operations given that its ultimate objective is to enhance competitiveness and commercial viability. Since the City's by-law clearly and significantly affects the VPA's regulation of land use planning for port lands in support of port operations by imposing a zoning regime and an approval process for development proposals and projects on such lands, the by-law is inapplicable because it affects a vital part of the federal power over navigation and shipping. [127] [130-131] [136] [138] [140] [142]

compétence prévue au par. 91(10) doit inclure aussi les administrations portuaires assujetties à la réglementation fédérale comme l'APV, dont la création, le rôle et le mandat font indéniablement partie du contenu essentiel de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, dans la mesure où l'exercice de leurs opérations et de leur rôle est nécessaire aux opérations portuaires. La décision d'appliquer ou non l'immunité fédérale ne devrait pas être fonction seulement de l'utilisation directe des parcelles de terrains portuaires en question pour des « activités portuaires » ou des activités simplement « nécessaires » aux opérations portuaires, et de la crainte que certaines utilisations entrant dans cette dernière catégorie puissent sembler dans une certaine mesure moins étroitement liées à la navigation ou aux bâtiments et navires. La réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement de tous les terrains portuaires se trouve au cœur du contenu essentiel du par. 91(10). Dans la mesure où ce pouvoir de réglementation est exercé conformément aux statuts constitutifs et au mandat de l'entreprise fédérale et qu'il a pour objet les terrains portuaires au regard des activités nécessaires aux opérations portuaires (à tout le moins) ou au regard des activités strictement portuaires, le statut précis d'une parcelle de terrain portuaire donnée et l'utilisation précise que l'on veut en faire ne devraient alors pas entrer en ligne de compte. Les utilisations spécifiques des sols ne sont pertinentes à l'analyse de l'immunité que dans la mesure où il pourrait s'en dégager un exercice illégitime du pouvoir fédéral essentiel de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires. En l'espèce, aux termes de la *Loi maritime du Canada*, les terrains décrits à l'annexe C ont été désignés comme étant « nécessaires aux opérations portuaires », et la décision de l'APV d'approuver le projet Lafarge sur ces terrains correspondait à un exercice valide de son pouvoir de réglementation de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires. Même si certains des aspects du projet, considérés isolément, peuvent paraître n'avoir qu'un lien distant avec les activités ou opérations de navigation et de transport maritime, le projet reste « nécessaire » aux opérations portuaires, compte tenu de son but ultime qui est de contribuer à la compétitivité et à la viabilité commerciale du port. Étant donné que le règlement municipal touche certainement et considérablement la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires en imposant un régime de zonage et un processus d'autorisation à l'égard des projets d'aménagement envisagés sur ces terrains, ce règlement est inapplicable puisqu'il touche un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. [127] [130-131] [136] [138] [140] [142]

Cases Cited

By Binnie and LeBel JJ.

Followed: *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22; **referred to:** *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Montreal (City of) v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] 1 D.L.R. 840; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Hamilton Harbour Commissioners v. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459, aff'd (1978), 21 O.R. (2d) 491; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 9; *Coyne v. Broddy* (1887), 13 O.R. 173; *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board* (1963), 38 D.L.R. (2d) 530; *Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 S.C.R. 238; *Halifax (City of) v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215; *Nova Scotia Power Inc. v. Canada*, [2004] 3 S.C.R. 53, 2004 SCC 51; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Zavarovalna Skupnost Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1948] S.C.R. 373, aff'd [1950] A.C. 122; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1911), 24 O.L.R. 65; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961.

By Bastarache J.

Referred to: *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC

Jurisprudence

Citée par les juges Binnie et LeBel

Arrêt suivi : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22; **arrêts mentionnés :** *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Montreal (City of) c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] 1 D.L.R. 840; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Hamilton Harbour Commissioners c. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459, conf. par (1978), 21 O.R. (2d) 491; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 9; *Coyne c. Broddy* (1887), 13 O.R. 173; *R. c. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board* (1963), 38 D.L.R. (2d) 530; *Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238; *Halifax (City of) c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215; *Nova Scotia Power Inc. c. Canada*, [2004] 3 R.C.S. 53, 2004 CSC 51; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Zavarovalna Skupnost Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General of British Columbia*, [1948] R.C.S. 373, conf. par [1950] A.C. 122; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1911), 24 O.L.R. 65; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585,

55; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Hamilton Harbour Commissioners v. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459, aff'd (1978), 21 O.R. (2d) 491; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641; *Holman v. Green* (1881), 6 S.C.R. 707; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581.

Statutes and Regulations Cited

Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 2(1) "federal real property", "port facility", 5 "port", 7(1), 8(2), 23(1), (2), 28(2), (3), (5), 31(3), 46(1), (2), 48.

Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(1A), (9), (10), (11), 92, 92(8), (10), (13), (16).

Federal Real Property and Federal Immovables Act, S.C. 1991, c. 50, s. 2.

Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13.

Authors Cited

Bakan, Joel, et al., eds. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003.

Braën, André. *Le droit maritime au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1992.

Canada. House of Commons. *A National Marine Strategy*. Report of the Standing Committee on Transport, 1995.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 10, 1997, p. 766.

Elliot, Robin M. "Constitutional Law—Division of Powers—Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance: *Ontario Public Service Employees Union* v. *Attorney-General for Ontario*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 523.

Gibson, Dale. "Constitutional Law—Freedom of Commercial Expression under the Charter—Legislative Jurisdiction over Advertising—A Representative Ruling: *Attorney General of Quebec* v. *Irwin Toy Limited*" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 339.

Gibson, Dale. "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 40.

2003 CSC 55; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Hamilton Harbour Commissioners c. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459, conf. par (1978), 21 O.R. (2d) 491; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641; *Holman c. Green* (1881), 6 R.C.S. 707; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(1A), (9), (10), (11), 92, 92(8), (10), (13), (16).

Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art. 2(1) « bien réel fédéral », « installations portuaires », 5 « port », 7(1), 8(2), 23(1), (2), 28(2), (3), (5), 31(3), 46(1), (2), 48.

Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux, L.C. 1991, ch. 50, art. 2.

Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13.

Doctrine citée

Bakan, Joel, et al., eds. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. Toronto : Emond Montgomery, 2003.

Braën, André. *Le droit maritime au Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1992.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 10 octobre 1997, p. 766.

Canada. Chambre des communes. *Une stratégie maritime nationale*. Rapport du Comité permanent des Transports, 1995.

Elliot, Robin M. « Constitutional Law—Division of Powers—Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance : *Ontario Public Service Employees Union* v. *Attorney-General for Ontario* » (1988), 67 *R. du B. can.* 523.

Gibson, Dale. « Constitutional Law—Freedom of Commercial Expression under the Charter—Legislative Jurisdiction over Advertising—A Representative Ruling : *Attorney General of Quebec* v. *Irwin Toy Limited* » (1990), 69 *R. du B. can.* 339.

Gibson, Dale. « Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism » (1969), 47 *R. du B. can.* 40.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
La Forest, Gérard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
Leclair, Jean. "L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada" (1995), 21 *Queen's L.J.* 37.
Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton: Juriliber, 2001.
Monahan, Patrick J. *Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "essential", "support", "vital".
Wilkins, Kerry. "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Mackenzie and Thackray JJ.A.) (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 194 B.C.A.C. 78, 317 W.A.C. 78, 237 D.L.R. (4th) 466, 44 M.P.L.R. (3d) 169, [2004] 7 W.W.R. 27, [2004] B.C.J. No. 355 (QL), 2004 BCCA 104, reversing a decision of Lowry J. (2002), 32 M.P.L.R. (3d) 205, [2002] B.C.J. No. 2245 (QL), 2002 BCSC 1412. Appeal dismissed.

Nancy E. Brown and *Nathalie Hepburn Barnes*, for the appellant.

James Sullivan and *Gloria Chao*, for the respondent Lafarge Canada Inc.

D. Geoffrey Cowper, Q.C., and *W. Stanley Martin*, for the respondent the Vancouver Port Authority.

No one appeared for the respondent the Burrardview Neighbourhood Association.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1985.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2005, release 1).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
La Forest, Gérard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto : University of Toronto Press, 1969.
Leclair, Jean. « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada » (1995), 21 *Queen's L.J.* 37.
Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton : Juriliber, 2001.
Monahan, Patrick J. *Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
Nouveau Petit Robert. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2007, « essentiel », « vital ».
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2002, « *support* ».
Wilkins, Kerry. « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Mackenzie et Thackray) (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 194 B.C.A.C. 78, 317 W.A.C. 78, 237 D.L.R. (4th) 466, 44 M.P.L.R. (3d) 169, [2004] 7 W.W.R. 27, [2004] B.C.J. No. 355 (QL), 2004 BCCA 104, qui a infirmé un jugement du juge Lowry (2002), 32 M.P.L.R. (3d) 205, [2002] B.C.J. No. 2245 (QL), 2002 BCSC 1412. Pourvoi rejeté.

Nancy E. Brown et *Nathalie Hepburn Barnes*, pour l'appelant.

James Sullivan et *Gloria Chao*, pour l'intimée Lafarge Canada Inc.

D. Geoffrey Cowper, c.r., et *W. Stanley Martin*, pour l'intimée l'Administration portuaire de Vancouver.

Personne n'a comparu pour l'intimée Burrardview Neighbourhood Association.

Patsy J. Scheer, for the respondent the City of Vancouver.

Peter M. Southey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Shaun Nakatsuru and *Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *John G. Furey*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Robert J. Normey and *Nick Parker*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

1 BINNIE AND LEBEL JJ. — Vancouver possesses by far the busiest port in Canada, and its vast operations constitute not only a vital part of the shipping and transportation industry but generate economic activity, commercial opportunities and environmental concerns for the eight surrounding municipalities. Changing land use patterns and more efficient modern shipping methods (containerization, for example) have released stretches of waterfront for other types of development. Vancouver's original Coal Harbour is now a forest of luxury hotels and high-priced condominiums. Elsewhere smokestacks have given way to parkland. Warehouses have been converted into trendy office buildings. Yet shipping activities flourish. The realities of mixed transportation/industrial/commercial/residential development along urban waterfronts pose a challenge to the venerable "watertight compartments" division of federal legislative jurisdiction over navigation and shipping, on the one hand, and provincial jurisdiction over property and civil rights on the other. How to give practical effect in the harbour context to the exercise of these potentially conflicting

Patsy J. Scheer, pour l'intimée la Ville de Vancouver.

Peter M. Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Shaun Nakatsuru et *Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *John G. Furey*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Robert J. Normey et *Nick Parker*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LES JUGES BINNIE ET LEBEL — Le port de Vancouver est de loin le plus achalandé au Canada. Ses vastes opérations constituent non seulement un élément essentiel de l'industrie de la navigation et du transport, mais elles représentent aussi pour les huit municipalités environnantes une source d'activité économique, d'occasions d'affaire et de préoccupations environnementales. De nouveaux modèles d'utilisation des terres et des méthodes de transport maritime modernes plus efficientes (la conteneurisation, par exemple) ont dégagé de vastes étendues du front de mer qui se prêtent maintenant à d'autres types d'aménagement. Ce qui était à l'origine le secteur de Coal Harbour à Vancouver est devenu une forêt d'hôtels luxueux et de condominiums dispendieux. Ailleurs, les cheminées d'usine ont fait place à des parcs. Des entrepôts ont été transformés en élégants immeubles de bureaux. Pourtant, l'activité maritime demeure en plein essor. L'aménagement mixte du front de mer urbain où se côtoient les secteurs du transport, de l'industrie, du commerce et de l'habitation pose alors un défi au partage séculaire, dans des « compartiments étanches », de la compétence législative fédérale sur la navigation et

legislative and regulatory powers is the central question posed by this litigation.

The immediate controversy is the proposal by the respondent Lafarge Canada Inc. to build an "integrated" ship offloading/concrete batching facility in the east harbour area on what is known as the Sterling Shipyard site. Aggregate is to be barged in by sea from the Sunshine Coast, offloaded, stored temporarily in silos on the waterfront, then mixed with cement, and thereafter dispatched to various construction sites, particularly within downtown Vancouver. Some material like cement is to be trucked in. The mixing component of the facility is described as a "twin batch plant" because the ingredients can either be tumbled on site ("wet mix") and then loaded and dispatched, or loaded in their original state ("dry mix") with water added in the rotating drums of concrete trucks. In the latter situation, the ingredients are churned into concrete on the way to a construction site. The respondents contend that as a matter of fact the "twin batch plant" will be integrated into the marine unloading facility.

The two levels of government are in agreement that the Lafarge project reflects good planning principles, but objection is taken by the Burrardview Neighbourhood Association (the "Ratepayers"). Their legal argument, advanced in this Court by the provincial attorneys general, is that the City ought to have insisted that Lafarge obtain a City development permit. The respondent, Vancouver Port Authority ("VPA"), replies that as a matter of law no City permit is necessary because VPA lands enjoy interjurisdictional immunity as federal "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, or their management is vital to the VPA's "federal undertaking" pursuant to the federal s. 91(10) jurisdiction over "navigation

les bâtiments ou navires, d'une part, et de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, d'autre part. Comment ces pouvoirs législatifs et réglementaires potentiellement contradictoires peuvent-ils s'exercer de façon pratique dans un contexte portuaire? Telle est la question au cœur de ce litige.

2 C'est le projet de construction, par l'intimée Lafarge Canada Inc., d'une installation « intégrée » de déchargement des navires et de centrale à béton dans le secteur est du port, sur un emplacement connu sous le nom de Sterling Shipyard, qui suscite la controverse. Des granulats doivent être transportés par mer à partir de la Sunshine Coast, déchargés et remisés temporairement dans des silos érigés sur le front de mer, puis mélangés avec du ciment et expédiés ensuite vers divers chantiers de construction, en particulier au centre-ville de Vancouver. Certains matériaux, comme le ciment, doivent y être transportés par camion. L'installation de malaxage est une « centrale de dosage double » puisque les ingrédients peuvent soit être mélangés sur place (« mélange mouillé ») pour être ensuite chargés et expédiés, soit être chargés dans leur état initial (« mélange sec ») dans les cuves tournantes des bétonnières où l'eau est ajoutée. Dans ce dernier cas, les ingrédients sont barattés pour devenir du ciment pendant leur transport vers le chantier de construction. Les intimées affirment qu'en fait, la « centrale de dosage double » sera intégrée à l'installation de déchargement maritime.

3 Les deux ordres de gouvernement conviennent que la conception du projet Lafarge témoigne de bons principes d'aménagement, mais la Burrardview Neighbourhood Association (les « contribuables ») s'y oppose. Selon son argument juridique, qu'ont présenté à la Cour les procureurs généraux provinciaux, la ville aurait dû insister pour que Lafarge obtienne un permis d'aménagement municipal. L'Administration portuaire de Vancouver (« APV ») intimée répond que, en droit, aucun permis municipal n'est nécessaire parce que ses terrains bénéficient de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, s'agissant d'une « propriété publique » fédérale au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou que la gestion de ces

and shipping". In either case, the VPA says provincial land use controls are rendered inoperative. In the alternative, the respondents say, there is operational conflict between the federal land use controls and provincial land use controls, and the conflict, according to the doctrine of federal paramountcy, must be resolved in favour of federal jurisdiction.

4 For the reasons we gave in *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, released concurrently, we agree with the approach outlined by the late Chief Justice Dickson in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18, in which he characterized the arguments for interjurisdictional immunity as not particularly compelling, and concluded that they ran contrary to the "dominant tide" of Canadian constitutional jurisprudence. In particular, in our view, the doctrine should not be used where, as here, the legislative subject matter (waterfront development) presents a double aspect. Both federal and provincial authorities have a compelling interest. Were there to be no valid federal land use planning controls applicable to the site, federalism does not require (nor, in the circumstances, should it tolerate) a regulatory vacuum, which would be the consequence of interjurisdictional immunity. On the facts, however, there *is* valid and applicable federal legislation which is in conflict, both in its operation and in its purpose, with the provincial land use legislation and regulations adopted under its authority. The appeal is thus easily resolved in favour of the VPA on the basis of federal paramountcy. The British Columbia Court of Appeal rejected the Ratepayers' challenge and, for somewhat different reasons, we agree with its conclusion.

5 The appeal should therefore be dismissed.

terrains est essentielle à « l'entreprise fédérale » de l'APV relevant de la compétence fédérale en matière de « navigation et bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10). Dans les deux cas, l'APV affirme que les mesures provinciales de contrôle de l'utilisation des sols deviennent inopérantes. Subsidiairement, affirment les intimées, il existe un conflit d'application entre les mesures provinciales et les mesures fédérales de contrôle de l'utilisation des sols, et ce conflit doit, conformément à la doctrine de la prépondérance fédérale, être résolu en faveur de la compétence fédérale.

Pour les motifs que nous avons exposés dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, rendu simultanément, nous souscrivons à la méthode énoncée par le regretté juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18, où il a jugé que les arguments à l'appui de la doctrine de l'exclusivité des compétences n'étaient pas particulièrement convaincants, et conclu qu'ils allaient à l'encontre du « courant dominant » de la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle. Nous estimons tout particulièrement qu'il n'y a pas lieu d'utiliser cette doctrine lorsque, comme en l'espèce, la matière législative (l'aménagement du front de mer) présente un double aspect. Les autorités, tant fédérale que provinciale, ont toutes deux un intérêt impérieux. En l'absence de mesures fédérales de contrôle de l'utilisation des sols valides, le fédéralisme ne commande pas (pas plus qu'il ne doit, dans les circonstances, tolérer) un vide réglementaire, résultat qu'entraînerait l'exclusivité des compétences. Les faits démontrent toutefois qu'il *existe* une loi fédérale valide et applicable et que cette loi, tant dans son application que dans son objet, entre en conflit avec la loi provinciale sur l'utilisation des sols et ses règlements d'application. On peut donc facilement trancher le pourvoi en faveur de l'APV en s'appuyant sur la doctrine de la prépondérance fédérale. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la contestation des contribuables et, pour des motifs quelque peu différents, nous souscrivons à sa conclusion.

Le pourvoi doit donc être rejeté.

I. Facts

Vancouver harbour, for navigational purposes, is defined as a stretch of 233 kilometres of coastline from Roberts Bank near the U.S. border through Sturgeon Bank, English Bay, and Burrard Inlet to Port Moody. The VPA claims proprietary jurisdiction over 150 kilometres of shoreline. Within Burrard Inlet, the VPA is responsible for approximately 6,000 hectares of seabed and 460 hectares of "upland" (i.e. mostly reclaimed waterfront land).

The VPA has adopted a *Port Land Use Management Plan* (June 1994) (called "*Port 2010*") whose "strategic rationale" is set out in part as follows:

> . . . the port is situated within an urban region which is also experiencing significant growth. Accordingly, there is a need to effectively plan the interface of these two dynamics. [p. 2]

Port 2010 includes adjacent municipalities in its definition of "stakeholders" (p. 12) and acknowledges that

> VPC [predecessor to the VPA] will need to work with the municipalities and communities to establish compatible land use plans that support a viable working waterfront. [p. 20]

The provincial assessment authority has effectively exempted from local taxes the Sterling Shipyard site and other port lands by assessing them at "nil" for municipal and provincial taxation purposes, although some monies are paid to the municipalities pursuant to the federal *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C. 1985, c. M-13.

The City's *Central Waterfront Official Development Plan* (which was adopted by By-law No. 5261, June 19, 1979) states that: "It is recognized that in order to realize the City's basic objectives, full co-operation will be needed from the various waterfront property owners and authorities. The objectives of the different owners must be clearly

I. Les faits

6 Le port de Vancouver est défini, pour les besoins de la navigation, comme une bande de terrain s'étendant sur 233 km de littoral entre Roberts Bank, près de la frontière américaine, en passant par Sturgeon Bank, la baie English et Burrard Inlet jusqu'à Port Moody. L'APV affirme avoir compétence exclusive sur plus de 150 km de littoral. À l'intérieur des limites de Burrard Inlet, l'APV est responsable d'environ 6 000 hectares de fond marin et de 460 hectares de « haute-terre » (soit, pour l'essentiel, du terrain gagné sur le front de mer).

7 L'APV a adopté le *Port Land Use Management Plan* (juin 1994) (intitulé « *Port 2010* ») dont le [TRADUCTION] « fondement stratégique » est en partie énoncé comme suit :

> [TRADUCTION] . . . le port est situé dans une région urbaine qui connaît elle aussi un essor important. Par conséquent, il est nécessaire de planifier efficacement l'interface de ces deux dynamiques. [p. 2]

8 *Port 2010* inclut les municipalités adjacentes dans sa définition de [TRADUCTION] « parties intéressées » (p. 12) et reconnaît que

> [TRADUCTION] la SPV [le prédécesseur de l'APV] devra collaborer avec les municipalités et les collectivités afin d'établir des plans d'utilisation des sols compatibles qui assurent la viabilité des activités du front de mer. [p. 20]

9 La commission d'évaluation foncière de la province a effectivement exempté d'impôts locaux le chantier naval Sterling et d'autres terrains portuaires en établissant à leur endroit une cotisation « néant » pour la taxation municipale et provinciale, même si certaines sommes sont versées aux municipalités conformément à la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. 1985, ch. M-13.

10 Le plan d'aménagement officiel de la ville, le *Central Waterfront Official Development Plan* (adopté par le règlement n° 5261, le 19 juin 1979) énonce que : [TRADUCTION] « Il est reconnu que, pour réaliser ses objectifs fondamentaux, la ville doit compter sur l'entière collaboration des divers propriétaires et des autorités sur le front de mer. La

understood by the City and must be respected in the planning of the Central Waterfront" (p. 4). Further, the City's statement of planning policies continues:

> The [VPA], which is a federal agency, is a major owner of the land, foreshore and water area of the Central Waterfront. The [VPA] provides vital port functions to the Vancouver Harbour, as well as the region. Such existing port functions should continue to operate effectively in the Central Waterfront. The development of urban uses on [VPA] property should be compatible with essential port functions.
>
> The City recognizes that the [VPA], being a Crown Agency, has control over the uses of its property for port and other functions which are largely port-related and are compatible in character to the area, and is not legally bound by the City's development regulations. However, [VPA] officials have clearly indicated to the City that they would endeavour to co-operate in achieving City objectives as long as port functions and future port development objectives are not jeopardized. [p. 4]

11 For some years, Lafarge has been attempting to find a suitable waterfront site for a new facility. A previous proposal had also been opposed by ratepayer groups and been rejected by the VPA's Project Advisory Committee because it was incompatible with existing land uses in the area. In August 2001, Lafarge submitted for approval its present project to be built on land acquired by the VPA the previous year from the City. The site had for many years been used for shipping and industrial purposes. It is physically separated from residential and commercial uses to the south by a transportation corridor that includes roads and four sets of railway tracks. The City had initially planned to put its own asphalt plant on the site. From the City's planning perspective, the project land lies within the area of Vancouver subject to By-law No. 6718, *Burrard Waterfront*, enacted August 28, 1990, and zoned CD-1 which allows a concrete batch plant.

ville doit clairement comprendre les objectifs poursuivis par les différents propriétaires et doit respecter ces objectifs dans l'aménagement du front de mer central » (p. 4). L'énoncé de politiques de la ville en matière d'aménagement indique en outre ce qui suit :

> [TRADUCTION] L'[APV], un organisme fédéral, est un important propriétaire du bien-fonds, de la zone littorale et de la zone marine du front de mer central. L'[APV] dispense les services portuaires essentiels au port et à la région de Vancouver. Ces services portuaires devraient continuer à fonctionner efficacement sur le front de mer central. L'aménagement des utilisations urbaines sur les biens-fonds de l'[APV] devrait être compatible avec les services portuaires essentiels.
>
> La ville reconnaît que l'[APV], à titre d'organisme d'État, contrôle l'utilisation de ses biens-fonds pour les services portuaires et les autres services qui sont principalement liés à l'activité portuaire et qui sont de nature à s'harmoniser avec le secteur, et qu'elle n'est pas légalement liée par le règlement d'aménagement de la ville. Cependant, les représentants de l'[APV] ont clairement indiqué à la ville qu'ils s'efforceraient de collaborer avec elle à la réalisation de ses objectifs dans la mesure où les services portuaires et les objectifs d'aménagement futur du port ne sont pas compromis. [p. 4]

Depuis quelques années, Lafarge recherche en front de mer un emplacement qui conviendrait à une nouvelle installation. Un projet antérieur avait aussi été contesté par des groupes de contribuables, puis rejeté par le comité consultatif de projet de l'APV en raison d'une incompatibilité avec les utilisations permises dans le secteur. En août 2001, Lafarge a présenté pour approbation son projet actuel qui devait être réalisé sur un terrain que l'APV avait acquis de la ville l'année précédente. Pendant de nombreuses années, ce terrain avait servi à des activités maritimes et industrielles. Il est physiquement séparé des zones résidentielles et commerciales au sud par un couloir de circulation comportant des routes et quatre voies ferrées. Au départ, la ville avait prévu y installer sa propre usine de bitume. Selon la perspective d'aménagement de la ville, le terrain visé par le projet se situe à l'intérieur des limites du secteur de Vancouver qui est assujetti au règlement n^{o} 6718, *Burrard Waterfront*, adopté le 28 août 1990, et zoné CD-1, lequel autorise la présence d'une centrale à béton.

In 1998, the City had entered into a protocol (called a "Charter") with the VPA which recited in part that "the Port occupies a major proportion of the waterfront lands in the City of Vancouver, and . . . the [City] provides municipal services and access, essential to the effective operation of the port, and manages development adjacent to the port". The protocol continues "the City and the . . . Port . . . are both committed to the economic development of the region, the provision of jobs, the efficient movement of goods and people, and the maintenance and enhancement of the environment [and] acknowledge the importance of each to the other, and the necessity for a good working relationship between the two bodies" (A.R., at p. 341). They agreed to "work together . . . ensuring that development on Port lands is compatible with both the economic development of the Port and the interests of the City . . . ensuring that development in the City is compatible with the economic development of the Port and the interests of the City [and] ensuring effective public consultation" (A.R., at p. 341).

A policy of *Port 2010* is to promote "marine-related" port uses, and the Lafarge project was determined by the VPA (and the City) to qualify as such, stating:

> Lafarge's proposed use of the property includes the barging of aggregate to site. This marine activity is a critical component of their proposed operations. With respect to the batch plant itself, this is essentially a processing operation. There are many examples of processing activities that are permitted on port lands; fish processing plants, grain handling terminals, and a rendering plant, are a few such examples. [A.R., at p. 345]

The Ratepayers opposed the Lafarge plant on the Sterling Shipyard site on a number of grounds, including concerns about increased air and noise pollution, truck traffic, loss of trees and visual obstruction of the residents' view over the harbour. They noted that part of the facility would exceed the City's 30-foot height restriction. By letter dated

12 En 1998, la ville a conclu avec l'APV un protocole (appelé une « Charte ») qui explique en partie que [TRADUCTION] « le port occupe une grande partie des terrains situés en front de mer dans la ville de Vancouver, et [. . .] la [ville] assure les services municipaux et l'accès qui sont essentiels à l'exploitation efficace du port, et gère l'aménagement adjacent au port ». Le protocole prévoit aussi que [TRADUCTION] « la ville et le [. . .] port [. . .] entendent tous deux favoriser le développement économique de la région, la création d'emplois, le déplacement efficace des marchandises et des personnes, et la protection et l'amélioration de l'environnement, [et] ils reconnaissent l'importance qu'ils ont l'un pour l'autre et la nécessité d'une saine collaboration des deux organismes » (d.a., p. 341). Ils ont accepté de [TRADUCTION] « collaborer [. . .] pour faire en sorte que l'aménagement des terrains portuaires soit compatible avec le développement économique du port et les intérêts de la ville [. . .] que l'aménagement urbain soit compatible avec le développement économique du port et les intérêts de la ville [et] pour assurer une consultation publique efficace » (d.a., p. 341).

13 *Port 2010* pose comme l'un de ses principes d'action celui de la promotion des utilisations portuaires « liées au domaine maritime ». L'APV (et la ville) ont estimé que le projet Lafarge entrait dans cette catégorie, comme le reconnaît cette déclaration commune :

> [TRADUCTION] Lafarge propose d'utiliser le bien-fonds notamment pour y débarquer des granulats transportés par barges. Cette activité maritime est une composante vitale des opérations projetées. Quant à la centrale à béton elle-même, il s'agit essentiellement d'une installation de traitement. De nombreux exemples illustrent les activités de traitement autorisées sur les terrains portuaires, comme les usines de transformation du poisson, les terminaux de manutention du grain et une usine d'équarrissage. [d.a., p. 345]

14 Les contribuables se sont opposés à la construction de l'usine Lafarge sur l'emplacement de Sterling Shipyard pour plusieurs raisons. Ils sont notamment préoccupés par l'augmentation de la pollution de l'air et de la pollution par le bruit, la circulation des camions, la perte des arbres et l'obstruction de la vue qu'ont les résidents sur le port.

January 31, 2002, the Ratepayers demanded that the City assert jurisdiction over the "twin plant" component of the Lafarge project. Underlying the Ratepayers' position, it is fair to say, was the belief that elected City politicians would likely be more amenable to ratepayer interests than would be the appointed Board of Directors of the VPA.

Ils ont aussi fait remarquer qu'une partie de l'installation excéderait la hauteur limite de 30 pieds imposée par la ville. Par lettre en date du 31 janvier 2002, les contribuables ont exigé de la ville qu'elle se déclare compétente à l'égard de la « centrale de dosage double » du projet Lafarge. Il est juste de dire que la position des contribuables reposait sur la conviction que les élus municipaux pourraient se révéler plus sensibles à leurs intérêts que les membres nommés du conseil d'administration de l'APV.

15 The Lafarge proposal was referred to the City for comment and considered by its Urban Design Panel, which includes design professionals, architects, landscape architects, professional engineers and representatives of the development industry. Its role is to advise the City on significant development proposals. On November 14, 2001, despite Ratepayers' opposition, the Urban Design Panel gave its support to the Lafarge proposal by a vote of 7 to 1.

Le projet Lafarge a été soumis à la ville pour commentaires et a été examiné par son comité d'urbanisme, composé de concepteurs, d'architectes, d'architectes-paysagistes, d'ingénieurs et de représentants de l'industrie de l'aménagement. Le comité est chargé de conseiller la ville sur les projets d'aménagement importants. Le 14 novembre 2001, malgré l'opposition des contribuables, le comité a voté à 7 contre 1 en faveur du projet Lafarge.

16 On March 4, 2002, the Lafarge proposal was considered by the City's Development Permit Board, which heard comments from City staff, representatives of the Vancouver Coastal Health Authority, the VPA, Lafarge, and 37 members of the public. Some ratepayers expressed opposition. In the end, the Development Permit Board supported the Lafarge proposal, subject to recommending certain modifications with respect to exterior colour, signage, retention of trees, and noise abatement. On March 13, 2002, the City wrote to the VPA indicating approval, subject to the stated modifications.

Le 4 mars 2002, le projet Lafarge a été étudié par le Development Permit Board de la ville, qui a entendu les observations des fonctionnaires de la ville, des représentants de la Vancouver Coastal Health Authority, de l'APV, de Lafarge et de 37 citoyens. Certains contribuables ont exprimé leur opposition. Au terme de son étude, le Development Permit Board a appuyé le projet Lafarge, sous réserve de certaines recommandations de modifications quant à la couleur extérieure, à la signalisation, à la conservation des arbres et à l'atténuation du bruit. Le 13 mars 2002, la ville a confirmé son approbation par écrit à l'APV, sous réserve des modifications énoncées.

17 The VPA, in the meantime, had followed its own procedure of internal and external consultation pursuant to its *Guide To Project Approvals In Port Vancouver*. The VPA's "Public Review Process" included public meetings and reports from technical advisors retained by the VPA who addressed issues of air quality and noise abatement. The Burrard Environmental Review Committee (comprised of various provincial and federal environmental agencies) also filed a report. These reports

Entre-temps, l'APV avait suivi sa propre procédure de consultation interne et externe, conformément à son document *A Guide To Project Approvals In Port Vancouver*. Le « processus d'examen du projet » de l'APV prévoyait la tenue d'assemblées publiques et la présentation de rapports par des conseillers techniques embauchés par elle pour examiner les questions de qualité de l'air et d'atténuation du bruit. Le Burrard Environmental Review Committee (formé de représentants de divers

were considered by the VPA along with comments and advice from the City and input from the public at a public meeting and through written submissions.

On May 27, 2002, the Vice-President of the Ratepayers wrote the Mayor threatening to sue him personally for damages if the City of Vancouver did not assert jurisdiction over the "twin plant" component of the Lafarge project:

Pursuant to Section 208 of the Vancouver Charter, the Mayor's duties are to enforce the law for government of the City and "to be vigilant and active at all time in causing the law for the government of the City to be duly enforced and obeyed". I do not believe the conduct of the Staff has assisted the Mayor in being either vigilant or active in ensuring the bylaws are enforced.

. . .

In spite of my personal, positive opinion as to your abilities as Mayor, I feel compelled to tell you that one of the results may be that, in the event that our application to Court is successful, the [Ratepayers] may seek damages or other compensation from you, personally, arising from Section 208.

. . .

It may well be that the position adopted by the Staff and your personal obligations are not the same. [A.R., at p. 874]

On July 8, 2002, the VPA issued its Approval in Principle of the Lafarge proposal, subject to certain additional requirements, including satisfactory resolution of the Ratepayers' challenge over land use jurisdiction. Mr. James P. Crandles, the Director of Port Development testified that the Lafarge project was acceptable because "the marine transportation of aggregate rock, as integrated into the processing of that aggregate rock, is 'a process related to shipping'. Further, it is consistent with joint transportation-processing-manufacturing practices in other long-term Port of Vancouver industries. Finally, it

organismes environnementaux fédéraux et provinciaux) a aussi présenté un rapport. L'APV a étudié ces rapports et tenu compte des observations et conseils de la ville, ainsi que des commentaires formulés par les citoyens au cours d'une assemblée publique et au moyen d'observations écrites.

Le 27 mai 2002, le vice-président de l'association des contribuables a écrit au maire, menaçant de le poursuivre personnellement en dommages-intérêts si la ville de Vancouver ne se déclarait pas compétente à l'égard de la « centrale de dosage double » du projet Lafarge : 18

[TRADUCTION] Conformément à l'article 208 de la Charte de Vancouver, le maire a notamment l'obligation d'appliquer la loi, pour le gouvernement de la ville, et d'« être en tout temps vigilant et diligent lorsqu'il fait dûment appliquer et respecter la loi pour le gouvernement de la ville ». Je ne crois pas que la conduite des fonctionnaires ait aidé le maire à être vigilant ou diligent dans l'application des règlements.

. . .

Malgré mon opinion personnelle et favorable à l'égard de vos capacités en tant que maire, je me vois contraint de vous dire que, dans l'éventualité où notre demande à la cour est accueillie, les [contribuables] pourraient vous réclamer personnellement des dommages-intérêts ou une autre forme d'indemnité, en vertu de l'article 208.

. . .

Il est bien possible que la position adoptée par les fonctionnaires et vos obligations personnelles ne soient pas identiques. [d.a., p. 874]

Le 8 juillet 2002, l'APV a donné son approbation de principe au projet Lafarge, sous réserve de certaines exigences supplémentaires, notamment du règlement satisfaisant de la question de la contestation engagée par les contribuables au sujet de la compétence sur le contrôle de l'utilisation des sols. Selon M. James P. Crandles, directeur du développement du port, le projet Lafarge était acceptable parce que [TRADUCTION] « le transport maritime de granulats, qui fait partie de leur processus de transformation, est une "activité liée au transport maritime". De plus, le projet est compatible avec les 19

realizes Policy 2.1 of the Plan, supporting port service industries reliant on waterfront access" (A.R., at p. 412).

The Ratepayers' Application

20 On April 5, 2002, prior to the VPA's Approval in Principle, the Ratepayers filed a petition in the Supreme Court of British Columbia objecting that the City had "declined to exercise jurisdiction over the Lands to require Lafarge to obtain a valid development permit as required by the City's by-laws before any development on the Lands is undertaken" (A.R., at p. 122) and seeking an order

directing the Respondent, City of Vancouver ("City"), to enforce the provisions of its zoning and development by-law no. 3575 (the "By-law") with respect to the Lands as defined herein and any development by the Respondent, Lafarge Canada Inc. ("Lafarge") of a concrete batch plant or related facility to be constructed on the Lands, in particular, the mandatory By-law requirement that Lafarge obtain a valid development permit before any such development is undertaken; [A.R., at p. 119]

The Ratepayers also sought ancillary injunctive and declaratory relief.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* (2002), 32 M.P.L.R. (3d) 205, 2002 BCSC 1412

21 Lowry J. accepted the VPA's formulation of the constitutional issues as follows (at para. 18):

1. Is the land that is the subject of the proposal public property of Canada as contemplated by s. 91(1A)

opérations combinant le transport, la transformation et la fabrication que d'autres entreprises mènent depuis longtemps dans le port de Vancouver. Enfin, il met en œuvre l'énoncé de politique 2.1 du plan, en ce qu'il appuie les entreprises de services portuaires qui dépendent d'un accès au front de mer » (d.a., p. 412).

La demande des contribuables

Le 5 avril 2002, avant l'approbation de principe de l'APV, les contribuables ont présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une requête plaidant que la ville avait [TRADUCTION] « refusé d'exercer sa compétence à l'égard des terrains afin d'obliger Lafarge à obtenir un permis d'aménagement valide, conformément au règlement municipal, avant que cette dernière n'entreprenne des travaux d'aménagement des terrains » (d.a., p. 122) et ils ont demandé, outre une injonction et un jugement déclaratoire, une ordonnance

[TRADUCTION] enjoignant à l'intimée, la ville de Vancouver (la « ville »), d'appliquer les dispositions du règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 (le « règlement ») en ce qui concerne les terrains visés par les présentes et l'aménagement, par l'intimée Lafarge Canada Inc. (« Lafarge »), d'une centrale à béton ou d'une installation connexe qui doit être construite sur les terrains, et d'appliquer en particulier l'exigence réglementaire obligatoire que Lafarge obtienne un permis d'aménagement valide avant d'entreprendre ces travaux d'aménagement; [d.a., p. 119]

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2002), 32 M.P.L.R. (3d) 205, 2002 BCSC 1412

Le juge Lowry a accepté la formulation des questions constitutionnelles suivantes suggérée par l'APV (par. 18) :

[TRADUCTION]

1. Le terrain visé par le projet constitue-t-il une propriété publique du Canada au sens du par. 91(1A)

of the *Constitution Act, 1867* such that municipal land use and planning laws have no application?

2. Does the proposed use of the land fall within exclusive federal power to legislate in respect of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* such that the Port Authority can be authorized to lease the land thereby rendering the City by-law inapplicable?

3. Does this court have jurisdiction to determine whether the Port Authority has been authorized to lease the land for the proposed purpose and, if so, does the Port Authority have that authority?

(We note parenthetically that the VPA's third issue seems unresponsive to the Ratepayers' application to have *the City* ordered to exercise its land use jurisdiction, because the third issue switched the focus to the exercise by the VPA (not the City) of *its* statutory jurisdiction, which in any event the chambers judge declined to deal with.)

As to s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, the chambers judge concluded that the VPA in acquiring and leasing the lands to Lafarge was not acting as an agent of the Crown and, therefore, the lands were not "public property":

The scheme of the *Canada Marine Act* gives a port authority a degree of local autonomy. It is to perform port activities as an agent of the federal Crown and other activities that are deemed necessary to support the operation of the port on its own behalf. Its management of "federal real property" is performed as an agent; its management of "other property" is not. [para. 39]

Turning to the issue of whether the Lafarge proposal falls within the exclusive federal power to legislate in respect of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, Lowry J. adopted a "necessity" test, and ruled:

I consider that, even construed broadly, navigation and shipping cannot extend beyond land-based

de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que les lois municipales en matière d'aménagement et d'utilisation des sols lui sont inapplicables?

2. L'utilisation projetée du terrain relève-t-elle de la compétence législative exclusive du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte que l'administration portuaire peut être autorisée à louer le terrain, le soustrayant ainsi à l'application du règlement municipal?

3. La cour a-t-elle compétence pour décider si l'administration portuaire a été autorisée à louer le terrain pour les fins projetées et, le cas échéant, l'administration portuaire dispose-t-elle de ce pouvoir?

(Nous signalons incidemment que la troisième question formulée par l'APV ne semble pas répondre à la demande des contribuables, qui consiste à enjoindre à *la ville* d'exercer sa compétence en matière d'utilisation des sols, parce que cette question porte sur l'exercice par l'APV (et non la ville) de *sa* compétence législative. De toute façon, le juge en chambre a refusé d'y répondre.)

22 Quant à l'application du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge en chambre a conclu qu'en acquérant les terrains et en les louant à Lafarge, l'APV n'agissait pas en qualité de mandataire de l'État et que, par conséquent, les terrains ne constituaient pas une « propriété publique » :

[TRADUCTION] Le régime établi par la *Loi maritime du Canada* confère à l'administration portuaire un certain degré d'autonomie locale. Elle doit exercer ses activités portuaires en qualité de mandataire de l'État fédéral, et exercer pour son propre compte les autres activités jugées nécessaires à l'exploitation du port. Sa gestion des « biens réels fédéraux » est faite en qualité de mandataire; sa gestion des « autres biens » ne l'est pas. [par. 39]

23 À propos du problème de l'assujettissement du projet Lafarge à la compétence législative exclusive du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Lowry a adopté un critère de « nécessité » et a statué comme suit :

[TRADUCTION] J'estime que, même en l'interprétant de façon libérale, le domaine de la navigation et des

operations that are incidental in the sense of being necessary to marine transport. Aggregate that is carried by sea must, like all marine cargo, be offloaded and it may have to be stored short-term before it is delivered from the dock. However, it does not have to be mixed with other ingredients and made into concrete. That may be related to the carriage in that it is the reason for the transport, but it is not necessary for the transport to be performed.

... A marine facility may well be commercially desirable for the efficient operation of a batch plant, but that does not mean that a plant that makes concrete is necessary to the operation of a marine facility. [Emphasis added; paras. 51-52.]

24 Lowry J. granted the Ratepayers' application and made a declaration that the VPA was without jurisdiction to approve the Lafarge project.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Finch C.J.B.C. and Mackenzie and Thackray JJ.A.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 2004 BCCA 104

25 Finch C.J.B.C. disagreed with the chambers judge's conclusions on the two constitutional grounds. With respect to whether the site was "public property" for the purposes of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, Finch C.J.B.C. concluded, at para. 77:

The finding that a statutory body is not a Crown agent should not lead inevitably to the conclusion that the lands that body holds are not "public property".

In his view, the degree of control exercised by the federal government over the VPA was sufficient to constitute all VPA lands as federal "public property" for constitutional purposes, and therefore its use is immune from provincial/municipal regulation.

26 Finch C.J.B.C. also expressed the view that the development proposal for the site fell within the exclusive legislative jurisdiction granted to Parliament under s. 91(10) over navigation and shipping. Finding that the chambers judge had applied the wrong test, he stated that "[t]he test is not the

bâtiments ou navires ne peut s'étendre au-delà des opérations terrestres qui sont accessoires, dans le sens de nécessaires, au transport maritime. Les granulats transportés par mer, comme tout le fret maritime, doivent être déchargés et il peut être nécessaire de les entreposer temporairement avant de les transporter des docks. Cependant, il n'est pas nécessaire de les transformer en béton en les mélangeant à d'autres ingrédients. Cette étape peut être liée au transport en ce que le malaxage est la raison d'être du transport, mais elle n'est pas nécessaire au transport.

... Une installation maritime peut être commercialement utile pour assurer le fonctionnement efficace d'une centrale à béton, mais cela ne signifie pas qu'une centrale à béton est nécessaire au fonctionnement d'une installation maritime. [Nous soulignons; par. 51-52.]

Le juge Lowry a accueilli la demande des contribuables et a déclaré que l'APV n'avait pas compétence pour approuver le projet Lafarge.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Mackenzie et Thackray)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 2004 BCCA 104

Le juge en chef Finch n'a pas accepté les conclusions du juge en chambre sur les deux moyens d'ordre constitutionnel. Sur la question de savoir si le terrain était une « propriété publique » pour l'application du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a conclu comme suit, au par. 77 :

[TRADUCTION] La conclusion selon laquelle un organisme créé par une loi n'est pas un mandataire de l'État ne doit pas mener inévitablement à la conclusion que les biens-fonds que cet organisme possède ne sont pas une « propriété publique ».

À son avis, le degré de contrôle exercé par le gouvernement fédéral sur l'APV était suffisant pour faire de tous les terrains de l'APV une « propriété publique », sur le plan constitutionnel, et pour ainsi soustraire leur utilisation à la réglementation provinciale et municipale.

Le juge en chef Finch a aussi exprimé l'opinion que le projet d'aménagement de ce terrain relevait de la compétence législative exclusive sur la navigation et les bâtiments ou navires conférée au Parlement par le par. 91(10). Estimant que le juge en chambre avait appliqué le mauvais critère, il a affirmé

necessity of a concrete batch plant to navigation and shipping, but rather whether the application of the City's Bylaw to regulate the development of port lands would affect a vital aspect of the federal power over navigation and shipping" (para. 96). He went on to explain:

> I agree with the submissions of the Port Authority and Lafarge that the Port Authority requires the flexibility to adapt its land uses to the changing needs of its customers and the surrounding community. The ability to control the use of port lands adjacent to the harbour ensures that marine access is maintained and that industries compatible with port uses are served. The Port Authority's power to control its own land also ensures consistency rather than a checkerboard of regulation by different municipalities. Integrated land-use planning and control are essential to the continued strength and competitiveness of the Port of Vancouver. [para. 107]

Having concluded that compliance with the City by-law would impermissibly affect a vital federal shipping function, Finch C.J.B.C. declared the by-law to be inapplicable to the proposed development. The appeal was allowed, the order of the chambers judge set aside, and the Ratepayers' petition was dismissed.

Mackenzie and Thackray JJ.A. agreed with Finch C.J.B.C. that the lands were "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, but did not find it necessary to address the alternative ground of federal jurisdiction over navigation and shipping.

III. Statutory Authorities

The statutory authorities are cited in the Appendix.

IV. Constitutional Questions

On January 26, 2005, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

que [TRADUCTION] « [l]e critère n'est pas celui de la nécessité d'une centrale à béton pour la navigation et les bâtiments ou navires, mais plutôt celui de savoir si l'application du règlement municipal afin de régir l'aménagement des terrains portuaires toucherait un aspect essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires » (par. 96). Il a poursuivi ainsi sa réflexion :

> [TRADUCTION] Je souscris aux observations de l'administration portuaire et de Lafarge, à savoir que l'administration portuaire a besoin de souplesse pour adapter les utilisations qu'elle fait de ses terres aux besoins changeants de sa clientèle et de la collectivité environnante. La capacité de contrôler l'utilisation des terres portuaires adjacentes au port garantit le maintien de l'accès maritime et les services aux industries qui sont compatibles avec les activités portuaires. Le pouvoir de contrôle dont dispose l'administration portuaire sur ses propres terres assure aussi qu'elles seront assujetties à une réglementation uniforme plutôt qu'à une réglementation disparate imposée par différentes municipalités. L'aménagement et le contrôle intégrés du territoire sont essentiels pour permettre au port de Vancouver de conserver son dynamisme et sa compétitivité. [par. 107]

27 Après avoir conclu qu'une obligation de conformité au règlement municipal toucherait, de manière inacceptable, au rôle essentiel du fédéral dans la navigation, le juge en chef Finch a déclaré que le règlement ne s'appliquait pas aux installations projetées. L'appel a été accueilli, l'ordonnance du juge en chambre a été annulée et la requête des contribuables a été rejetée.

28 Les juges Mackenzie et Thackray ont conclu comme le juge en chef Finch que les terrains étaient une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais n'ont pas estimé nécessaire d'examiner le moyen subsidiaire fondé sur la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

III. Dispositions législatives

29 Les dispositions législatives figurent à l'annexe.

IV. Questions constitutionnelles

30 Le 26 janvier 2005, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to property, with a legal description of Parcel P, Block 17, Plan LMP 47343, District Lot 184 and the Public Harbour of Burrard Inlet (the "Property"), held by the Vancouver Port Authority, on the basis that the Property is "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*?

2. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to the proposed development on the Property in view of Parliament's legislative authority over "navigation and shipping" under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*?

V. Analysis

31 Harbours, as with railways and airports, present difficult land use planning problems. The framers of the *Constitution Act, 1867*, seeking to unify the several colonies into a single country, logically placed the lines of interprovincial communication and transportation in federal hands. Yet transportation has a dramatic impact on land use, and land use is inherently local. Transportation facilities do not exist for their own sake but to serve the needs of the economy and the local communities that depend upon an efficient network for the movement of people and goods. On the other hand, there is a mutual self-interest linking the federally regulated transportation systems and the communities they serve, as is recognized both in the VPA's *Port 2010* plan and in the City's *Central Waterfront Official Development Plan*, already discussed.

32 The Attorney General of British Columbia argues that when engaged in activities that are merely "supportive" of shipping and navigation, as by promoting waterfront development that will (incidentally) generate waterborne transportation business (as in the hypothetical case of the dockside car assembly plant mentioned by the chambers judge), the VPA is operating outside federal jurisdiction and must comply with City by-laws like any

1. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable à la propriété, dont la description cadastrale est parcelle P, bloc 17, plan LMP 47343, lot de district 184, et au port public de Burrard Inlet (la « Propriété »), détenue par l'Administration portuaire de Vancouver, du fait que la Propriété est une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable au projet d'aménagement sur la Propriété du fait que le Parlement a l'autorité législative sur « la navigation et les bâtiments ou navires » aux termes du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

V. Analyse

À l'instar des chemins de fer et des aéroports, les ports posent des problèmes difficiles d'utilisation des sols. Cherchant à faire de plusieurs colonies un seul pays, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont en toute logique confié au fédéral les domaines des communications et du transport interprovinciaux. Pourtant, le transport a des effets énormes sur l'utilisation des terres, alors que l'utilisation des terres reste une question intrinsèquement locale. Les installations de transport n'existent pas pour elles-mêmes, mais pour répondre aux impératifs de l'économie et aux besoins des collectivités locales qui dépendent d'un réseau de communication efficace pour la circulation des personnes et des biens. Par ailleurs, un intérêt mutuel lie les systèmes de transport sous réglementation fédérale et les collectivités qu'ils desservent, ainsi que le reconnaissent le plan *Port 2010* de l'APV et le plan d'aménagement officiel de la ville intitulé *Central Waterfront Official Development Plan*, mentionnés précédemment.

Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, lorsqu'elle exerce des activités qui sont simplement « favorables » à la navigation et au transport maritime — en favorisant par exemple l'aménagement du front de mer, ce qui (accessoirement) encouragera le secteur du transport maritime (comme dans le cas hypothétique de l'usine portuaire de montage d'automobiles mentionnée par le juge en chambre), l'APV excède les limites

other waterfront developer, such as those who put up waterfront condominium residences.

The respondent VPA, supported by the City, says that this approach understates the federal interest identified by the Court of Appeal including:

1. the Crown's ultimate "ownership" or control of all VPA lands, including lands held by the VPA in its own name, and

2. the VPA's role as exclusive regulator of shipping and navigation activities, a federal power that has traditionally been construed broadly.

The VPA is particularly concerned about its ability to function effectively if required to deal in development matters with the eight different municipalities that border the harbour. Lafarge, for its part, points out that it has done what the City and the VPA asked it to do, and is now in its eleventh year of seeking to bring a waterfront project to fruition and its fifth year of litigation, with no project implementation in sight.

Whether or not a particular activity is "integral" to the exercise of a federal head of legislative power, or is "sufficiently linked" to validate federal regulation, is essentially a factual inquiry. *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, held that dockside unloading and storage operations are "integral" to shipping, as would be loading trucks to remove the cargo from the port. The wharves would otherwise become so congested as to cease to operate. The law favours unified regulation of integrated facilities. Insistence on bright jurisdictional lines within what the City and the VPA considered to be a continuous transportation-based project would encourage regulatory conflict and dampen entrepreneurial activity in the port area that both the City and the

de la compétence fédérale et doit se conformer aux règlements municipaux comme tout autre promoteur sur le front de mer, notamment ceux qui y ont construit des condominiums.

33 L'APV intimée, avec l'appui de la ville, répond que ce point de vue minimise l'intérêt du gouvernement fédéral cerné par la Cour d'appel, y compris :

1. la « propriété » ou le contrôle ultime de l'État sur l'ensemble des terres de l'APV, y compris les terres détenues par l'APV en son propre nom;

2. le rôle de l'APV en tant que seule autorité de réglementation des activités de navigation et de transport maritime, un domaine de compétence fédérale qui a toujours fait l'objet d'une interprétation libérale.

34 L'APV s'inquiète particulièrement au sujet de sa capacité de fonctionner efficacement s'il lui faut traiter des questions d'aménagement avec les huit municipalités qui bordent le port. Pour sa part, Lafarge signale qu'elle a accompli ce que la ville et l'APV lui ont demandé et qu'elle tente depuis maintenant onze ans, dont cinq ans devant les tribunaux, de mener à terme sur le front de mer un projet dont la mise à exécution n'est toujours pas en vue.

35 Déterminer si une activité en particulier fait partie « intégrante » de l'exercice d'un chef de compétence législative fédérale, ou si elle possède « un lien suffisant » pour valider un règlement fédéral, constitue essentiellement une question d'examen factuel. Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, la Cour a statué que les opérations à quai de déchargement et d'entreposage sont partie « intégrante » du transport maritime, comme le serait le chargement des camions en vue d'emporter les marchandises du port. S'il en était autrement, les quais deviendraient tellement congestionnés qu'ils deviendraient inutilisables. Le droit favorise une réglementation unifiée des installations intégrées. Tout accent mis sur l'établissement d'une ligne de démarcation claire dans

VPA agree would comply with good planning principles.

A. *Constitutional Overview*

36 There is no separate head of legislative power over "ports". The federal government enjoys exclusive jurisdiction in relation to its public property and over shipping and navigation activities. The province exercises jurisdiction over "property and civil rights" and "municipal institutions" within the province but it has, of course, been long recognized that the power to control navigation and shipping conferred by s. 91(10) is "capable of allowing the Dominion Parliament to restrict very seriously the exercise of proprietary rights": *Montreal (City of) v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] 1 D.L.R. 840 (P.C.), at pp. 848-49, *per* Viscount Cave L.C.

37 The development of waterfront land could potentially fall under either provincial or federal jurisdiction, depending on the ownership and the use to which the land is proposed to be put. Waterfront lands do not cease to be "within the province" by reason of their potential use for federally regulated activities (*Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695), but of course federal authority will be paramount to the provincial authority in cases of overlapping jurisdiction where there is a valid federal law and a valid provincial law applicable to different aspects of the proposed use and the two laws come into operational conflict. In this respect, we agree, as did the Ontario Court of Appeal ((1978), 21 O.R. (2d) 491), with what was said by Griffiths J. (as he then was) in *Hamilton Harbour Commissioners v. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459 (H.C.J.), at p. 484:

> In my opinion, land-use control within a harbour has both provincial and federal aspects. . . . Only if conflict arises with respect to the use of a parcel of land within

ce que la ville et l'APV estiment être un projet qui ne saurait être réalisé sans transport continu favoriserait les conflits de règlements et freinerait, dans la zone portuaire, une activité entrepreneuriale qui, comme le reconnaissent la ville et l'APV, respecterait de bons principes d'aménagement.

A. *Survol constitutionnel*

Aucun chef de compétence législative distinct ne porte sur les « ports ». Le gouvernement fédéral jouit d'une compétence exclusive à l'égard de ses biens publics et des activités maritimes. La province exerce une compétence sur « [l]a propriété et les droits civils » et sur les « institutions municipales » dans la province, mais il est évidemment admis depuis longtemps que, en vertu de la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires que lui confère le par. 91(10), [TRADUCTION] « le Parlement du Canada peut limiter très sérieusement l'exercice des droits de propriété » : *Montreal (City of) c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] 1 D.L.R. 840 (C.P.), p. 848-849, le vicomte Cave, lord chancelier.

L'aménagement du front de mer pourrait potentiellement relever de la compétence provinciale ou fédérale, selon la propriété et l'utilisation que l'on se propose de faire du terrain. Les terrains du front de mer ne cessent pas d'être « dans la province » parce qu'ils peuvent éventuellement servir à des activités assujetties à la réglementation fédérale (*Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695). Cependant, la compétence fédérale prévaudra évidemment sur la compétence provinciale dans les cas de chevauchement de compétences là où deux lois valides, l'une fédérale et l'autre provinciale, s'appliquent à différents aspects de l'utilisation projetée et donnent lieu à un conflit d'application. Nous souscrivons à cet égard, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario ((1978), 21 O.R. (2d) 491), aux propos du juge Griffiths (plus tard juge de la Cour d'appel) dans *Hamilton Harbour Commissioners c. City of Hamilton* (1976), 21 O.R. (2d) 459 (H.C.J.), p. 484 :

> [TRADUCTION] À mon avis, le contrôle de l'utilisation des sols dans les limites d'un port comporte à la fois des aspects provinciaux et des aspects fédéraux [. . .] En

the limits of the harbour, will the paramountcy of the federal power cause the operation of the by-law of the City to be suspended.

cas de conflit quant à l'utilisation d'une parcelle de terre située dans les limites du port, l'application du règlement municipal sera suspendue en raison de la primauté de la compétence fédérale.

The potential for conflict in mixed land use development along urban waterfronts is considerable. In Hamilton, bouts of litigation between the City and the Hamilton Harbour Commissioners over jurisdiction to regulate land use in the harbour area lasted almost as long as the Thirty Years War, beginning in the 1960s with the Hamilton harbour dredging scandal (whose criminal aspects were eventually dealt with in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662). More recently, the City of Mississauga, expressing frustration because its development procedures were being disregarded in the enlargement of Toronto's Pearson Airport, threatened to withhold emergency fire services; see *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix. On the other hand, as the now virtually abandoned airport at Mirabel and the aborted mega-airport project at Pickering show, the federal ability to implement transportation infrastructure without provincial cooperation is seriously circumscribed. Federal-provincial-municipal cooperation in such matters is not unconstitutional. It is essential.

38 Le risque de conflit en matière d'aménagement mixte du territoire sur les fronts de mer urbains reste considérable. À Hamilton, d'âpres litiges entre la ville et les commissaires du port de Hamilton au sujet du pouvoir de réglementer l'utilisation des sols dans le secteur portuaire ont duré presque aussi longtemps que la guerre de Trente ans, après s'être ouverts dans les années 1960 par le scandale des travaux de dragage dans le port de Hamilton (dont les aspects criminels ont finalement été examinés dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662). Plus récemment, la ville de Mississauga, exprimant sa frustration de voir ses procédures d'aménagement écartées lors de l'agrandissement de l'aéroport Pearson à Toronto, a menacé de suspendre les services d'incendie; voir *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix. Par ailleurs, comme le démontrent les cas de l'aéroport maintenant quasi-abandonné de Mirabel et du projet abandonné de méga-aéroport à Pickering, l'aptitude du gouvernement fédéral de mettre en œuvre des infrastructures de transport sans la collaboration provinciale demeure sérieusement limitée. La collaboration fédérale-provinciale-municipale dans ces matières n'est pas inconstitutionnelle. Elle est essentielle.

It is worth recalling in this connection the plea for cooperation expressed by Houlden J.A. when one of the pitched battles in the *Hamilton Harbour Commissioners* litigation was before the Ontario Court of Appeal:

39 Il convient de rappeler à ce propos l'appel à la collaboration lancé par le juge Houlden lorsque la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'une des batailles rangées dans l'affaire *Hamilton Harbour Commissioners* :

We are certain that both the [Hamilton Harbour Commissioners] and the city are desirous that this important harbour and the land surrounding it are properly developed and controlled. The extensive litigation between the plaintiff and the city, which has culminated in this appeal, is, in our opinion, unnecessary and futile. It is our hope that the parties will now be able to resolve their differences by amicable agreement so that further litigation can be avoided and their common objective accomplished. [p. 491]

[TRADUCTION] Nous sommes certains que [les commissaires du port de Hamilton] et la ville souhaitent que ce port d'importance et les terres qui l'entourent soient convenablement aménagés et contrôlés. À notre avis, le long litige qui oppose le demandeur et la ville et qui a abouti au présent appel est inutile et futile. Nous espérons que les parties pourront dorénavant régler leurs différends à l'amiable de sorte qu'elles pourront éviter d'autres litiges et réaliser leur objectif commun. [p. 491]

40 It seems to us that this approach is mirrored in the 1998 protocol (Charter) made between the City of Vancouver and the VPA, and in their respective land use plans, previously referred to. It remains to be seen of course whether what was done complies with the Constitution.

B. *The Scope of Interjurisdictional Immunity*

41 As discussed in *Canadian Western Bank*, there are circumstances in which the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level (para. 32). This is called interjurisdictional immunity and is an exception to the ordinary rule under which legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional (para. 26). Thus a provincial *Planning Act* relating to pith and substance of "Municipal Institutions in the Province" (*Constitution Act, 1867*, s. 92(8)) and "Property and Civil Rights in the Province" (s. 92(13)) as well as "Matters of a merely local or private Nature" (s. 92(16)) would quite permissibly have "incidental effects" on matters within its scope that would otherwise fall within federal jurisdiction over navigation and shipping, provided such "incidental effects" are not precluded from doing so by (i) the doctrine of interjurisdictional immunity or (ii) the operation of federal paramountcy.

42 In this case, we are dealing with a federal undertaking, the VPA, constituted pursuant to two heads of federal legislative power, the authority in relation to public property (*Constitution Act, 1867*, s. 91(1A)) and the federal authority in relation to navigation and shipping (s. 91(10)). In *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 ("*Bell Canada (1988)*"), the Court restricted interjurisdictional immunity to "essential and vital elements" of such undertakings

Il nous semble que cette approche se reflète dans le protocole de 1998 (la Charte) intervenu entre la ville de Vancouver et l'APV, ainsi que dans leurs plans d'utilisation des sols respectifs mentionnés précédemment. Il reste bien sûr à vérifier la conformité des actes posés à la Constitution.

B. *Portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences*

Comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiétements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement (par. 32). C'est ce qu'on appelle la doctrine de l'exclusivité des compétences, qui constitue une exception à la règle ordinaire selon laquelle la législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement perdre sa validité constitutionnelle (par. 26). Ainsi, il est tout à fait légitime que la *Planning Act* provinciale, dont le caractère véritable relève des « institutions municipales dans la province » (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(8)), de « [l]a propriété et [d]es droits civils dans la province » (par. 92(13)) et des « matières d'une nature purement locale ou privée » (par. 92(16)), produise des « effets accessoires » sur des matières dont elle traite, bien que ceux-ci relèvent sous d'autres rapports de la compétence fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires, pourvu que (i) la doctrine de l'exclusivité des compétences ou (ii) la doctrine de la prépondérance fédérale n'interdisent pas de tels « effets accessoires ».

L'affaire qui nous occupe implique une entreprise fédérale, l'APV, constituée conformément à deux chefs de compétence législative fédérale, soit la compétence relative à la propriété publique (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(1A)) et celle relative à la navigation et aux bâtiments ou navires (par. 91(10)). Dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (« *Bell Canada (1988)* »), la Cour a limité l'application de la doctrine de l'exclusivité des

(pp. 839 and 859-60). In our view, as explained in *Canadian Western Bank*, Beetz J. chose his words carefully, and intended to use "vital" in its ordinary grammatical sense of "[e]ssential to the existence of something; absolutely indispensable or necessary; extremely important, crucial" (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), at p. 3548). The word "essential" has a similar meaning, e.g. "[a]bsolutely indispensable or necessary" (p. 860). The words "vital" and "essential" were not randomly chosen. The expression "vital part" was used in an earlier shipping case *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the "*Stevedoring*" case), at p. 592. What is "vital" or "essential" is, by definition, not co-extensive with every element of an undertaking incorporated federally or subject to federal regulation. In the case of federal undertakings, that would include the VPA. Beetz J. referred to a "general rule" that there is *no* interjurisdictional immunity, provided "the application of [the] provincial laws does not bear upon those [federal] subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction" (*Bell Canada (1988)*, at p. 762 (emphasis added)).

The question before us, therefore, is whether it can be said that federal jurisdiction over all development on VPA lands within the port area of Vancouver, even non-Crown lands *not* used for shipping and navigation purposes, is "absolutely indispensable or necessary" to the discharge by the VPA of its responsibilities in relation to federal "public property" or "navigation and shipping". We concluded in *Canadian Western Bank* that interjurisdictional immunity is not essential to make these federal powers effective for the purposes for which they were conferred and therefore this appeal should be decided on the basis of federal paramountcy, not interjurisdictional immunity.

compétences aux « éléments essentiels ou vitaux » de telles entreprises (p. 839 et 859-860). Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, nous estimons que le juge Beetz a bien pesé ses mots, et qu'il entendait employer le mot « vital » dans son sens grammatical ordinaire, à savoir ce qui est « essentiel à la vie d'un individu, d'une collectivité; indispensable » (*Nouveau Petit Robert* (2007), p. 2724). Le mot « [e]ssentiel » possède un sens similaire, soit celui de ce qui « est absolument nécessaire (opposé à *inutile*) » (p. 932). Les mots « vital » et « essentiel » n'ont pas été choisis au hasard. L'expression [TRADUCTION] « élément essentiel » avait déjà été employée dans la décision relative à la navigation *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (l'« *Affaire des débardeurs* »), p. 592. Par définition, ce qui est « vital » ou « essentiel » ne correspond pas nécessairement à chaque élément d'une entreprise constituée en société sous le régime d'une loi fédérale ou assujettie à la réglementation fédérale. À l'égard des entreprises fédérales, dont l'APV, le juge Beetz a fait état d'un « principe plus général » selon lequel il n'existe *aucune* exclusivité des compétences pourvu que « [l']assujettissement [aux lois provinciales] n'ait pas pour conséquence que ces lois [. . .] atteignent [les sujets qui relèvent de la compétence du Parlement] dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762 (nous soulignons)).

43 La Cour doit donc décider s'il est possible d'affirmer que la compétence fédérale sur l'aménagement de l'ensemble des terrains de l'APV dans la zone portuaire de Vancouver, même les terres non publiques qui *ne* servent *pas* à des activités de navigation et de transport maritime, est « absolument nécessaire » à l'exécution des responsabilités fédérales touchant « la propriété publique » ou « la navigation et les bâtiments ou navires » qui incombent à l'APV. Nous avons conclu dans *Banque canadienne de l'Ouest* que l'exclusivité des compétences n'est pas essentielle pour garantir la réalisation efficace des objectifs pour lesquels ces compétences fédérales ont été attribuées; par conséquent, le présent pourvoi devrait être tranché suivant la doctrine de la prépondérance fédérale et non de l'exclusivité des compétences.

C. *The Role and Function of the Vancouver Port Authority*

44 In the reorganization of Canadian ports undertaken after the Great Depression of the 1930s, a distinction was drawn by Parliament between harbours of national importance (e.g. Halifax, Montreal, Vancouver) which were to be run by the National Harbours Board, a Crown agency, and those harbours of lesser significance (Toronto, Hamilton, Cobourg, Windsor, etc.) which were left with their own harbour commissions constituted by special federal statute, with Commissioners nominated in varying proportions by the federal government and the local municipality. As Finch C.J.B.C. rightly pointed out in the present case, the different types of harbour commissioners were subject to varying levels of federal control, and care must be taken in reading the earlier cases not to overgeneralize about their status (paras. 71-72).

45 In 1998, Parliament again substantially reorganized the structure of federal harbours with the *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10 ("*CMA*"). Introduction of the *CMA* followed publication of a Report by the House of Commons Standing Committee on Transport which had observed:

> [T]he Local port corporations including Vancouver] have major concerns regarding the limitations placed on their present delegations of authority for contracts, leasing, real property acquisition or disposal, and independence within the federal structure. It was pointed out that when government approval is required the process is cumbersome, complicated, and time-consuming to the point where some approvals have taken as long as two years.
>
> (*A National Marine Strategy* (May 1995), at p. 6)

Thus the Minister of Transport assured Members of Parliament:

> The revised act will consolidate and simplify maritime regulations, reduce red tape, and speed up commercial decision-making. It will enable the ports to meet client needs more efficiently and to reduce the

C. *Le rôle et la mission de l'Administration portuaire de Vancouver*

Lors de la réorganisation des ports canadiens entreprise après la grande dépression des années 30, le Parlement a établi une distinction entre les ports d'importance nationale (par exemple Halifax, Montréal et Vancouver), qui devaient relever du Conseil des ports nationaux, un organisme d'État, et ceux de moindre importance (Toronto, Hamilton, Cobourg, Windsor, etc.), dont la gestion devait être laissée à leur commission portuaire respective créée par une loi fédérale spéciale, et dont les commissaires étaient nommés en proportions différentes par le gouvernement fédéral et la municipalité locale. Comme le juge en chef Finch l'a souligné avec justesse dans la présente affaire, les commissaires des différents types de port étaient assujettis, à divers degrés, au contrôle fédéral. Dans ce contexte, lorsqu'on examine les décisions antérieures, il faut alors se garder de généraliser à outrance quant à leur statut (par. 71-72).

En 1998, le Parlement a de nouveau réorganisé en profondeur la structure des ports fédéraux en adoptant la *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10 (« *LMC* »). L'entrée en vigueur de la *LMC* faisait suite à la publication d'un rapport du Comité permanent des transports de la Chambre des communes, dans lequel on faisait remarquer ce qui suit :

> [L]es représentants des [sociétés portuaires locales incluant Vancouver] ont exprimé de sérieuses préoccupations quant aux limites dont s'assortissent actuellement leurs délégations de pouvoir pour ce qui est des contrats, des baux ainsi que de l'acquisition ou la vente d'immobilisations; l'autonomie par rapport à la structure fédérale a aussi été mise en cause. On a souligné que, toutes les fois où l'approbation gouvernementale s'impose, le processus est lourd, complexe et si lent qu'une période de deux ans est nécessaire.
>
> (*Une stratégie maritime nationale* (mai 1995), p. 7)

Le ministre des Transports a donc rassuré les députés :

> La loi révisée consolidera et simplifiera la réglementation maritime, réduira la paperasserie et permettra la prise de décisions commerciales plus rapide. Elle permettra aux ports de répondre plus efficacement aux besoins

bureaucracy. Overall, it will make our maritime sector competitive.

(*House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 10, 1997, at p. 766)

The general provisions of the *CMA* are supplemented in the case of each designated port authority by Letters Patent, which took effect in the case of the VPA on March 1, 1999 (*Canada Gazette*, Part I, vol. 133, February 27, 1999 (Supplement), at p. 3). The federal government appoints six of the nine directors of the VPA. Mr. James P. Crandles, the Director of Port Development, testified that the *CMA* aimed at making Canadian ports "more efficient, less bureaucratic, and more responsive to the needs of local communities and customers. It also made local ports more accountable, permitting them to perform acts, enter into contracts, and incur debts on their own without acting through the Federal government" (A.R., at p. 401). To achieve this objective, Parliament authorized port authorities such as the VPA to engage *as Crown agents* in their traditional activities related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods (s. 7(1)) to the extent that such activities are specified in the letters patent issued to each such port authority (s. 28(2)(*a*)). At the same time, port authorities were authorized on their own behalf and *not as Crown agent* (s. 28(3)) to undertake "other activities that are deemed in the letters patent to be necessary to support port operations" (s. 28(2)(*b*)). The verb "to support" is very broad and its ordinary grammatical meaning includes to "contribut[e] to the success of [an undertaking]" (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5th ed. 2002), at p. 3119). The VPA has adopted a very broad view of "support" including "indirect support". *Port 2010*, for example, includes in Policy 3.2.2, a justification for its "non-deep-sea marine operations":

de leurs clients et de réduire la bureaucratie. Dans l'ensemble, elle améliorera la compétitivité de notre secteur maritime.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 10 octobre 1997, p. 766)

46 Pour chacune des administrations portuaires désignées, les dispositions générales de la *LMC* sont complétées par des lettres patentes qui, dans le cas de l'APV, sont entrées en vigueur le 1er mars 1999 (*Gazette du Canada*, partie I, vol. 133, 27 février 1999 (supplément), p. 3). Le gouvernement fédéral nomme six des neufs administrateurs de l'APV. M. James P. Crandles, directeur du développement du port, a déclaré que la *LMC* visait à rendre les ports canadiens [TRADUCTION] « plus efficaces, moins bureaucratiques et plus sensibles aux besoins de leurs clients et des collectivités locales. La *LMC* a également accru la responsabilité des ports locaux en leur permettant d'accomplir certains actes, de signer des contrats et de contracter des dettes en leur nom sans passer par le gouvernement fédéral » (d.a., p. 401). Pour atteindre ces objectifs, le Parlement a autorisé les administrations portuaires comme l'APV à exercer, *à titre de mandataires de l'État*, leurs activités traditionnelles liées à la navigation, au transport des passagers et des marchandises, à la manutention des marchandises (par. 7(1)) dans la mesure où ces activités sont prévues dans les lettres patentes délivrées à chacune de ces administrations portuaires (al. 28(2)*a*)). Parallèlement, les administrations portuaires ont été autorisées à exercer pour leur propre compte et *non à titre de mandataire de l'État* (par. 28(3)) les « autres activités qui sont désignées dans les lettres patentes comme étant nécessaires aux opérations portuaires » (al. 28(2)*b*)). L'expression « nécessaires aux opérations portuaires » est très large et, prise dans son sens grammatical ordinaire, elle s'entend notamment de ce qui [TRADUCTION] « contribue au succès [d'une entreprise] » (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (5e éd. 2002), p. 3119). L'APV a retenu une conception très extensive de l'expression « nécessaires aux opérations portuaires » où elle englobe les activités « indirectement nécessaires ». Par exemple, *Port 2010* justifie, dans son énoncé de politique 3.2.2, ses [TRADUCTION] « opérations maritimes en eaux peu profondes » :

While the majority of these activities are not directly trade related, they indirectly support the port's trade functions through rental revenue derived by VPC which is reinvested in terminals and other infrastructure. [Emphasis added; p. 15.]

[TRADUCTION] Même si la majorité de ces activités ne touchent pas directement au commerce, elles sont indirectement nécessaires à la vocation commerciale du port grâce aux revenus de location que l'APV en tire et qu'elle réinvestit dans les terminaux et les autres infrastructures. [Nous soulignons; p. 15.]

Activities that "support" port operations (directly or indirectly) are not necessarily in themselves port operations and need not necessarily be of a shipping and navigation nature, provided they generate revenue for the development of the port as an economic entity. To qualify as "support" in this sense is clearly not sufficient in our view to justify *exclusive* federal jurisdiction.

Les activités (directement ou indirectement) « nécessaires » aux opérations portuaires ne correspondent pas obligatoirement à des opérations portuaires et ne possèdent pas nécessairement un caractère maritime, pourvu qu'elles génèrent des recettes qui assurent le développement du port en tant qu'entité économique. La possibilité de qualifier ces autres activités de « nécessaires » nous paraît clairement insuffisant pour justifier une compétence fédérale *exclusive.*

47 As a good deal of argument was made before us about the different categories of VPA land and the potential implications for federal-provincial jurisdiction, it is necessary to review the legislative framework. The *CMA* creates different categories of ownership of land which are more or less aligned with Crown agent and non-Crown agent objectives. Schedule B to the Letters Patent is aligned to Crown agent activities and lists federal real property that is "under the management of the port authority" (see s. 8(2)(*d*) of the *CMA* and art. 3.2 of the Letters Patent). In the case of Vancouver, such lands are in Crown ownership but under VPA management. The lands adjacent to the Lafarge project lands were Schedule B lands.

Comme de nombreux arguments nous ont été soumis au sujet des différentes catégories de terrains relevant de l'APV et des conséquences qu'elles peuvent avoir sur les compétences fédérales et provinciales, il faut maintenant examiner le cadre législatif applicable. La *LMC* crée diverses catégories de droits de propriété foncière correspondant plus ou moins aux objectifs des mandataires de l'État et des non-mandataires de l'État. L'annexe B des lettres patentes correspond aux activités confiées au mandataire de l'État et énumère les immeubles fédéraux « dont la gestion [. . .] est confiée » à l'administration portuaire (voir al. 8(2)*d*) de la *LMC* et l'art. 3.2 des lettres patentes). Dans le cas de Vancouver, ces terrains appartiennent à l'État, mais leur gestion est confiée à l'APV. Les terrains adjacents à ceux du projet Lafarge sont décrits à l'annexe B.

48 On the other hand, Schedule C to the Letters Patent describes "real property . . . other than the federal real property" that is "held or occupied by the port authority" (see s. 8(2)(*e*) of the *CMA* and art. 3.3 of the Letters Patent). Part of the rationale for Schedule C is to fulfil the Minister's promise to free lands from such constraints as those imposed on Crown lands by the *Federal Real Property and Federal Immovables Act*, S.C. 1991, c. 50, s. 2. At the relevant time, the only VPA lands listed in Schedule C were the Lafarge project lands acquired by the VPA from the City and approved by

Par ailleurs, l'annexe C des lettres patentes décrit « les biens réels, autres que [. . .] les biens réels fédéraux » que l'administration portuaire « occupe ou détient » (voir l'al. 8(2)*e*) de la *LMC* et l'art. 3.3 des lettres patentes). L'annexe C représente en partie la mise à exécution de la promesse du ministre de soustraire certains terrains aux restrictions imposées aux terres publiques, par exemple par la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, art. 2. À l'époque en cause, les seuls terrains figurant à l'annexe C étaient ceux visés par le projet Lafarge. L'APV avait acquis

supplementary Letters Patent on August 7, 2000. As such they differ from Schedule B Crown lands in the following respects (to summarize):

(i) Schedule B lands are owned by the Crown; Schedule C lands are owned by the VPA (*CMA*, s. 2);

(ii) Schedule B lands have been determined by the Minister to be *necessary* for port purposes; Schedule C lands have been determined by the Minister to be necessary to *support* port operations (*CMA*, s. 28(2));

(iii) The VPA acts as agent of Canada in relation to purposes for which Schedule B lands are managed; the VPA is not an agent of Canada in relation to purposes for which Schedule C lands are held (*CMA*, ss. 7, 28(2) and 28(3));

(iv) The VPA can mortgage or charge Schedule C lands but it is specifically prohibited from doing so in relation to Schedule B lands (*CMA*, s. 31(3));

(v) The VPA must stipulate in its contracts relating to Schedule C lands, including contracts to borrow, that is *not* acting as agent for the Crown (*CMA*, ss. 28(2)(*b*) and 28(5)).

D. *The Federal Land Use Management Plan and Project Approval Scheme Adopted by the VPA (Port 2010)*

The VPA is required by s. 48(1) of the *CMA* to develop a detailed land use plan, which must contain objectives and policies for the development of both the federal Crown land that it manages and other land the VPA holds or occupies. *Port 2010* was originally developed in 1994 by its predecessor, the Vancouver Port Corporation (VPC), and

ceux-ci de la ville, et la transaction avait été approuvée par lettres patentes supplémentaires en date du 7 août 2000. À ce titre, ils diffèrent des terres publiques décrites à l'annexe B de la façon suivante (en résumé) :

(i) les terrains décrits à l'annexe B appartiennent à l'État; ceux décrits à l'annexe C appartiennent à l'APV (*LMC*, art. 2);

(ii) les terrains décrits à l'annexe B sont considérés par le ministre comme étant *nécessaires* pour les besoins du port; ceux décrits à l'annexe C sont considérés par le ministre comme étant *nécessaires* aux opérations portuaires (*LMC*, par. 28(2));

(iii) l'APV agit à titre de mandataire du gouvernement du Canada pour les besoins que vise la gestion des terrains décrits à l'annexe B; l'APV n'est pas un mandataire du gouvernement du Canada pour les besoins auxquels les terrains décrits à l'annexe C sont détenus (*LMC*, art. 7 et par. 28(2) et (3));

(iv) l'APV peut hypothéquer ou grever d'une sûreté les terrains décrits à l'annexe C, mais il lui est expressément interdit de le faire pour ce qui est des terrains décrits à l'annexe B (*LMC*, par. 31(3));

(v) l'APV doit stipuler dans les contrats qu'elle conclut en regard des terrains décrits à l'annexe C, y compris les contrats d'emprunt, qu'elle *n'*agit *pas* à titre de mandataire de l'État (*LMC*, al. 28(2)*b*) et par. 28(5)).

D. *Le plan d'aménagement des terres fédérales et le régime d'approbation des projets adoptés par l'APV (Port 2010)*

49 Le paragraphe 48(1) de la *LMC* demande à l'APV d'établir un plan détaillé d'utilisation des sols, comportant des objectifs et politiques pour l'aménagement des terres publiques fédérales dont la gestion lui est confiée et des autres terres qu'elle occupe ou détient. *Port 2010* a été initialement élaboré en 1994 par le prédécesseur de l'APV, la Société du port de

adopted in 1999 by the VPA. Policy 3.2.1 of the *Port 2010* is to "protect waterfront land and water lots in support of port service industries that are dependent upon waterfront access" (p. 14). Policy 3.2.2 provides that the VPA will support marine-related commercial and public sector harbour operations. The VPA's *A Guide To Project Approvals In Port Vancouver* contains provisions analogous to a municipal development permit approval system.

Vancouver (« SPV »), et a été adopté en 1999 par l'APV. L'énoncé de politique 3.2.1 dans *Port 2010* vise à [TRADUCTION] « protéger les terres du front de mer et les lots d'eau nécessaires aux entreprises de services portuaires qui dépendent de l'accès au front de mer » (p. 14). L'énoncé de politique 3.2.2 prévoit que l'APV soutiendra les opérations portuaires du secteur public et les activités commerciales liées au domaine maritime. Le document *A Guide To Project Approvals In Port Vancouver* de l'APV contient des dispositions analogues à celles d'un régime municipal de délivrance de permis d'aménagement.

50 Section 48(9) of the CMA provides that "[l]and-use plans are not regulations within the meaning of the *Statutory Instruments Act*". Like a municipal official plan, *Port 2010* sets out policies and objectives. Unlike a municipal official plan, *Port 2010* applies only to lands owned by the VPA itself, including both Crown land and non-Crown land.

Le paragraphe 48(9) de la *LMC* prévoit que « [l]es plans d'utilisation des sols ne sont pas des règlements au sens de la *Loi sur les textes réglementaires* ». À l'instar d'un plan municipal officiel, *Port 2010* énonce des politiques et des objectifs. Contrairement à un plan municipal officiel, *Port 2010* ne s'applique qu'aux terres dont l'APV est elle-même propriétaire, qu'elles soient publiques ou non.

51 *Port 2010* policies extend beyond shipping and navigation uses. For example, the plan shows land uses within federal jurisdiction (e.g. docks) as well as land uses under provincial jurisdiction (e.g. access roads) and identifies non-shipping waterfront uses such as the Cannery Restaurant (p. 41), proposed residential development on its Maplewood North site (p. 50) and industrial freezing facilities (p. 16). Thus, while *Port 2010* sets out land uses it supports and encourages within the port, it must be read in light of the constitutional limits on federal power. Much of the VPA lands are s. 91(1A) "public lands", and their development is exclusively within federal jurisdiction. This is not the case with development on non-Crown lands, the use of which must be brought within the scope of the navigation and shipping power if federal jurisdiction is to be justified.

Les politiques énoncées dans *Port 2010* ne se limitent pas aux utilisations liées au transport maritime et à la navigation. Par exemple, le plan mentionne des utilisations des sols relevant aussi bien de la compétence fédérale (par exemple les docks) que de la compétence provinciale (par exemple les voies d'accès) et fait même mention d'utilisations en front de mer non liées au transport maritime, telles que le restaurant Cannery (p. 41), les projets d'aménagement résidentiel sur son site de Maplewood North (p. 50) et les installations de congélation industrielle (p. 16). Donc, même si *Port 2010* fait état de certaines utilisations qu'il appuie et encourage dans les limites du port, il faut l'examiner au regard des limites constitutionnelles de la compétence fédérale. La plupart des terrains de l'APV sont des « terres publiques » au sens du par. 91(1A) et leur aménagement relève exclusivement de la compétence fédérale. La situation diffère dans le cas des terres non publiques, dont l'aménagement doit relever de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires pour que l'exercice de la compétence fédérale soit justifié.

The City plan, too, shows features of the harbour, but does not thereby invade federal jurisdiction. The harbour is a physical fact of life. Planners at both levels of government simply accept the physical reality of the Vancouver waterfront and recognize overlapping jurisdictions over different activities that can potentially take place on waterfront lands. As *Port 2010* notes, "urban encroachment pressures result in competition for shoreline usage" (p. 14).

Le plan municipal fait lui aussi ressortir certaines caractéristiques du port, mais il n'empiète pas de ce fait sur la compétence fédérale. Le port possède une réalité physique. Les planificateurs des deux ordres de gouvernement ne font qu'accepter la réalité physique du front de mer de Vancouver et reconnaître le chevauchement des compétences sur différentes activités qui pourraient s'exercer sur les terres du front de mer. Comme on le fait remarquer dans *Port 2010*, [TRADUCTION] « les pressions de la prolifération urbaine donnent lieu à une compétition pour l'occupation du littoral » (p. 14). 52

The existence of such a multi-use plan at either level of government authority is not an assertion that everything shown on the plan is claimed to be within its jurisdiction. Policy 3.2.3, for example, provides that the VPA will support "non-marine dependent land uses" (p. 16 (emphasis added)) in appropriate locations on VPA lands within the port. The Policy reads in part:

L'adoption par les deux ordres d'autorité gouvernementale d'un tel plan prévoyant des utilisations multiples ne signifie pas que chaque autorité gouvernementale affirme sa compétence relativement à tout ce qui figure à son plan. L'énoncé de politique 3.2.3, par exemple, prévoit que l'APV appuiera les [TRADUCTION] « utilisations des sols qui dépendent de l'activité non maritime » (p. 16 (nous soulignons)) dans des endroits appropriés sur ses terrains portuaires. L'énoncé prévoit notamment ce qui suit : 53

> Several commercial activities in the port do not require direct marine access. However, given the industrial nature of most of these uses, they are compatible with port facilities. . . . When they occupy sites where eventual deep-sea terminal usage is anticipated, [VPA] leasing policies will continue to take such potential land requirements into account. [p. 16]

> [TRADUCTION] Plusieurs activités commerciales exercées dans le port ne requièrent aucun accès maritime direct. Cependant, compte tenu de la nature industrielle de la plupart de ces utilisations, elles sont compatibles avec les installations portuaires [. . .] Lorsque ces activités sont exercées sur des emplacements où l'usage d'un terminal en eau profonde est prévu, les politiques de [l'APV] en matière de location continueront de tenir compte de ces exigences territoriales potentielles. [p. 16]

The Schedule C land which Lafarge proposes to lease for its project is designated "marine related" industrial and commercial uses.

Les terrains décrits à l'annexe C que Lafarge propose de louer pour son projet sont destinés à des utilisations commerciales et industrielles [TRADUCTION] « liées au secteur maritime ».

E. *The Schedule C Lands Are Not the "Public Property" of the Federal Crown Within the Scope of Section 91(1A) of the Constitution Act, 1867*

E. *Les terres de l'annexe C ne sont pas la « propriété publique » de l'État fédéral au sens du par. 91(1A) de la Loi constitutionnelle de 1867*

The first branch of the respondent's interjurisdictional immunity argument relates to the exclusive federal authority in relation to "public property" within the scope of s. 91(1A).

Le premier volet de l'argument fondé sur l'exclusivité des compétences avancé par l'intimée a trait à la compétence exclusive du fédéral sur la « propriété publique » au sens du par. 91(1A). 54

55 While federal ownership of land does not create an enclave from which all provincial laws are excluded, provincial law cannot affect the exercise of "a vital part" of federal property rights. (See also *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, at pp. 777-79, *Greater Toronto Airports Authority*, at paras. 62-63, and *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at pp. 643-44.)

56 The appellant submits that, "absent an agency relationship, 'public property' must encompass some element of ownership by Canada in order to receive constitutional immunity from provincial land use regulations" (A.F., at para. 42). We think this proposition is correct. Section 91(1A) creates an immunity based on a *proprietary* interest. As Professor Peter Hogg states:

> The federal Parliament has the exclusive power to make laws in relation to "the public debt and property" (s. 91(1A)). This power enables it to enact laws in respect of federally-owned property. [Emphasis added.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 28-2)

Interjurisdictional immunity does not, in our view, extend to all federally *controlled* property. In *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 9 (Gen. Div.), it was "common ground that the federal government is the owner of the land at Pearson Airport" (p. 20). Gérard V. La Forest wrote (prior to his appointment to this Court) that

> if the federal government has an interest in property it may legislate respecting that property in such a way as to displace ordinary provincial law. For it should be observed that the Dominion may legislate respecting its property notwithstanding anything in the [*Constitution Act, 1867*]. [Emphasis added.]

(*Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 135)

Même si la propriété fédérale des terres ne crée pas une enclave soustraite à l'application de toutes les lois provinciales, le droit provincial ne peut nuire à l'exercice d'un « élément essentiel » des droits de propriété du gouvernement fédéral. (Voir aussi *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, p. 777-779, *Greater Toronto Airports Authority*, par. 62-63, et *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, p. 643-644.)

L'appelant soutient que [TRADUCTION] « en l'absence d'une relation de mandataire, la "propriété publique" doit comprendre un élément de propriété fédérale afin de bénéficier de l'immunité constitutionnelle à l'égard des règlements provinciaux relatifs à l'utilisation des sols » (m.a., par. 42). Nous croyons que cette proposition est bien-fondée. Le paragraphe 91(1A) crée une immunité fondée sur un intérêt *propriétal*. Comme l'affirme le professeur Peter Hogg :

> [TRADUCTION] Le Parlement fédéral a le pouvoir exclusif d'adopter des lois relatives à la « dette et la propriété publiques » (par. 91(1A)). Ce pouvoir lui permet d'édicter des lois relatives aux biens qui appartiennent au gouvernement fédéral. [Nous soulignons.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 28-2)

Toutefois, l'exclusivité des compétences ne s'étend pas, selon nous, à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la *maîtrise*. Dans *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (1999), 43 O.R. (3d) 9 (Div. gén.), il était [TRADUCTION] « reconnu que le gouvernement fédéral est propriétaire des terrains à l'aéroport Pearson » (p. 20). Gérard V. La Forest a écrit ce qui suit (avant d'être nommé juge à notre Cour) :

> [TRADUCTION] . . . si le gouvernement fédéral a un intérêt dans un bien, il peut légiférer relativement à ce bien de manière à écarter le droit commun provincial. C'est pourquoi il convient de signaler que le Parlement fédéral peut légiférer relativement à ses biens nonobstant toute disposition de [la *Loi constitutionnelle de 1867*]. [Nous soulignons.]

(*Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 135)

For s. 91(1A) purposes, the property can be held directly by the Crown, or indirectly by an agent, because if an agent acquires land on behalf of the principal in the agent's own name, then the agent is a trustee of the land for the principal who holds a beneficial *proprietary* interest. As the redoubtable Chancellor Boyd stated in *Coyne v. Broddy* (1887), 13 O.R. 173 (Ch. D.), at p. 184:

> So it is with an agent dealing with any property; he obtains no interest himself in the subject matter beyond his remuneration; he is dealing throughout for another . . . .

In the case of Schedule B lands, the legal and/or beneficial proprietary interest belongs to the Crown in right of Canada. On the other hand, the Schedule C land designated by the VPA for the Lafarge project is not held in the name of the Crown; nor is it held by the VPA as Crown agent. Nor is the VPA the Crown.

The B.C. Court of Appeal sought to expand the scope of s. 91(1A) beyond a proprietary interest to include lands owned by an entity "controlled" by the Crown. Control is, of course, a leading indicator of Crown agency status, but it is only part of the test:

> It is not possible for me to formulate a comprehensive and accurate test applicable in all cases to determine with certainty whether or not an entity is a Crown agent. The answer to that question depends in part upon the nature of the functions performed and for whose benefit the service is rendered. It depends in part upon the nature and extent of the powers entrusted to it. It depends mainly upon the nature and degree of control exercisable or retained by the Crown.

(*R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board* (1963), 38 D.L.R. (2d) 530 (Ont. C.A.), at p. 534, *per* Laidlaw J.A., adopted by this Court in *Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 S.C.R. 238, at p. 250.)

In *Halifax (City of) v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215, at p. 226,

Pour l'application du par. 91(1A), le bien peut être détenu directement par l'État, ou indirectement par un mandataire. En effet, si un mandataire acquiert en son propre nom un terrain pour le compte du mandant, il devient alors le fiduciaire du terrain pour le compte du mandant qui détient un intérêt *propriétal* à titre bénéficiaire. Comme l'a écrit le réputé chancelier Boyd dans *Coyne c. Broddy* (1887), 13 O.R. 173 (Ch. D.), p. 184 : 57

> [TRADUCTION] Il en va de même du mandataire qui acquiert un bien; il n'obtient lui-même aucun intérêt dans le bien, hormis sa rémunération; il agit en tout pour le compte d'un autre . . .

Dans le cas des terrains décrits à l'annexe B, l'intérêt propriétal légal ou bénéficiaire appartient à l'État du chef du Canada. Par ailleurs, les terrains décrits à l'annexe C et affectés par l'APV au projet Lafarge ne sont pas détenus au nom de l'État, ni par l'APV en sa qualité de mandataire de l'État. L'APV ne se confond pas non plus avec l'État.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cherché à élargir la portée du par. 91(1A) afin d'inclure dans la notion d'intérêt propriétal les terrains détenus par un organisme « contrôlé » par l'État. Bien sûr, le contrôle représente un indicateur prépondérant du statut de mandataire de l'État, mais reste un simple élément du critère de reconnaissance de ce statut : 58

> [TRADUCTION] Il ne m'est pas possible de formuler un critère à la fois général et précis permettant de déterminer dans tous les cas avec certitude si un organisme est ou non mandataire de la Couronne. La réponse à cette question dépend pour partie de la nature des fonctions exercées et des personnes auxquelles le service est destiné. Elle dépend pour partie de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés. Elle dépend principalement de la nature et du degré de contrôle que peut exercer ou qu'a conservé la Couronne.

(*R. c. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board* (1963), 38 D.L.R. (2d) 530 (C.A. Ont.), p. 534, le juge Laidlaw, adopté par la Cour dans *Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238, p. 250.)

Dans *Halifax (City of) c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215, p. 226, le juge 59

Duff C.J. stated that the Port Authority is "subject at every turn in executing those powers to the control of the [federal Crown]". See also *Nova Scotia Power Inc. v. Canada*, [2004] 3 S.C.R. 53, 2004 SCC 51, and *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.

60 In the *CMA* however Parliament has taken the trouble to specify in explicit terms when the VPA is acting as a Crown agent and when it is not so acting. Section 28(3) of the *CMA* provides for example that when the VPA is acting merely "in support" of port operations it is *not* acting as Crown agent. This reflects the *CMA* policy to liberate the port authority from the full measure of constraints imposed on dealings with federal Crown land. To impute s. 91(1A) status to Schedule C lands, and thereby to subject the lands to a Crown regime which the denial of Crown agent status was designed to avoid, is to undermine achievement of Parliament's intent.

61 We decline to accept the invitation of the B.C. Court of Appeal to take one of the elements of the Crown agency test (albeit the key element of control) and elevate it for this purpose above the test of which it forms a part, i.e., the requirement of agency status. The consequences of extending the interjurisdictional immunity enjoyed by federal property proposed by the Court of Appeal would create a significant hole in relevant and appropriate provincial regulation that, with respect, is not justified. We would therefore reaffirm the need for a Crown *proprietary* interest to justify the application of s. 91(1A) and on this point reject the conclusion of the B.C. Court of Appeal. If the respondents are to succeed, they must do so on the basis of the navigation and shipping power, which is another branch of their argument.

en chef Duff a conclu que l'administration portuaire est, [TRADUCTION] « dans l'exercice de ces pouvoirs, constamment assujetti[e] au contrôle de [l'État fédéral] ». Voir aussi *Nova Scotia Power Inc. c. Canada*, [2004] 3 R.C.S. 53, 2004 CSC 51, et *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

Dans la *LMC* cependant, le législateur précise en termes exprès les cas où l'APV agit à titre de mandataire de l'État et ceux où elle n'agit pas en cette qualité. Le paragraphe 28(3) de la *LMC* fournit un exemple de situations où l'APV, exerçant simplement des activités « nécessaires » aux opérations portuaires, *n'*agit *pas* à titre de mandataire de l'État. Cet exemple reflète la politique générale de la *LMC* qui entend libérer l'administration portuaire de tout le poids des contraintes imposées lorsque des terres publiques fédérales sont en cause. L'attribution aux terres décrites à l'annexe C du statut prévu au par. 91(1A), et leur assujettissement par le fait même à un régime fédéral auquel le statut de non-mandataire de l'État devait permettre d'échapper, compromet la réalisation de l'objectif législatif du fédéral.

Nous déclinons l'invitation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'isoler l'un des éléments du critère de détermination du statut de mandataire de l'État (bien qu'il s'agisse de l'élément déterminant qu'est le contrôle) pour l'élever à cette fin au-dessus du critère dont il fait partie, c.-à-d. l'exigence du statut de mandataire. L'extension de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dont bénéficient les immeubles fédéraux, proposé par la Cour d'appel, créerait dans la réglementation provinciale pertinente un vide important qui, avec égards, ne se justifie pas. Par conséquent, nous sommes d'avis de confirmer la nécessité d'un intérêt *propriétal* fédéral pour assurer l'application du par. 91(1A) et, sur ce point, de rejeter la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Si les intimées doivent avoir gain de cause, c'est sur le fondement de la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires, qui constitue un autre volet de leur argument.

F. *Validity of the CMA Land Use Controls Set Out in Port 2010*

The methodology for reconciling the exercise of federal power and provincial power is canvassed at length in *Canadian Western Bank* and will not be repeated here. The initial step, as always in cases involving the division of legislative powers, is to identify the "pith and substance" of the respective enactments. As mentioned earlier, the *CMA* in relation to *non*-Crown lands is supported by the federal legislative power relating to navigation and shipping under s. 91(10), which is complemented by such provisions as s. 91(9) (beacons, buoys, etc.), and s. 91(11) (quarantine and marine hospitals). The scope of the s. 91(10) power includes maritime law which establishes the framework of legal relationships arising out of navigation and shipping activities. The federal power also includes the infrastructure of navigation and shipping activities. This power enables the federal government to build or regulate the necessary facilities like ports and to control the use of shipping lanes and waterways (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), at pp. 68-75). If valid and applicable to development on *non*-Crown lands, the *CMA* may have "incidental effects" in matters that would otherwise fall within provincial authority, such as the planning and development of land uses within the municipality of Vancouver.

On the provincial side, the power involved is the authority over municipal institutions and matters of local interest. The province of British Columbia has delegated broad powers to the City on zoning and construction within its boundaries. No one disputes the validity of this delegation of provincial powers. As a result, it is clear that both the Parliament of Canada and the legislature of British Columbia have validly exercised their legislative powers. The regulatory and decision-making power of the VPA and the City flow from them.

F. *Validité des mesures de contrôle de l'utilisation des sols énoncées dans Port 2010 en application de la LMC*

62 La méthode capable de concilier l'exercice du pouvoir fédéral et du pouvoir provincial est examinée à fond dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* et nous ne reprendrons pas son examen en l'espèce. Comme dans toute affaire relative au partage des compétences législatives, la première étape consiste à préciser le « caractère véritable » des lois respectives. Rappelons que l'application de la *LMC* aux terres *non* publiques repose sur la compétence législative fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires prévue au par. 91(10), que complètent des dispositions telles le par. 91(9) (relatif aux amarques, bouées, etc.) et celles du par. 91(11) (relatif à la quarantaine et aux hôpitaux de marine). L'étendue de la compétence conférée par le par. 91(10) s'étend au droit maritime, qui établit le cadre des relations juridiques découlant des activités propres à la navigation et aux bâtiments ou navires. La compétence fédérale s'étend aussi à l'infrastructure des activités liées à la navigation et aux bâtiments et navires. Elle permet au gouvernement fédéral de construire ou de réglementer les installations nécessaires, comme les ports, et de contrôler l'usage des voies maritimes et des eaux navigables (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), p. 68-75). Dans la mesure où elle est valide et applicable à l'aménagement des terres *non* publiques, la *LMC* peut produire des « effets accessoires » dans des matières qui relèvent, à d'autres égards, de la compétence provinciale, telles l'utilisation des terres et l'aménagement des terrains dans la municipalité de Vancouver.

63 Du côté provincial, la compétence sur les institutions municipales et les matières d'intérêt local est en cause. La province de la Colombie-Britannique a délégué à la ville de Vancouver de vastes pouvoirs en matière de zonage et de construction sur son territoire. Nul ne conteste la validité de cette délégation de pouvoirs provinciaux. Par conséquent, il est clair que le Parlement du Canada et la législature de la Colombie-Britannique ont tous deux validement exercé leurs pouvoirs législatifs, dont découlent les pouvoirs décisionnels et réglementaires de l'APV

The question before our Court is their applicability.

64 Historically, the federal navigation and shipping power has been broadly construed (*Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222). The transportation needs of the country cannot be allowed to be hobbled by local interests. Nothing would be more futile than a ship denied the space to land or collect its cargo and condemned like the *Flying Dutchman* to forever travel the seas. Authority for the proposition that transportation undertakings need facilities to pick up and drop cargo, if any is required, is to be found in *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.). Effective regulation of harbour facilities are as essential to shipping as airports to aeronautics. As stated by Estey J. in *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, at p. 319:

> . . . it is impossible to separate the flying in the air from the taking off and landing on the ground and it is, therefore, wholly impractical, particularly when considering the matter of jurisdiction, to treat them as independent one from the other.

Similarly, MacKinnon J.A. (later A.C.J.O.) observed in *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.), at p. 549:

> . . . airports are an integral and vital part of aeronautics and aerial navigation, and cannot be severed from that subject-matter so as to fall under a different legislative jurisdiction.

See also *Hamilton Harbour Commissioners*, at p. 480. Nevertheless, there are limits. Federal undertakings such as the VPA are not, on that account, wholly exempt from valid provincial laws of general application that in their operation do not "bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction", *per* Beetz J. in *Bell Canada (1988)*, at p. 762.

et de la ville de Vancouver. La Cour est appelée à trancher la question de leur applicabilité.

Historiquement, la compétence fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires a été interprétée de façon libérale (*Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222). Les intérêts locaux ne sauraient entraver les besoins du pays en matière de transport. Rien ne serait plus inutile qu'un navire auquel on refuserait l'espace nécessaire pour accoster ou prendre possession de son fret et qui serait ainsi condamné, comme le *Flying Dutchman*, à naviguer éternellement. Mentionnons au besoin, à l'appui de la thèse que les entreprises de transport ont besoin d'installations pour charger et décharger leur fret, la décision *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541 (C.P.). Une réglementation efficace des installations portuaires est aussi essentielle au secteur maritime que les aéroports le sont à l'aéronautique. Comme l'a déclaré le juge Estey dans *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, p. 319 :

> [TRADUCTION] . . . il est impossible de dissocier l'étape du vol de celles du décollage et de l'atterrissage, et il est donc totalement irréaliste, en particulier lorsqu'on examine la question de la compétence, de les traiter comme si elles étaient indépendantes les unes des autres.

De même, le juge MacKinnon (plus tard Juge en chef adjoint de l'Ontario) a fait ces remarques dans *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.), p. 549 :

> [TRADUCTION] . . . les aéroports constituent une partie intégrante et essentielle de l'aéronautique et de la navigation aérienne, et ils ne peuvent être dissociés de ce domaine de manière à relever d'une autre compétence législative.

Voir aussi *Hamilton Harbour Commissioners*, p. 480. Il existe néanmoins des limites. Les entreprises fédérales comme l'APV n'échappent pas entièrement, pour cette raison, aux lois provinciales valides d'application générale qui n'ont « pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale », comme l'a dit le juge Beetz dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, p. 762.

(1) There Is No Explicit Federal Jurisdiction Over "Port Lands". Such Authority Must Be Derived From the Federal Power Over Navigation and Shipping, and Is Limited Thereby

In *Hamilton Harbour Commissioners*, the Commissioners (two appointed federally, one by the City) took the view that within an area defined by federal regulation as "the port", the City's land use powers were inapplicable. The Ontario Court of Appeal rightly rejected the notion that "the port" could be treated as a separate head of federal power or a federal enclave that as such attracted interjurisdictional immunity. It is true that the federal navigation and shipping power can extend to regulate "integral" land-based activities but that does not withdraw all port-located industry that may be said "to support port operations" (such as the waterside car assembly plant mentioned by the chambers judge) from provincial jurisdiction just because such a plant makes use of waterborne transportation and, in a general way, contributes to the profitability of the VPA land lease business.

(2) Federal Jurisdiction Can Be Supported in Relation to Matters "Closely Integrated" With Navigation and Shipping

Our jurisprudence holds that a matter otherwise subject to provincial jurisdiction may be brought within federal jurisdiction if it is "closely integrated" with shipping and navigation. In *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, for example, it was held that claims for money owed for excess product delivered, demurrage, and the cost of renting the cranes used to unload goods (normally a contract claim within provincial jurisdiction over property and civil rights) were so

(1) Aucune compétence fédérale n'est expressément prévue en matière de « terrains portuaires ». L'autorité législative doit découler de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et ne s'en tenir qu'à elle

65 Dans *Hamilton Harbour Commissioners*, les commissaires (deux nommés par le gouvernement fédéral et un nommé par la ville) ont estimé qu'à l'intérieur des limites du secteur du « port » défini par règlement fédéral, les pouvoirs de la ville relatifs à l'utilisation des sols étaient inapplicables. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à bon droit la théorie que « le port » pouvait être considéré comme un domaine de compétence fédérale distinct ou comme une enclave fédérale commandant à ce titre l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il est vrai que la compétence fédérale dans le domaine de la navigation et du transport maritime peut s'étendre à la réglementation des activités terrestres qui en font partie « intégrante ». Cependant, les entreprises portuaires dont on peut dire qu'elles sont « nécessaires aux opérations portuaires » (telles que l'usine portuaire de montage d'automobiles évoquée par le juge en chambre) n'échappent pas pour autant à la compétence provinciale du simple fait qu'elles font appel au transport maritime et que, de façon générale, elles contribuent à la rentabilité des activités de location immobilière de l'APV.

(2) Il est possible d'affirmer qu'il existe une compétence fédérale relativement à des matières « intégrées étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires

66 Suivant la jurisprudence de notre Cour, une matière par ailleurs assujettie à la compétence provinciale peut relever de la compétence fédérale si elle est « intégrée étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. Par exemple, dans *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, la Cour a statué que les demandes pour le paiement de l'excédent de cargaison livré, des surestaries et du coût de location des grues aux fins du déchargement des marchandises (un recours

"*integrally connected* to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence" (pp. 795-96 (emphasis in original)). This test of "close integration" was discussed in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1299, where the Court held that certain provisions of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, applied as well to pleasure craft as to commercial ships. See also *Zavarovalna Skupnost Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283, at p. 297. On that basis, it seems to us that jurisdiction over "marine-related port uses", properly circumscribed and interpreted by reference to the shipping component, may also come within the reach of the federal power over navigation and shipping.

contractuel relevant normalement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils) étaient « *entièrement liées* aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale » (p. 796 (souligné dans l'original)). La Cour a examiné ce critère fondé sur « l'intégration étroite » dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1299, où elle a conclu que certaines dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, s'appliquaient tant aux bateaux de plaisance qu'aux navires commerciaux. Voir également *Zavarovalna Skupnost Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, p. 297. Pour ce motif, il nous semble que la compétence sur les utilisations portuaires « liées au secteur maritime », correctement circonscrite et interprétée en fonction du volet bâtiments ou navires, peut également relever du pouvoir fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires.

67 The chambers judge drew the limit for federal jurisdiction too narrowly when he stated:

> Aggregate that is carried by sea must, like all marine cargo, be offloaded and it may have to be stored short-term before it is delivered from the dock. However, it does not have to be mixed with other ingredients and made into concrete. That may be related to the carriage in that it is the reason for the transport, but it is not necessary for the transport to be performed. [Emphasis added; para. 51.]

Le juge en chambre a circonscrit la compétence fédérale de façon trop restrictive lorsqu'il a affirmé :

> [TRADUCTION] Les granulats transportés par mer, comme tout le fret maritime, doivent être déchargés et il peut être nécessaire de les entreposer temporairement avant de les transporter des docks. Cependant, il n'est pas nécessaire de les transformer en béton en les mélangeant à d'autres ingrédients. Cette étape peut être liée au transport en ce que le malaxage est la raison d'être du transport, mais elle n'est pas nécessaire au transport. [Nous soulignons; par. 51.]

The issue is not necessity but integration. As Rand J. pointed out in the *Stevedoring* case:

> Actual necessity need not appear as the contracting out case shows [*Grand Trunk Railway Co. v. Attorney General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.)]; it is the appropriateness, on a balance of interests and convenience, to the main subject matter or the legislation. [Emphasis added; pp. 548-49.]

La nécessité n'est pas en jeu, mais plutôt l'intégration. Comme l'a souligné le juge Rand dans l'*Affaire des débardeurs* :

> [TRADUCTION] Comme le démontre cette affaire [*Grand Trunk Railway Co. c. Attorney General of Canada*, [1907] A.C. 65 (C.P.)], où il s'agissait d'une renonciation par contrat, il n'est pas nécessaire de démontrer la nécessité réelle; il suffit de montrer, selon la prépondérance des intérêts et des besoins, son adéquation au sujet principal ou à la législation. [Nous soulignons; p. 548-549.]

68 In our view, the *CMA* land use controls can constitutionally extend to the Lafarge project, which has from the outset been conceived of by both the

Nous estimons que les mesures de contrôle de l'utilisation des sols prévues par la *LMC* peuvent constitutionnellement s'étendre au projet Lafarge,

City and the VPA as an integrated transportation/mixing facility in which the marine transportation aspect dominates.

(3) The VPA Is a Federal Undertaking With Multiple Mandates

The VPA performs a key shipping and navigation role in Vancouver harbour. It is also a significant owner of *non*-Crown lands on which it contemplates undertaking or authorizing various types of development. It thus joins a long tradition of corporations created by federal statute with multiple mandates, powers and responsibilities. It is no more exclusively a "navigation and shipping" undertaking than is the Canadian Pacific Railway exclusively a federal railway undertaking, as was made clear (by way of illustration) in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1948] S.C.R. 373, aff'd [1950] A.C. 122 (P.C.) (the "*Empress Hotel*" case). The Canadian Pacific Railway was clearly in part a federally regulated railway undertaking, nevertheless

> [b]ecause a company is a railway company it does not follow that all its works must be railway works or that all its activities must relate to its railway undertaking. [p. 143]

Much of the *Port 2010* plan relates to activities that clearly have nothing to do with shipping and navigation, let alone qualify as "absolutely indispensable and necessary" to the VPA's ability to fulfill its shipping and navigation mandate. *Port 2010* land use designations for VPA lands include

> Port recreation [including] parks and plazas [and] conditional uses. [p. 29]

. . .

que la ville et l'APV envisagent depuis le début comme une installation intégrant des services de transport et de malaxage dans laquelle le transport maritime constitue un aspect dominant.

(3) L'APV est une entreprise fédérale dont les mandats sont multiples

69 L'APV joue un rôle clé dans le domaine de la navigation et du transport maritime à l'intérieur du port de Vancouver. Il s'agit également d'un propriétaire important des terres *non* publiques sur lesquelles elle envisage exécuter ou autoriser différents types d'aménagement. Elle s'inscrit dans la longue lignée des sociétés constituées sous le régime d'une loi fédérale dont les mandats, les pouvoirs et les responsabilités sont multiples. Elle n'est pas plus une entreprise exclusivement liée à la « navigation et [aux] bâtiments ou navires » que Chemin de fer Canadien Pacifique n'est exclusivement une entreprise fédérale de chemin de fer, comme l'a fait clairement ressortir (grâce à un exemple) l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General of British Colombia*, [1948] R.C.S. 373, conf. par [1950] A.C. 122 (C.P.) (l'arrêt « *Empress Hotel* »). De toute évidence, le Chemin de fer Canadien Pacifique était en partie une entreprise de chemin de fer relevant du fédéral, cependant

> [TRADUCTION] [p]arce qu'il s'agit d'une compagnie de chemin de fer, il ne s'ensuit pas que tous ses ouvrages doivent être des ouvrages de chemin de fer ou que toute son activité doive se rapporter à son entreprise de chemin de fer. [p. 143]

70 Le plan *Port 2010* porte en grande partie sur des activités qui n'ont manifestement rien à voir avec la navigation et les bâtiments ou navires, et qu'on ne peut encore moins qualifier d'« absolument nécessaire » à l'accomplissement du mandat dans le domaine de la navigation et du transport maritime confié à l'APV. *Port 2010* prévoit notamment affecter les terrains de l'APV aux fins suivantes :

> [TRADUCTION] Activités récréatives portuaires, [y compris des] parcs et des centres commerciaux [et] des utilisations conditionnelles. [p. 29]

. . .

Conditional Uses . . . are not directly marine-oriented but . . . provide ongoing revenue to VPC and are compatible with neighbouring industrial uses. The Cannery Restaurant and Versatile cold storage plant are two such operations. [p. 41]

. . .

Urban and mixed port use [including] urban uses, or urban uses combined with compatible port-related facilities. [p. 29]

71 *Port 2010* policies in relation to VPA lands include:

There are three sites that offer the opportunity for both recreational pursuits and waterfront access including Devonian Harbour Park, Portside Park and New Brighton Park. All three parks are maintained by the Vancouver Parks Board. [VPA] has ensured the long-term existence of these parks to the municipality and to the public through new lease agreements with the City of Vancouver. [p. 43]

. . .

The [Central Waterfront area] has the added capacity to support significant, urban-related development, including commercial, residential and public uses, while also accommodating transportation facilities such as the existing SeaBus terminal and the Heliport. [p. 43]

. . .

Port Recreation accounts for the largest proportion of waterfront use within Planning Area #2, especially at the head of Burrard Inlet in the City of Port Moody. [p. 44]

. . .

Maplewood North is the second [VPA] site identified for urban-related development. This 14 hectare site is located to the north of the Dollarton Highway in the District of North Vancouver. Part of the site is currently occupied by the Canadian International College while the balance of the site is being examined for potential

Les utilisations conditionnelles [. . .] ne sont pas directement axées sur l'activité maritime, mais [. . .] procurent des recettes constantes à l'APV et sont compatibles avec les utilisations industrielles voisines. Le restaurant Cannery et les installations de conservation frigorifique de Versatile entrent dans cette catégorie. [p. 41]

. . .

Les utilisations portuaires mixtes et urbaines, [y compris les] utilisations urbaines ou les utilisations urbaines combinées à des installations portuaires compatibles. [p. 29]

Port 2010 contient notamment les énoncés de politique suivants concernant les terres de l'APV :

[TRADUCTION] Trois emplacements peuvent à la fois servir à des fins récréatives et offrir un accès maritime, à savoir le Devonian Harbour Park, le Portside Park et le New Brighton Park. Ces trois parcs sont entretenus par la Vancouver Parks Board. Par la conclusion de nouveaux contrats de location avec la ville de Vancouver, [l'APV] a assuré la municipalité et la population du maintien à long terme de ces parcs. [p. 43]

. . .

[La zone du front de mer central] a en outre la capacité de s'accommoder d'un important aménagement para-urbain, y compris d'utilisations commerciales, résidentielles et publiques, tout en se prêtant à des installations de transport telles que l'actuel terminal SeaBus et l'Héliport. [p. 43]

. . .

Les installations récréatives portuaires représentent la majeure partie des utilisations du front de mer dans les limites de la zone d'aménagement n° 2, plus particulièrement à l'extrémité de Burrard Inlet dans la ville de Port Moody. [p. 44]

. . .

Maplewood North est le deuxième emplacement de [l'APV] destiné à un aménagement para-urbain. Cet emplacement de 14 hectares est situé au nord de Dollarton Highway dans le district de North Vancouver. Une partie du terrain est actuellement occupée par le Canadian International College, alors que pour le reste, un

residential use by a private developer together with the District of North Vancouver. [p. 50]

. . .

In Planning Area #5, two sites are designated Port Recreation in recognition of existing community parks that offer public access to the waterfront. . . . [VPA] encourages public access to the waterfront in these locations through the Port Recreation designation. [p. 55]

Port 2010 thus itself refutes the notion that it is narrowly aligned with s. 91(10). Further, the VPA's view of uses that "support" port operations is extremely broad and cannot be said to be absolutely indispensable and necessary to its shipping and navigation undertaking. It is important to underline at this point that the VPA approved the Lafarge project in part because "it realizes Policy 2.1 of the Plan, supporting port service industries reliant on waterfront access" (A.R., at p. 412 (emphasis added)). Merely "supporting port service industries reliant on waterfront access" does not, it seems to us, qualify as absolutely indispensable and necessary to the VPA's federal undertaking.

G. *Conclusion With Respect to Interjurisdictional Immunity*

The *CMA* is a federal law in pith and substance related to the management of public property and shipping and navigation. Its land use controls reach beyond Crown property to embrace uses that are "closely integrated" with shipping and navigation. This covers the Lafarge project. However, land use jurisdiction asserted by the VPA in this case, while valid, does not attract interjurisdictional immunity. The port is not a federal enclave. VPA lands are held and leased for a variety of activities. Authorizing the construction of a cement plant on these port lands does not fall within the core or vital functions of VPA. On the facts of this case, it rather belongs to an incidental port development business, which because of its integration in

promoteur privé et le district de North Vancouver envisagent une utilisation à des fins résidentielles. [p. 50]

. . .

Dans la zone d'aménagement n° 5, deux emplacements sont affectés à des fins récréatives portuaires, compte tenu des parcs communautaires existants qui offrent un accès public au front de mer [. . .] Grâce à cette affectation, [l'APV] facilite l'accès public au front de mer sur ces emplacements. [p. 55]

Port 2010 réfute donc lui-même la thèse voulant qu'il s'ajuste étroitement au par. 91(10). En outre, l'APV se fait, des utilisations qui sont « nécessaires » aux opérations portuaires, une conception extrêmement large, alors qu'on ne saurait prétendre que ces utilisations sont absolument nécessaires à ses activités de navigation et de transport maritime. Il importe de souligner ici que l'APV a approuvé le projet Lafarge notamment parce qu'il [TRADUCTION] « met en œuvre l'énoncé de politique 2.1 du plan, en ce qu'il appuie les entreprises de services portuaires qui dépendent d'un accès au front de mer » (d.a., p. 412 (nous soulignons)). Le simple fait que le projet « appuie les entreprises de services portuaires qui dépendent d'un accès au front de mer » ne lui donne pas, à notre avis, un caractère absolument nécessaire aux activités de l'APV en tant qu'entreprise fédérale.

G. *Conclusion sur la question de l'exclusivité des compétences*

72 La *LMC* est une loi fédérale qui, en raison de son caractère véritable, se rapporte à la gestion d'une propriété publique et à la navigation et au transport maritime. Elle prévoit des mesures de contrôle de l'utilisation des sols qui vont au-delà des biens de l'État afin d'englober des utilisations « étroitement intégrées » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. Sa portée couvre le projet Lafarge. Toutefois, la compétence en matière d'utilisation des sols que s'attribue l'APV en l'espèce, quoique valide, ne fait pas intervenir la doctrine de l'exclusivité des compétences. Le port n'est pas une enclave fédérale. L'APV possède et loue des terrains utilisés pour diverses activités. Autoriser la construction d'une centrale à béton

marine transportation is reached by federal jurisdiction, but which certainly lies beyond the core of s. 91(10).

73 In the absence of valid and applicable federal regulatory land use controls, there would be no regulatory vacuum on the former Sterling shipbuilding site. The provincial land-use controls would apply.

H. *In This Case, the Federal Power Will Prevail Only if the Requirements of the Federal Paramountcy Doctrine Are Satisfied*

74 The stronger argument presented by the intervener, the Attorney General of Canada, is that the federal land use controls and procedures authorized by s. 48 of the *CMA* and implemented in *Port 2010* are paramount over conflicting provincial land use laws so as to render such laws inoperative. We therefore turn to this alternative argument.

(1) The Application of Federal Paramountcy to *CMA* Section 48 and *Port 2010*

75 The provincial Attorneys General argue that there is no operational conflict because Lafarge could apply for and obtain building permits from both the VPA and the City. But that argument overlooks the fact that the Lafarge project in its present form does not comply with the City's by-law. The by-law imposes a 30-foot height restriction. It would be within the City's discretion to waive the height limit up to 100 feet, but that would impose the condition precedent of an exercise of a discretion by the City to approve a project that has already been approved by the VPA. This would create an operational conflict that would flout the federal purpose, by depriving the VPA of its final decisional authority on the development of the port, in respect of

sur ces terrains portuaires ne relève pas des fonctions essentielles ou vitales de l'APV. En l'espèce, l'autorisation s'inscrit plutôt dans une entreprise accessoire de développement portuaire qui, du fait de son intégration au transport maritime, l'assujettit à la compétence fédérale mais ne relève certainement pas du contenu essentiel du par. 91(10).

L'absence de mesures valides et applicables de réglementation fédérale de l'utilisation des sols ne placerait pas l'ancien chantier naval Sterling dans un vide réglementaire. Les mesures provinciales de contrôle de l'utilisation des sols seraient alors applicables.

H. *En l'espèce, la compétence fédérale ne prévaudra que si les exigences de la doctrine de la prépondérance fédérale sont respectées*

Le procureur général du Canada, intervenant, a présenté un argument plus solide voulant que les mesures et les procédures fédérales de contrôle de l'utilisation des sols autorisées par l'art. 48 de la *LMC* et mises en œuvre dans *Port 2010* aient prépondérance sur les lois provinciales incompatibles qui portent sur le même sujet, de sorte que ces dernières deviennent inopérantes. Nous abordons donc cet argument subsidiaire.

(1) L'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales à l'art. 48 de la *LMC* et à *Port 2010*

Les procureurs généraux provinciaux soutiennent qu'il n'existe aucun conflit d'application parce que Lafarge pourrait solliciter et obtenir des permis de construire de l'APV et de la ville. Or, cet argument fait abstraction du fait que, dans sa forme actuelle, le projet Lafarge ne respecte pas le règlement municipal. Ce dernier impose une hauteur limite de 30 pieds. La ville pourrait à sa discrétion renoncer à cette limite pourvu que la hauteur ne dépasse pas 100 pieds, mais cela imposerait comme condition préalable qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire consistant à approuver un projet déjà approuvé par l'APV. Cela créerait un conflit d'application qui ferait fi de l'objectif fédéral en privant l'APV de son pouvoir de décision définitive sur le développement

matters which fall within the legislative authority of Parliament.

The principles governing the modern doctrine of federal paramountcy were summarized by Dickson J. in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 190-91, where he said:

> [T]here is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament.
>
> . . .
>
> In principle, there would seem to be no good reason to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other. [Emphasis added.]

We restated the requirements for federal paramountcy in our reasons in *Canadian Western Bank*. The party raising the issue must establish the existence of valid federal and provincial laws and the impossibility of their simultaneous application by reason of an operational conflict or because such application would frustrate the purpose of the enactment, as explained by our Court in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at paras. 11-14. (See also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 68-71; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.)

(a) *The Existence of a Valid Federal Law*

We have already explained why, in our view, the provisions in the *CMA* governing the dedication of land within the port area for uses related to shipping, and the *CMA* authorized land use plan and policies and procedures set out in *Port 2010*

du port relativement à des matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement.

76 Les principes régissant la doctrine moderne de la prépondérance fédérale ont été résumés par le juge Dickson dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 190-191, où il dit ce qui suit :

> Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement.
>
> . . .
>
> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit « oui » et que l'autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles »; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre. [Nous soulignons.]

77 Dans nos motifs dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, nous avons reformulé les conditions requises pour que s'applique la prépondérance fédérale. La partie soulevant la question doit établir l'existence de lois fédérale et provinciale valides et l'impossibilité qu'elles s'appliquent simultanément en raison d'un conflit d'application ou parce que cette application entraverait la réalisation de l'objet du texte législatif, comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 11-14. (Voir également *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 68-71; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.)

a) *L'existence d'un texte législatif fédéral valide*

78 Nous avons déjà expliqué pourquoi, à notre avis, les dispositions de la *LMC* régissant l'affectation de terres situées dans la zone portuaire à des utilisations liées à la navigation, comme les politiques et procédures autorisées par la *LMC* et établies dans

construed in light of the scope of the federal power, are valid federal law. We agree with counsel for the respondents that as a question of fact, the whole of the Lafarge project on the VPA's Schedule C land is sufficiently "integrated" into the ship/barge unloading facility to make federal regulation applicable to all aspects of it.

Port 2010, interprétées en fonction de l'étendue de la compétence fédérale, sont des textes législatifs fédéraux valides. Nous sommes d'accord avec les avocats des intimées pour conclure que, dans les faits, l'ensemble du projet Lafarge devant être réalisé sur les terrains de l'APV décrits à l'annexe C est suffisamment « intégré » à l'installation de déchargement des navires et des barges pour que la réglementation fédérale s'applique à tous ses aspects.

(b) *The Existence of a Valid and Applicable Provincial Law*

b) *L'existence d'un texte législatif provincial valide et applicable*

79 There was also, as the Ratepayers contend, a valid provincial law. It is beyond question that City of Vancouver By-law No. 3575 is a valid expression of provincially authorized legislative power. It is a law of general application that is not aimed at navigation and shipping. It does not authorize development that would adversely affect shipping and navigation. (On the contrary, it emphasizes cooperation with the VPA on all such matters.) In the absence of conflicting federal law, the City's By-law No. 3575 would properly regulate where industrial uses such as a cement batch facility would be permitted. This point was recognized as early as 1911 when Middleton J. (as he then was) stated in *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1911), 24 O.L.R. 65 (Div. Ct.), at p. 72:

Il existe aussi, comme le prétendent les contribuables, un texte législatif provincial valide. Il ne fait aucun doute que le règlement n° 3575 de la ville de Vancouver constitue l'exercice valide d'un pouvoir législatif autorisé par la province. Il s'agit d'un texte législatif d'application générale qui n'a pas pour objet la navigation et les bâtiments ou navires. Il n'autorise pas les aménagements qui nuiraient à la navigation et aux bâtiments ou navires. (Au contraire, il met l'accent sur la collaboration avec l'APV dans toutes ces matières.) En l'absence d'un texte législatif fédéral incompatible, le règlement municipal n° 3575 régirait valablement les endroits où des utilisations industrielles, comme une centrale à béton, seraient permises. La validité d'une telle conclusion a été admise dès 1911, lorsque le juge Middleton (plus tard juge de la Cour d'appel de l'Ontario) a affirmé dans *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1911), 24 O.L.R. 65 (C. div.), p. 72 :

> The harbour may be, as a harbour, "within the jurisdiction of the Parliament of Canada;" but is none the less, for purposes within the ambit of provincial legislation, within the jurisdiction of the Province and its Legislatures, provincial and municipal.

> [TRADUCTION] Le port peut, à ce titre, « relever de la compétence du Parlement du Canada; » mais pour les objectifs que vise la loi provinciale, il relève néanmoins, de la compétence de la province et de ses législateurs, provincial et municipaux.

Middleton J.'s judgment was upheld on appeal by the Divisional Court and cited with approval in the *Hamilton Harbour Commissioners* case, at p. 483.

La décision du juge Middleton a été confirmée par la Cour divisionnaire et citée avec approbation dans l'affaire *Hamilton Harbour Commissioners*, p. 483.

(c) *Are the Two Valid Laws Capable of Simultaneous Enforcement?*

c) *Les deux textes législatifs valides sont-ils susceptibles d'application simultanée?*

80 The Court in *Rothmans, Benson & Hedges* divided this aspect of the test into two parts.

Dans *Rothmans, Benson & Hedges*, la Cour a divisé cet aspect du critère en deux volets.

(i) The Existence of an Operational Conflict

Operational conflict is present here. Reference has already been made to the City's 30-foot height restriction. The record confirms other areas of conflict in respect of noise and pollution from the offloading activity and the subsequent loading of the aggregates.

If the Ratepayers had succeeded in persuading the City to seek an injunction to stop the Lafarge project from going ahead without a city permit, the judge could not have given effect both to the federal law (which would have led to a dismissal of the application) and the municipal law (which would have led to the granting of an injunction). That is an operational conflict, as held in *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961.

(ii) Frustration of Federal Legislative Purpose

Such an application of the relevant municipal standards would frustrate the federal purpose. Although the VPA should seek to cooperate with the municipalities of the Greater Vancouver area, it retains the final say in respect of all matters falling within valid federal jurisdiction, in case of conflict.

Assistance can be drawn from *Mangat* where provincial legislation prohibited non-lawyers from appearing for a fee before a tribunal, but the federal legislation authorized non-lawyers to appear as counsel for a fee. *Mangat* confirms that the second prong of the test should not be interpreted as a return to the doctrine of the "occupied field". Rather it intends to capture those instances where it might be possible to comply with the letter of both laws, but where such compliance would frustrate the purpose intended by Parliament. In *Mangat*, it was argued that both enactments could be complied with, if would-be advocates either became a member in good standing of the Law Society of British Columbia or refrained from charging a fee. However, Gonthier J. held at para. 72 that "[t]o require 'other counsel' to be a member

(i) L'existence d'un conflit d'application

81 Il existe en l'espèce un conflit d'application. Nous avons déjà mentionné la hauteur limite de 30 pieds imposée par la ville. Le dossier confirme la présence d'autres zones de conflit pour ce qui est du bruit et de la pollution lors du déchargement des granulats et de leur chargement subséquent.

82 Si les contribuables avaient réussi à convaincre la ville de solliciter une injonction visant à empêcher la mise en œuvre du projet Lafarge sans un permis municipal, le juge n'aurait pas pu appliquer à la fois la loi fédérale (qui aurait mené au rejet de la demande) et le règlement municipal (qui aurait mené à la décision d'accorder une injonction). Il s'agit là d'un conflit d'application, comme a conclu notre Cour dans *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961.

(ii) Entrave à la réalisation de l'objet du texte législatif fédéral

83 Appliquer ainsi les normes municipales pertinentes entraverait la réalisation de l'objet de la loi fédérale. Bien que l'APV doive rechercher la collaboration avec les municipalités de la grande région de Vancouver, en cas de conflit, elle conserve le dernier mot relativement à toutes les questions relevant d'une législation fédérale valide.

84 À ce propos, il peut être utile de citer l'arrêt *Mangat* dans lequel une loi provinciale interdisait aux non-avocats de comparaître en qualité de procureurs rétribués devant un tribunal administratif, alors que la loi fédérale le permettait. Cet arrêt confirme qu'il ne faudrait pas interpréter le second volet du critère comme un retour à la doctrine du « champ occupé ». Il cherche plutôt à viser les cas où il serait possible de respecter la lettre des deux textes législatifs, mais où le respect des deux lois entraverait l'intention du Parlement. Dans *Mangat*, on a soutenu qu'il était possible de respecter les deux lois si le non-avocat devenait membre en règle du Barreau de la Colombie-Britannique ou s'il s'abstenait d'exiger des honoraires. Le juge Gonthier a toutefois conclu, au par. 72, qu'« [e]xiger que les "autre[s] conseiller[s]" ou "autre[s] conseil[s]" soient

in good standing of the bar of the province or to refuse the payment of a fee would go contrary to Parliament's purpose in enacting ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*. . . . Where there is an enabling federal law, the provincial law cannot be contrary to Parliament's purpose." Here, the *CMA* has authorized the VPA to make its decision about the project and has enabled Lafarge to proceed on the basis of that authorization.

85 The City accepted the Lafarge project as a facility with a sufficient level of integration between the transportation and non-transportation aspects to come within VPA jurisdiction. We do not think the City's factual determination was unreasonable in the circumstances and we would not interfere with it. Given the operational conflict and its impact on the achievement of the federal purpose, the preconditions of federal paramountcy are met and the Ratepayers' petition should be rejected on that ground.

VI. Conclusion

86 A successful harbour in the 21st century requires federal provincial cooperation. The courts should not be astute to find ways to frustrate rather than facilitate such cooperation where it exists if this can be done within the rules laid down by the Constitution.

87 Here the VPA and the City worked out a cooperative framework. The Lafarge project, although opposed by the Ratepayers, complied with the land use envisaged by both levels of government in their respective planning documents.

88 Of course, consent cannot confer jurisdiction where none exists. In this case, however, the project was found by those most closely concerned in the planning exercise to be sufficiently integrated in the marine offloading and storage operation to be dealt with through federal rather than municipal

des membres en règle du barreau de la province ou refuser qu'ils soient rétribués irait à l'encontre de l'intention que le Parlement avait en adoptant l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* [. . .] Lorsqu'il existe une loi fédérale habilitante, la loi provinciale ne peut aller à l'encontre de l'intention du Parlement. » En l'espèce, la *LMC* a autorisé l'APV à prendre une décision au sujet du projet et a permis à Lafarge d'aller de l'avant en se fondant sur cette autorisation.

La ville a accepté le projet Lafarge car il s'agissait d'une installation dont le niveau d'intégration entre les éléments transport et non-transport était suffisant pour qu'il relève de la compétence de l'APV. Nous ne croyons pas que la décision factuelle de la ville était déraisonnable dans les circonstances et nous ne la modifierions pas. Compte tenu du conflit d'application et de son incidence sur la réalisation de l'intention du Parlement, les conditions préalables à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale sont respectées et la demande des contribuables devrait être rejetée pour ce motif.

VI. Conclusion

La prospérité d'un port au XXI^{e} siècle passe par une collaboration fédérale-provinciale. Les tribunaux ne devraient pas s'efforcer de trouver des moyens d'entraver cette collaboration, mais plutôt tenter de l'encourager lorsqu'elle existe, dans la mesure où les règles établies par la Constitution demeurent respectées.

En l'espèce, l'APV et la ville ont établi un cadre de collaboration. Même si les contribuables s'opposaient au projet Lafarge, celui-ci respectait l'utilisation des sols envisagée par les deux ordres de gouvernement dans leurs documents de planification respectifs.

De toute évidence, le consentement ne saurait être attributif de compétence lorsque cette dernière n'existe pas. En l'espèce, cependant, les personnes que l'exercice de planification concernait le plus ont estimé que le projet était suffisamment intégré aux activités maritimes de déchargement et

procedures. No reason has been shown for us to interfere.

There will be other cases where both levels of government are vitally interested in a project (such as the hypothetical automotive assembly plant raised by the chambers judge) where the shipping aspect of the project may clearly be severable from the manufacturing operation. In that case, the VPA must yield to the City's procedures in those aspects that concern the manufacturing operation.

Where the VPA and the City are in disagreement, of course, the courts will have to resolve the difference. But that is not this case.

For these reasons, we would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to property, with a legal description of Parcel P, Block 17, Plan LMP 47343, District Lot 184 and the Public Harbour of Burrard Inlet (the "Property"), held by the Vancouver Port Authority, on the basis that the Property is "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to the proposed development on the Property in view of Parliament's legislative authority over "navigation and shipping" under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

The particular facts in this case are set out by Finch C.J.B.C. in his reasons for judgment for

d'entreposage pour qu'on y applique les procédures fédérales plutôt que les procédures municipales. Rien ne nous justifie de modifier cette décision.

89 Dans d'autres cas, les deux ordres de gouvernement auront un intérêt vital dans un projet (comme celui de l'hypothétique usine de montage d'automobiles évoquée par le juge en chambre) où l'aspect du projet touchant la navigation pourra clairement être dissocié des activités de fabrication. Dans un tel cas, l'APV devra reconnaître la primauté des procédures administratives de la ville relatives aux activités de fabrication.

90 Si l'APV et la ville ne s'entendent pas, les tribunaux devront évidemment résoudre le différend. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

91 Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable à la propriété, dont la description cadastrale est parcelle P, bloc 17, plan LMP 47343, lot de district 184, et au port public de Burrard Inlet (la « Propriété »), détenue par l'Administration portuaire de Vancouver, du fait que la Propriété est une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable au projet d'aménagement sur la Propriété du fait que le Parlement a l'autorité législative sur « la navigation et les bâtiments ou navires » aux termes du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

92 Les faits particuliers de l'espèce sont exposés dans les motifs que le juge en chef Finch a

the British Columbia Court of Appeal ((2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 2004 BCCA 104), and by Justices Binnie and LeBel in their reasons for judgment, at paras. 6-20. Justices Binnie and LeBel also summarize the decisions of the B.C. Supreme Court and the Court of Appeal, at paras. 21-28. As a result, I will deal directly with the legal issues involved in this appeal.

93 I am of the view that the appeal should be dismissed solely on a proper application of the doctrine of interjurisdictional immunity with respect to Parliament's power over navigation and shipping, and that it is neither appropriate nor necessary to consider the doctrine of federal paramountcy.

2. The Proper Analytical and Methodological Approach

94 Before undertaking an analysis of the issues raised in this appeal, it will be useful to first provide a brief review of the applicable principles of constitutional law and the proper analytical approach to be undertaken.

2.1 *Validity: The Pith and Substance Analysis*

95 As this case involves a constitutional challenge to a municipal by-law, the first step in the analysis is to examine the validity of the by-law itself. If a law or by-law is held to be constitutionally invalid, it cannot be applicable to the subject matter at hand, and the law must be declared *ultra vires*. This inquiry involves the identification of the "pith and substance" of the impugned law in order to determine its "matter", its "true meaning", or its "dominant or most important characteristic" (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 15-6 and 15-7, and P. J. Monahan, *Constitutional Law* (2nd ed. 2002), at p. 117). The pith and substance analysis involves a consideration of both the law's purpose and its effects (Monahan, at p. 117), and in particular how the law will actually operate with respect to legal rights and obligations.

prononcés au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2004), 26 B.C.L.R. (4th) 263, 2004 BCCA 104), et dans ceux des juges Binnie et LeBel aux par. 6 à 20. Les juges Binnie et LeBel résument en outre les décisions de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et de la Cour d'appel aux par. 21-28. J'aborderai donc directement les questions de droit que soulève le présent pourvoi.

À mon avis, le pourvoi doit être rejeté uniquement en appliquant comme il se doit la doctrine de l'exclusivité des compétences relativement à la compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, et il n'est ni approprié ni nécessaire de tenir compte de la doctrine de la prépondérance fédérale.

2. La démarche analytique et méthodologique qui s'impose

Avant d'entreprendre l'analyse des questions soulevées dans ce pourvoi, il m'apparaît utile de commencer par une brève revue des principes du droit constitutionnel applicables et de la démarche analytique qui s'impose.

2.1 *Validité : l'analyse du caractère véritable*

Cette affaire soulève la constitutionnalité d'un règlement municipal, et la première étape de l'analyse consiste à examiner la validité du règlement lui-même. Si une loi ou un règlement est jugé constitutionnellement invalide, il ne peut s'appliquer à l'objet du litige et doit être déclaré *ultra vires*. Il s'agit, dans cet examen, de cerner le « caractère véritable » du texte législatif contesté afin de déterminer sa « matière », son « sens véritable » ou sa « caractéristique dominante ou la plus importante » (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-6 et 15-7, et P. J. Monahan, *Constitutional Law* (2e éd. 2002), p. 117). L'analyse du caractère véritable consiste à examiner tant l'objet que les effets de la loi (Monahan, p. 117), et en particulier ses effets réels relativement aux droits et obligations juridiques.

2.2 *Applicability: The Interjurisdictional Immunity Doctrine*

The second step, assuming the impugned law has been held to be constitutionally valid, is to determine whether the law is applicable to the subject matter in question. When considering a federal matter, as in the present case, the appropriate doctrine to be applied is that of interjurisdictional immunity (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-25); the central question is whether the by-law, though valid in its own right, should be read down so as to be inapplicable to the federal matter because that matter enjoys immunity from the application of provincial legislation, deriving from Parliament's exclusive legislative authority over the matter or over a corresponding head of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* (see *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, at paras. 15-16). The result of a successful application of the doctrine of interjurisdictional immunity (that is, a finding that the federal matter or undertaking is immune from the impugned provincial law) is that the provincial law in question can never be applicable to that federal matter or undertaking, regardless of whether any federal legislative or executive action has been taken (see Monahan, at p. 124). In most cases, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity to federal "undertakings" is concerned with "Works and Undertakings" outlined in s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, whereby provinces have legislative authority over local works and undertakings other than those enumerated in that provision, such as ships, steam lines, railways, canals, etc., which are international or interprovincial in nature. Yet the immunity doctrine has also been applied to federal undertakings which do not fall within s. 92(10), especially when such undertakings clearly fall within a separate federal head of power mentioned in s. 91 (see Monahan, at p. 123, fn. 67). In my view, the federal undertaking at issue here is the Vancouver Port Authority ("VPA") as an entity established by and falling within Parliament's legislative authority over navigation and shipping under s. 91(10), and the subject matter in question is the VPA's regulation of land

2.2 *Applicabilité : la doctrine de l'exclusivité des compétences*

96

En supposant que la loi attaquée a été reconnue constitutionnellement valide, la deuxième étape consiste à déterminer si la loi s'applique à l'objet en question. Lorsqu'on examine une matière fédérale, comme en l'espèce, le principe qui doit s'appliquer est la doctrine de l'exclusivité des compétences (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-25); la question centrale est de savoir si le règlement, quoique valide en soi, devrait recevoir une interprétation atténuée qui le rend inapplicable à une matière fédérale, laquelle bénéficie de l'immunité qui écarte l'application des lois provinciales puisqu'elle relève de la compétence exclusive du Parlement sur cette matière ou sur un chef de compétence correspondant prévu à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 15-16). Lorsque le principe de l'exclusivité des compétences s'applique (soit, lorsqu'un tribunal a conclu que la matière ou entreprise fédérale bénéficie de l'immunité qui écarte la loi provinciale contestée), la loi provinciale en question ne peut jamais s'appliquer à cette matière ou entreprise fédérale, peu importe si une mesure a été prise par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif fédéral (voir Monahan, p. 124). Dans la plupart des cas, l'application du principe de l'exclusivité des compétences aux « entreprises » fédérales vise des « travaux et entreprises » prévus au par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui reconnaît aux provinces la compétence législative sur les travaux et entreprises d'une nature locale autres que ceux énumérés dans cette disposition qui sont de nature internationale ou interprovinciale, par exemple les navires, les lignes de bateaux à vapeur, les chemins de fer ou les canaux. Mais le principe de l'exclusivité des compétences a également été appliqué à des entreprises fédérales non visées au par. 92(10), en particulier si ces entreprises relèvent clairement d'un chef de compétence fédérale distinct mentionné à l'art. 91 (voir Monahan, p. 123, note 67). J'estime que l'Administration portuaire de Vancouver (« APV »), un organisme émanant et relevant du pouvoir législatif

use planning and development on port lands in support of port operations.

97 Until 1966, the test for federal immunity was to determine whether the provincial law under scrutiny would significantly "impair" or "sterilize" the federally regulated activity. This changed with the *Quebec Minimum Wage* case, where the test adopted by the Supreme Court of Canada was whether "a vital part of the management and operation of the undertaking" was "affect[ed]" (see *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, at p. 774 (emphasis added), cited in Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-27). In 1988, the Court reaffirmed that test in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 ("*Bell Canada (1988)*"). Beetz J., for the Court, indicated that in order for a federal undertaking to enjoy immunity from the application of provincial laws, "it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralyzing it" (pp. 859-60). Beetz J. stated that provincial laws cannot affect the "basic, minimum and unassailable content" (i.e. the "core") at the heart of each head of federal power (p. 839).

98 It should be noted that the application of the doctrine of interjurisdictional immunity over federal undertakings is different from its application to federally incorporated companies (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-26). In the case of federally incorporated companies, an otherwise valid provincial law cannot "impair the status or essential powers of a federally-incorporated company" (Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-26); because the federal incorporation power does not authorize the regulation of the activities of federal companies,

fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires en vertu du par. 91(10), constitue l'entreprise fédérale visée en l'espèce, et que la matière en question est la réglementation, par l'APV, de l'utilisation des terres et de l'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires.

Jusqu'en 1966, le critère de l'immunité du fédéral consistait à déterminer si la loi provinciale examinée aurait pour effet d'« entraver » ou de « stériliser » de manière importante l'activité relevant de la compétence fédérale. Mais dans l'arrêt *Commission du salaire minimum*, la Cour suprême du Canada a adopté un nouveau critère consistant à déterminer [TRADUCTION] « si un élément essentiel de la gestion et de l'exploitation de l'entreprise » est « touché » (voir *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, p. 774 (je souligne), citée dans Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-27). En 1988, la Cour a confirmé ce critère dans *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (« *Bell Canada (1988)* »). Le juge Beetz a indiqué, au nom de la Cour, que pour qu'une entreprise fédérale bénéficie de l'immunité contre l'application des lois provinciales, « il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière » (p. 859-860). Le juge Beetz a affirmé que les lois provinciales ne peuvent toucher le « contenu minimum élémentaire et irréductible » (soit le « contenu essentiel ») au cœur de chaque chef de compétence fédérale (p. 839).

Il faut remarquer que l'application du principe de l'exclusivité des compétences diffère selon qu'il s'agit d'entreprises fédérales ou de sociétés à charte fédérale (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-26). Dans le cas des sociétés à charte fédérale, une loi provinciale par ailleurs valide ne peut [TRADUCTION] « diminuer le statut ou les pouvoirs essentiels d'une société à charte fédérale » (Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-26); parce que le pouvoir fédéral de constituer des sociétés n'autorise pas la réglementation des activités de sociétés

there can be no immunity from provincial regulation of such activities (Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-26, fn. 116). In contrast, "undertakings" which operate in a federal legislative field are, by definition, subject to federal regulation, whether or not they are federally or provincially incorporated, and even where they are unincorporated. As a result, some federal undertakings will be at least partially immune from provincial laws purporting to regulate their activities (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-26, fn. 116). In the present case, the undertaking in question is the VPA itself, not Lafarge nor Lafarge's development proposal, implicitly. As demonstrated later, the question is therefore whether the regulation of land use planning and development with respect to port lands in support of port operations, as exercised by the VPA, a federal undertaking, pursuant to the federal power over navigation and shipping under s. 91(10), is immune from the by-law.

It should also be noted that there has been much debate over the use and merits of the doctrine of interjurisdictional immunity. Some authors (and some litigants in recent cases) have urged this Court to abandon the doctrine altogether, arguing that it serves no useful purpose in the constitutional law analysis of the division of powers and that other doctrines (such as pith and substance or paramountcy) already provide the necessary answers and analytical tools for most if not all constitutional law problems of this nature (see D. Gibson, "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 40; D. Gibson, "Constitutional Law—Freedom of Commercial Expression Under the Charter—Legislative Jurisdiction over Advertising—A Representative Ruling: *Attorney General of Quebec* v. *Irwin Toy Limited*" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 339; J. Leclair, "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411; and J. Leclair, "L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière

fédérales, il n'y a donc pas d'immunité contre la réglementation de telles activités par les provinces (Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-26, note 116). À l'opposé, les « entreprises » dont les activités relèvent du domaine législatif fédéral sont, par définition, assujetties à la réglementation fédérale, qu'elles soient ou non constituées sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale, et même lorsqu'elles ne sont pas constituées en personnes morales. Par conséquent, certaines entreprises fédérales bénéficieront, du moins en partie, de l'immunité contre les lois provinciales censées réglementer leurs activités (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-26, note 116). En l'espèce, l'entreprise en question est l'APV elle-même, et non Lafarge ni, implicitement, le projet d'aménagement de Lafarge. Comme il sera expliqué plus loin, il s'agit donc de savoir si la réglementation de l'utilisation des terres et de l'aménagement sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, adoptée par l'APV, une entreprise fédérale assujettie à la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10), échappe à l'application du règlement municipal.

99 Il faut également remarquer que le recours à la doctrine de l'exclusivité des compétences, et sa pertinence, ont suscité de nombreux débats. Certains auteurs (et certains plaideurs dans des affaires récentes) ont demandé à la Cour de renoncer à la doctrine purement et simplement, prétendant qu'elle n'est d'aucune utilité dans le cadre de l'analyse du droit constitutionnel applicable au partage des compétences, et que d'autres doctrines (celles du caractère véritable ou de la prépondérance, par exemple) offrent déjà les réponses et les outils analytiques nécessaires pour résoudre la plupart, voire la totalité, des problèmes de droit constitutionnel de cette nature (voir D. Gibson, « Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism » (1969), 47 *R. du B. can.* 40; D. Gibson, « Constitutional Law—Freedom of Commercial Expression Under the Charter—Legislative Jurisdiction over Advertising—A Representative Ruling : *Attorney General of Quebec* v. *Irwin Toy Limited* » (1990), 69 *R. du B. can.* 339; J. Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28

d'évaluation des incidences environnementales au Canada" (1995), 21 *Queen's L.J.* 37). Essentially, critiques of the doctrine generally include two types of claims — that the doctrine is too vague or complicated, or that the doctrine unnecessarily and unfairly creates a much wider scope for greater centralization at the expense of the principles of federalism and regionalism.

100 Professor Hogg, in the second edition of *Constitutional Law of Canada* (1985), at pp. 329-32 heavily criticized the Supreme Court's development of the interjurisdictional immunity doctrine, which he saw as being unnecessary and creating an impediment to natural and acceptable jurisdictional overlaps. This criticism was fully addressed and essentially disarmed by Beetz J. in *Bell Canada (1988)*. Professor Hogg, in later editions of his text, has diminished the extent of his critique, acknowledging that "some degree of interjurisdictional immunity is entailed by the Constitution of Canada's dual lists of exclusive powers. Otherwise, what would be incompetent to a legislative body in a narrowly framed law would be permitted if the law were framed more broadly. That cannot be right" (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-28, fn. 129). Ultimately, however, Hogg states that the "vital part" test for immunity casts too wide a net and should be eliminated in favour of the more restrictive and older "sterilization" or "impairment" test. Later on, Hogg agrees with Gibson that it would be best to abandon the doctrine of interjurisdictional immunity altogether in the case of federal undertakings whose functioning is not "threatened" by provincial laws (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-30). Hogg states that the impairment of federal undertakings is "the only situation where the immunity is needed" (*ibid.*); in all other cases, immunity is seen as too broad, too vague and needlessly complicated.

Queen's L.J. 411; et J. Leclair, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada » (1995), 21 *Queen's L.J.* 37). Essentiellement, les critiques formulées à l'égard de la doctrine sont de deux ordres — elle est trop vague ou trop compliquée, ou elle crée inutilement et injustement une assise beaucoup plus vaste où le pouvoir central est davantage favorisé aux dépens des principes du fédéralisme et du régionalisme.

Dans la deuxième édition de son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1985), p. 329-332, le professeur Hogg a sévèrement reproché à la Cour suprême d'avoir élaboré la doctrine de l'exclusivité des compétences, une doctrine selon lui inutile qui empêche les chevauchements de compétences naturels et acceptables. Dans *Bell Canada (1988)*, le juge Beetz a examiné en détail cette critique et l'a essentiellement réfutée. Dans les éditions suivantes de son ouvrage, le professeur Hogg a mitigé sa critique, admettant que [TRADUCTION] « l'existence de deux listes distinctes de pouvoirs exclusifs dans la Constitution canadienne commande un certain degré d'exclusivité des compétences. Sinon, un organisme législatif jugé incompétent en raison d'une loi formulée en termes restrictifs pourrait être autorisé à intervenir si la loi était formulée en termes plus généraux. Il ne saurait en être ainsi » (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-28, note 129). En définitive, toutefois, le professeur Hogg dit que le critère fondé sur « l'élément essentiel », qui sert à déterminer si l'immunité s'applique, est trop large et devrait être écarté au profit de l'ancien critère plus restrictif fondé sur « la stérilisation » ou « l'entrave ». Hogg convient ensuite avec le professeur Gibson qu'il serait préférable d'abandonner purement et simplement la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le cas des entreprises fédérales dont le fonctionnement n'est pas « menacé » par les lois provinciales (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-30). Selon le professeur Hogg, les cas d'entrave aux entreprises fédérales [TRADUCTION] « sont les seuls qui justifient l'exclusivité des compétences » (*ibid.*); dans tous les autres cas, on considère que l'exclusivité des compétences est trop large, trop vague et inutilement compliquée.

These critiques and criticisms of immunity are quite serious and merit some consideration, particularly those concerned with the complexity of the test for immunity and the need for consistency and predictability in its application. In my view, however, many of the criticisms aimed at abandoning the doctrine altogether may be misguided. From a logical and practical perspective, all constitutional legal challenges to legislation should follow the same pattern: considerations of validity, considerations of applicability and, where two laws are potentially in conflict, considerations of operability in terms of federal paramountcy. These steps correspond to Professor Hogg's description of the three ways in which to "attack" a law that potentially applies to matters outside the jurisdiction of the enacting legislative body (see Hogg (loose-leaf ed.), at pp. 15-25 and 15-26). There is therefore a doctrinal and a practical need to conserve the doctrine of interjurisdictional immunity as an essential legal test concerned with the applicability of a provincial law which purports to apply to federal matters.

Other scholars and commentators have argued for the continued preservation and application of the doctrine: see e.g. R. M. Elliot, "Constitutional Law—Division of Powers—Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance: *Ontario Public Service Employees Union* v. *Attorney-General for Ontario*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 523, and J. E. Magnet, "Research Note: The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity", in *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials* (8th ed. 2001), vol. 1, at p. 341. In the context of aboriginal legal disputes, K. Wilkins in "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185, at pp. 206-7, provides an excellent description of the doctrine and a summary of its continued relevance and usefulness:

> Restrictions on the application of otherwise valid provincial measures follow necessarily from the fact that federal authority over certain matters is exclusive and remains so whether or not the federal government

Ces reproches et critiques à l'égard de l'exclusivité des compétences sont fort sérieuses et méritent d'être examinées, particulièrement celles qui portent sur la complexité du critère de l'immunité et sur la nécessité de l'appliquer avec cohérence et prévisibilité. J'estime toutefois que bon nombre des critiques invitant à l'abandon pur et simple de la doctrine peuvent être mal fondées. Du point de vue logique et pratique, les contestations des lois fondées sur le droit constitutionnel devraient toutes suivre le même modèle : un examen de la validité, un examen de l'applicabilité et, dans le cas de deux lois potentiellement en conflit, un examen du caractère opérant en fonction de la prépondérance fédérale. Ces étapes correspondent à la façon dont le professeur Hogg décrit les trois moyens d'[TRADUCTION] « attaquer » une loi susceptible de s'appliquer à des matières ne relevant pas de l'organisme législatif qui l'a adoptée (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-25 et 15-26). La doctrine et des raisons d'ordre pratique justifient donc le maintien de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans son rôle de critère juridique essentiel servant à déterminer l'applicabilité d'une loi provinciale sensée s'appliquer à des matières fédérales. 101

D'autres auteurs et commentateurs ont plaidé en faveur du maintien et de l'application de la doctrine : voir par exemple R. M. Elliot, « Constitutional Law—Division of Powers—Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance : *Ontario Public Service Employees Union* v. *Attorney-General for Ontario* » (1988), 67 *R. du B. can.* 523, et J. E. Magnet, « Research Note : The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity », dans *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials* (8e éd. 2001), vol. 1, p. 341. Dans le contexte des litiges en droit des Autochtones, K. Wilkins donne, dans son article « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185, p. 206-207, une excellente description de la doctrine et explique brièvement en quoi elle continue d'être pertinente et utile : 102

> [TRADUCTION] Les restrictions limitant l'application de mesures provinciales par ailleurs valides découlent obligatoirement du fait que la compétence fédérale sur certaines matières a une qualité exclusive qui ne

chooses ever to use it. Subjects within exclusive federal authority, again, are subtracted from the powers conferred on the provinces. For this reason, it makes no difference, at least for some purposes, whether a province sets out to exercise powers or deal with matters reserved exclusively to the federal order. Whatever its intention may be, it simply cannot deal with such matters, and provincial measures that do so can have, to that extent, no legal effect. Provincial activity cannot have enforceable legal consequences that a province is not entitled or empowered to intend. . . .

Seen in this context, the doctrine of interjurisdictional immunity gives courts a way of preserving as much as possible of a provincial measure despite the fact that the measure, if given full scope, would regulate or dispose of matters that lie beyond the reach of provincial authority. . . . Confronted with a measure that would make mandatory provision for some matters that lie outside, as well as some within, the enacting body's authority, the courts will as a general rule "read down" the measure to confine its application exclusively to permissible matters. [Footnotes omitted.]

103 The continued usefulness and worth of the interjurisdictional immunity doctrine essentially depends on the results or consequences of its application. An inquiry into the validity of a law, discussed earlier, may result in a declaration of invalidity which strikes down the law or the specific statutory provision altogether, while a declaration that a federal law is paramount over a provincial law, as discussed below, merely renders the provincial law inoperative to the extent of any conflict between the two laws. Without the availability of the doctrine of interjurisdictional immunity, there would be no remedy available to read down a provincial law which would be rendered "inapplicable" to a federal matter while still preserving the applicability of the provincial law to other non-federal matters. The only solution would be to find the provincial law invalid through a consideration of its pith and substance; this could result in the law or provision actually being struck down altogether. Furthermore, if there were no doctrine of interjurisdictional immunity, there would be no way to

change pas même si le gouvernement fédéral décide de ne jamais l'exercer. Là encore, les sujets qui relèvent de la compétence fédérale exclusive sont soustraits des pouvoirs conférés aux provinces. C'est pourquoi il importe peu, du moins dans certains cas, qu'une province entreprenne d'exercer les pouvoirs ou d'intervenir dans des matières réservées exclusivement au Parlement. Quelle que soit son intention, elle n'est simplement pas habilitée à intervenir dans ces matières et ses interventions ne peuvent, dans la mesure où elles touchent à ces matières, produire aucun effet juridique. Les activités provinciales ne peuvent entraîner des conséquences juridiques impératives que la province n'est pas fondée ou habilitée à envisager. . .

Vue dans ce contexte, la doctrine de l'exclusivité des compétences accorde aux tribunaux un moyen de préserver autant que possible les mesures provinciales qui, si elles pouvaient pleinement s'appliquer, réglementeraient ou régiraient des matières qui excèdent les limites de la compétence des provinces [. . .] Lorsqu'ils doivent statuer sur une mesure impérative applicable à la fois à certaines matières qui excèdent les limites de la compétence de l'organisme qui l'a adoptée et à certaines autres matières qui relèvent de sa compétence, les tribunaux donneront, en règle générale, une interprétation « atténuée » à la mesure afin de confiner son application exclusivement aux matières de compétence provinciale. [Renvois omis.]

L'utilité et la valeur de la doctrine de l'exclusivité des compétences tiennent essentiellement aux résultats ou aux conséquences de son application. L'examen de la constitutionnalité d'une loi, évoqué précédemment, peut conduire à une déclaration d'invalidité qui annule entièrement la loi ou une disposition législative précise, tandis qu'un jugement déclarant que la loi fédérale l'emporte sur la loi provinciale, comme nous le verrons plus loin, rend simplement la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit entre les deux lois. Sans la possibilité de recourir à la doctrine de l'exclusivité des compétences, il n'y aurait aucun moyen d'atténuer une loi provinciale qui deviendrait « inapplicable » à une matière fédérale tout en préservant l'applicabilité de la loi provinciale aux autres matières qui ne relèvent pas de la compétence fédérale. La seule solution serait de conclure à l'invalidité de la loi provinciale par suite d'un examen de son caractère véritable, ce qui pourrait entraîner purement et simplement l'annulation de la loi ou de la disposition législative. En outre, si la doctrine de

prevent the impermissible application of an otherwise valid provincial law to a federal matter in situations where there is no competing federal law.

It should be noted that some critics of interjurisdictional immunity have argued that it is unnecessary and irrelevant in light of the doctrine of federal paramountcy. Magnet convincingly notes the differences between the two doctrines discussed in the preceding paragraphs. Magnet writes that immunity "is different from the paramountcy doctrine in that even where there is no contradiction or meeting of legislation, the provincial legislation offers significant obstruction to the federal thing, person or undertaking, affects its status, or drains off essential federal attributes which make them within federal jurisdiction" (p. 339). Preserving the application of the immunity doctrine in certain contexts demonstrates the full extent and breadth of different types of constitutional legal inquiries.

In addition, those who would argue that interjurisdictional immunity is unnecessary in light of the "doctrine" of pith and substance have, in my respectful view, misinterpreted the scope and nature of that inquiry. Characterizing the "pith and substance" of a law, as described above, is not a "doctrine" or a "legal test" on the same level as or of the same nature as the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy. Rather, a consideration of a law's pith and substance is merely an analytical tool which helps characterize the true nature of a law in order to determine if it was validly enacted by a legislative body (i.e., by ensuring that the law was enacted pursuant to an existing head of legislative jurisdiction or authority). If the law was not enacted pursuant to an existing head of legislative power within the enacting body's field of competence, then the law is declared invalid; if it was, then it will not be struck down. But this inquiry tells us nothing about whether or not the law, though valid, could or should *apply* to a

l'exclusivité des compétences n'existait pas, rien ne permettrait d'empêcher l'application non autorisée d'une loi provinciale par ailleurs valide à une matière fédérale dans des situations où il n'existe aucune loi fédérale incompatible.

104 Il faut remarquer que certains critiques de la doctrine de l'exclusivité des compétences ont avancé qu'elle est inutile et non pertinente compte tenu de la doctrine de la prépondérance fédérale. Le professeur Magnet signale de façon convaincante les différences entre les deux doctrines examinées dans les paragraphes qui précèdent. Il écrit que l'exclusivité des compétences [TRADUCTION] « diffère de la doctrine de la prépondérance fédérale en ce sens que même lorsque les lois ne se contredisent pas ou ne se rejoignent pas, la loi provinciale obstrue considérablement la chose, la personne ou l'entreprise fédérales, porte atteinte à leur statut ou atténue des attributs fédéraux essentiels qui font qu'ils relèvent de la compétence fédérale » (p. 339). Préserver l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans certains contextes démontre toute l'étendue et la portée des différents types d'examens juridiques de nature constitutionnelle.

105 De plus, ceux qui prétendent que la doctrine de l'exclusivité des compétences est inutile compte tenu de la « doctrine » du caractère véritable interprètent, erronément à mon humble avis, l'étendue et la nature de cet examen. La détermination du « caractère véritable » d'une loi, décrite précédemment, n'est ni une « doctrine » ni un « critère juridique » au même titre ou de la même nature que le sont les doctrines de l'exclusivité des compétences ou de la prépondérance fédérale. L'examen du caractère véritable d'une loi se veut plutôt un simple outil d'analyse qui aide à qualifier la véritable nature d'une loi afin de déterminer si l'organisme législatif l'a validement adoptée (c.-à-d., en vérifiant que la loi a été adoptée en vertu d'un chef de compétence législative déjà prévu). Si la loi n'a pas été adoptée en vertu d'un chef de compétence législative qui relève déjà de la compétence de l'organisme législatif, la loi est alors déclarée invalide; dans le cas contraire, elle ne sera pas annulée. Cet examen ne permet toutefois pas de déterminer si la

particular matter or thing. Immunity helps resolve that question (see Elliot).

106 Finally, there are those who would argue that the concerns addressed by the doctrine of immunity are already resolved by the "double aspect" doctrine. Once again, those criticisms appear to be misguided in that the double aspect doctrine merely recognizes that some laws may have a purpose corresponding to a valid head of provincial jurisdiction, but may also have a purpose corresponding to a valid head of federal jurisdiction. With respect, I believe Binnie and LeBel JJ. mischaracterize this doctrine, at para. 4 of their reasons. The recognition of an apparent double aspect to a provincial law does not render it inapplicable or inoperative (nor invalid). Those matters must still be determined using the concepts of federal immunity and paramountcy. Likewise, a finding that a provincial law has only "incidental effects" on a federal head of power is merely a statement about the law's validity; it says nothing about the *impact* of the provincial law — its effects on federal matters when it is *applied* to those matters. It may in fact be possible for a provincial law to be valid to the extent that its true or essential nature can be seen as having merely "incidental" effects on a federal head of power (pursuant to the pith and substance analysis), but then to be rendered inapplicable because of "impermissible" effects on the *core* of a federal head of power when it is *applied* to certain federal undertakings. Immunity would therefore play a role in preventing constitutionally impermissible applications of provincial laws to federal matters, without the need to strike down such laws and without the need for competing and conflicting federal legislation.

107 Thus, in my view, those opposed to the doctrine of interjurisdictional immunity have not successfully demonstrated why it should be abandoned or why it should not continue to be considered and

loi, quoique valide, pourrait ou devrait *s'appliquer* à une matière ou une chose précise. La doctrine de l'exclusivité des compétences permet de trancher cette question (voir Elliot).

Enfin, d'aucuns soutiennent que les problèmes que la doctrine de l'exclusivité des compétences permet d'aborder sont déjà résolus par la théorie du « double aspect ». Là encore, ces critiques semblent peu judicieuses en ce sens que la théorie du double aspect reconnaît simplement que l'objet de certaines lois peut correspondre à un chef de compétence provinciale valide, et peut également correspondre à un chef de compétence fédérale valide. Avec égards, je pense que les juges Binnie et LeBel dénaturent cette théorie au par. 4 de leurs motifs. Reconnaître qu'une loi provinciale comporte l'apparence d'un double aspect ne la rend pas inapplicable ou inopérante (ni invalide). Ces questions doivent encore être tranchées en ayant recours aux notions d'exclusivité des compétences et de prépondérance. De même, une conclusion portant qu'une loi provinciale ne produit que des « effets accessoires » sur un chef de compétence fédérale n'indique rien d'autre que la validité de la loi; elle ne nous apprend rien au sujet de *l'incidence* de la loi provinciale, de ses effets sur les matières fédérales lorsqu'elle *s'applique* à elles. Il est même possible que la loi provinciale soit valide dans la mesure où l'on pourrait considérer que sa nature véritable ou essentielle n'a que des effets « accessoires » sur un chef de compétence fédérale (suivant l'analyse fondée sur son caractère véritable), mais qu'elle devienne inapplicable en raison de ses effets « inacceptables » sur le *contenu essentiel* d'un chef de compétence fédérale lorsqu'elle est *appliquée* à certaines entreprises fédérales. L'exclusivité des compétences aurait alors un rôle à jouer pour empêcher que les lois provinciales s'appliquent aux matières fédérales d'une manière inacceptable sur le plan constitutionnel, sans qu'il soit nécessaire d'annuler ces lois ou de recourir à des lois fédérales contraires ou incompatibles.

C'est pourquoi j'estime que les opposants à la doctrine de l'exclusivité des compétences n'ont pas réussi à démontrer pourquoi il faudrait y renoncer, ni pourquoi il ne faudrait plus en tenir compte

applied where appropriate. Professor Hogg ((loose-leaf ed.), at pp. 15-25 to 15-34) has correctly identified three types of scenarios or situations where the doctrine has been applied and, I would argue, should continue to be applied: (1) federally incorporated companies, which enjoy immunity from provincial laws of general application that affect their corporate structure or constitution, by virtue of the federal incorporation power; (2) federally regulated undertakings or federal matters falling under distinct heads of legislative power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* (such as the VPA and the s. 91(10) navigation and shipping power in the present case), which enjoy immunity from provincial laws of general application that affect the core of such a power and/or a vital part of such an undertaking; and (3) federal institutions or matters which enjoy immunity from provincial laws that specifically target those institutions or matters. The present situation clearly falls into the second category.

et l'appliquer au besoin. Le professeur Hogg ((éd. feuilles mobiles), p. 15-25 à 15-34) a bien su dégager trois sortes de situations dans lesquelles on a appliqué la doctrine et où, à mon avis, il faudrait continuer de l'appliquer : (1) les sociétés à charte fédérale, lesquelles jouissent d'une immunité contre les lois provinciales d'application générale qui touchent à la structure ou la constitution de l'entreprise en vertu du pouvoir fédéral de constituer des sociétés; (2) les entreprises assujetties à la réglementation fédérale ou les matières fédérales qui relèvent des chefs de compétence législative distincts prévus à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (telles l'APV et la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10), en l'espèce), lesquelles jouissent d'une immunité contre les lois provinciales d'application générale qui touchent le contenu essentiel d'une telle compétence ou un élément essentiel d'une telle entreprise; et (3) les institutions ou matières fédérales qui jouissent d'une immunité contre les lois provinciales visant expressément ces institutions ou matières. La présente situation entre clairement dans la deuxième catégorie.

Notwithstanding this defence of the doctrine, I would agree with some critics of interjurisdictional immunity who allege that its application is often difficult and who in particular allege that the criterion for determining when a provincial law "affects" the core of a federal power or vital part of a federal undertaking is often vague or overly broad. It is no doubt time to recognize that defining the word "affects" as simply or merely "touches on" leads to an overly wide scope of immunity in many contexts. While the former standard of "impairment" or "sterilization" appears to be too narrow and restrictive (with the possible exception of special cases like *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, where the provincial law has only "indirect" effects on the federal matter, which is not the case here), an overly broad or vague notion of whether a provincial law "affects" the core of a federal power might confer federal immunity in wholly inappropriate scenarios. Some middle ground should therefore be sought out. In my view, the effect of the application of a provincial law on the core of a federal head of legislative

108

Même si je me porte à la défense de la doctrine de l'exclusivité des compétences, je suis d'accord avec certains critiques de cette doctrine qui dénoncent la difficulté de l'appliquer dans bien des cas, et qui dénoncent en particulier le caractère souvent vague ou excessivement large du critère permettant de déterminer à quel moment une loi provinciale « touche » le contenu essentiel d'une compétence fédérale ou un élément essentiel d'une entreprise fédérale. Le moment est certainement venu de reconnaître qu'en donnant au verbe « toucher » simplement le sens de « avoir une incidence sur », on élargit trop la portée de l'immunité dans plusieurs contextes. Bien que la norme de l'« entrave » ou de la « stérilisation » employée précédemment paraisse trop stricte et restrictive (sauf peut-être dans des cas particuliers comme l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où la loi provinciale n'a que des effets « indirects » sur la matière fédérale, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), une réponse trop large ou trop vague à la question de savoir si une loi provinciale « touche » le contenu essentiel d'une compétence

power must be sufficiently severe to justify a finding of immunity. Without going so far as to require the federal core or matter or undertaking to be "sterilized", I would suggest that we should interpret *Bell Canada (1988)*'s determination of a vital part of the federal core being "affected" to mean that the full or plenary exercise (or potential exercise) of the federal legislative authority in question would need to be "attacked", "hindered" or "restrained" before immunity could attach. The key, to return to the language used by Beetz J. in *Bell Canada (1988)*, at p. 856, is whether the provincial law "bear[s] upon" a federal matter or subject in what makes it "specifically of federal jurisdiction" (p. 762). As Professor Hogg suggests, the provincial law in its application to the federal matter must "intrude heavily" upon core federal areas of jurisdiction and/or upon core aspects of federal subject matters in order for immunity to be triggered (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-34). In my view, these qualifying descriptions of the word "affects" will give more teeth to the notion of immunity and respond to critics of the doctrine who have expressed concern over its overly broad and limitless application. I will not discuss the matter of indirect effects described in *Irwin Toy*; it raises a number of difficulties in its own right that are better left to another day.

fédérale pourrait conférer une immunité dans des situations qui ne s'y prêtent absolument pas. La recherche d'un juste milieu serait donc indiquée. À mon avis, l'application d'une loi provinciale au contenu essentiel d'un chef de compétence législative fédérale doit produire des effets suffisamment importants pour justifier de conclure à l'existence d'une immunité. Sans aller jusqu'à exiger que la matière, l'entreprise ou le contenu essentiel fédéral soit « stérilisé », je pense qu'il faudrait interpréter l'arrêt *Bell Canada (1988)*, où notre Cour a dit qu'il suffit qu'un élément vital du contenu essentiel fédéral soit « affecté », comme signifiant que le plein exercice (ou éventuel exercice) de la compétence législative fédérale en question devrait être « attaqué », « empêché » ou « restreint » avant que l'immunité puisse s'appliquer. La clé est de savoir, pour reprendre les termes qu'emploie le juge Beetz dans *Bell Canada (1988)* à la p. 856, si la loi provinciale « attei[nt] » une matière fédérale « dans ce qui constitue justement [sa] spécificité fédérale » (p. 762). Ainsi que le propose le professeur Hogg, lorsqu'on l'applique à la matière fédérale, la loi provinciale doit avoir pour effet [TRADUCTION] « d'empiéter largement » sur les domaines essentiels de compétence fédérale ou sur les aspects essentiels des matières fédérales pour que l'immunité puisse s'appliquer (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-34). J'estime que ces descriptions nuancées du terme « touche » vont renforcer davantage la notion de l'exclusivité des compétences et répondront aux critiques qui ont dit s'inquiéter de la trop grande portée de la doctrine et qui craignent qu'il n'y ait plus de limite à son application. Je n'aborderai pas la question des effets indirects décrits dans *Irwin Toy*; elle soulève plusieurs difficultés qui lui sont propres et qu'il conviendra d'examiner lorsqu'elles se présenteront.

109 Regarding the application of the immunity doctrine in cases like the present one, I would disagree with Justices Binnie and LeBel's treatment of the operation of interjurisdictional immunity, at para. 46 of their reasons, where they focus on an "activities" based notion of jurisdiction. This indicates a focus on the specific nature of the Lafarge proposal and the activities it would carry out. This concern is repeated at para. 71, where the core of

En ce qui concerne l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans les cas comme celui en l'espèce, je ne saurais accepter la manière dont les juges Binnie et LeBel appliquent l'exclusivité des compétences au par. 46 de leurs motifs, où ils insistent sur une notion de compétence fondée sur des « activités ». Ils semblent insister sur la nature spécifique du projet Lafarge et sur les activités que cette dernière prévoit exercer.

the federal power here is found not to include "uses that . . . cannot be said to be absolutely indispensable and necessary to its shipping and navigation undertaking". With respect, this analysis is problematic because the test for immunity should not focus on any specific *activity* or operation at issue (i.e. the Lafarge proposal for a concrete batch facility or any other particular use of port lands) and whether this activity or use is immune from the municipal by-law, but rather on whether the federal *power* over navigation and shipping (expressed in this case as the federal power over land use planning and development decisions by a port authority, a federally regulated undertaking) is immune from the application of the municipal by-law. The immunity doctrine is about jurisdiction; what matters is whether or not a provincial law affects the core of a *federal head of legislative power*, regardless of whether or how that federal power is exercised or will be exercised, if at all, with respect to a particular project or activity. The only relevance of the activity is that discussed further on in these reasons, i.e. whether approval of the project by the VPA as a federal undertaking is consistent with the regulation of land use planning and development of port lands in support of port operations (which I believe falls within the core of s. 91(10)). But even that determination says nothing of the applicability of the municipal by-law.

Because of this focus on jurisdiction rather than action, there need not be any federal legislation or executive action "occupying the field" for federal immunity to be triggered with respect to an area of federal legislative authority. This is one of the key facets of the immunity doctrine; the mere fact that a provincial law or municipal by-law affects a vital part of an area of exclusive federal jurisdiction is enough to render it inapplicable with respect

Ils reprennent cette idée au par. 71, où ils jugent que le contenu essentiel de la compétence fédérale n'englobe pas « des utilisations [. . .] [dont] on ne saurait dire [qu'elles] sont absolument nécessaires à ses activités de navigation et de transport maritime ». Avec égards, cette analyse pose problème en ce que le critère qui détermine l'exclusivité des compétences ne devrait pas insister sur *l'activité* ou sur l'exploitation précise qui est en cause (à savoir, la centrale à béton projetée par Lafarge, ou toute autre utilisation spécifique des terrains portuaires en particulier) et sur la question de savoir si cette activité ou utilisation échappe au règlement municipal, mais plutôt sur celle de savoir si la *compétence* fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires (qui en l'espèce prend la forme du pouvoir fédéral sur les décisions en matière d'utilisation et d'aménagement des terres que prend l'administration portuaire, une entreprise assujettie à la réglementation fédérale) échappe à l'application du règlement municipal. L'objet de la doctrine de l'exclusivité porte sur la compétence; l'important est de savoir si une loi provinciale touche le contenu essentiel d'un *chef de compétence législative fédérale*, peu importe si cette compétence fédérale est ou sera exercée, et la façon de l'exercer le cas échéant, relativement à une activité ou un projet donné. La pertinence de l'activité se limite à ce dont il est question un peu plus loin dans les présents motifs, à savoir si l'approbation du projet par l'APV en tant qu'entreprise fédérale est compatible avec la réglementation en matière d'utilisation des terres et d'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires (laquelle, à mon avis, fait partie du contenu essentiel du par. 91(10)). Mais même la décision sur cette question ne donne aucune indication quant à l'applicabilité du règlement municipal.

110 Vu l'importance accordée à la compétence plutôt qu'à la mesure, il n'est pas nécessaire qu'une mesure législative ou exécutive fédérale « occupe le champ » pour que l'immunité s'applique relativement à un domaine de compétence législative fédérale. Il s'agit de l'un des principaux aspects de la doctrine de l'exclusivité des compétences; le simple fait qu'une loi provinciale ou un règlement municipal touche un élément essentiel d'un domaine de

to a federal undertaking, regardless of whether or not Parliament has itself enacted any laws or taken any specific action with respect to the jurisdictional area or the undertaking. For example, in the *Quebec Minimum Wage* case, the Court concluded that a federally regulated interprovincial undertaking was immune from a provincial minimum wage law because it affected a vital aspect of the management and operation of the federal undertaking, even though at the time there was no federal minimum wage law or policy in existence. The doctrine of federal immunity was triggered even though no federal legislative or executive action had occurred with respect to that subject matter (see Hogg (looseleaf ed.), at p. 15-27).

111 This conclusion (that a provincial law, if it is found inapplicable to a federal undertaking or matter by reason of interjurisdictional immunity, cannot "fill the gap" left by the absence of any federal legislation or action) is consistent with the principle of "exclusivity" whereby subject matters enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are assigned to one level of government only. According to Monahan, this principle means that "constitutional jurisdiction over a particular work or undertaking is to be undivided: for the purposes of section 92(10), jurisdiction is allocated to a single level of government. The courts have consistently rejected the idea of dividing jurisdiction between the federal and the provincial governments over a single undertaking" (p. 357). The same could be said of undertakings or subject matters covered by a particular head of power under s. 91, such as navigation and shipping in this case (see Monahan, at p. 123, fn. 67).

2.3 *Operability: The Federal Paramountcy Doctrine*

112 The final step, assuming the impugned law is both valid and generally applicable to the federal

compétence fédérale exclusive suffit à les rendre inapplicables à l'égard d'une entreprise fédérale, peu importe que le Parlement lui-même ait ou non adopté une loi ou pris une mesure précise concernant le domaine de compétence ou l'entreprise. Par exemple, dans l'affaire *Commission du salaire minimum*, la Cour a conclu qu'une entreprise interprovinciale assujettie à la réglementation fédérale échappait à l'application de la loi provinciale sur le salaire minimum parce que cette loi touchait un aspect essentiel de la gestion et de l'exploitation de l'entreprise fédérale, même s'il n'y avait à cette époque aucune loi ou politique fédérale applicable au salaire minimum. La doctrine de l'exclusivité de la compétence fédérale s'appliquait même si l'État fédéral n'avait pris aucune mesure législative ou exécutive à ce sujet (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-27).

Cette conclusion (qu'une loi provinciale, jugée inapplicable à une entreprise ou matière fédérale en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ne peut « combler le vide » créé par l'absence d'une loi ou mesure fédérale) est conforme au principe de l'« exclusivité » selon lequel les catégories de sujets énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont assignées à un seul ordre de gouvernement. Selon Monahan, ce principe signifie que [TRADUCTION] « la compétence constitutionnelle applicable à des travaux ou des entreprises en particulier doit demeurer entière : pour l'application du paragraphe 92(10), la compétence est attribuée à un seul ordre de gouvernement. Les tribunaux ont systématiquement rejeté l'idée de partager entre les gouvernements fédéral et provinciaux la compétence applicable à une entreprise unique » (p. 357). Cela vaut également pour les entreprises ou les matières visées par un chef de compétence précis énoncé à l'art. 91, par exemple la navigation et les bâtiments ou navires dont il est question en l'espèce (voir Monahan, p. 123, note 67).

2.3 *Le caractère opérant : la doctrine de la prépondérance fédérale*

La dernière étape, en supposant que la loi contestée soit valide et s'applique de façon générale à la

matter, is to determine whether the provincial law (in this case, the municipal by-law) is inoperative to the extent of any conflict with federal legislation through an application of the doctrine of federal paramountcy. In order for a consideration of the doctrine to be possible, there must be two valid and applicable laws (one federal and one provincial or municipal) which overlap; the nature and extent of the overlap will then determine whether the federal law should take precedence over the provincial law. According to J. Bakan et al., the authors of *Canadian Constitutional Law* (3rd ed. 2003), at pp. 254-55: "The paramountcy issue only arises after the issues of validity and applicability have been determined. If a court has determined, through the process of characterization, that both the federal and provincial laws in issue are valid, and that both apply to the facts of the case, then a paramountcy issue may arise. The paramountcy issue will not arise if the court finds that one or the other of the laws is invalid or that the provincial law is inapplicable (using the doctrine of interjurisdictional immunity)" (emphasis added). I agree. If the doctrine of paramountcy is considered, and if the overlap constitutes a "conflict" (that is, if the federal legislative purpose is frustrated, or if there is an impossibility of dual compliance — see Hogg ((loose-leaf ed.), at pp. 16-4 to 16-8)), then the doctrine of federal paramountcy will apply so as to render the provincial law inoperable to the extent of the conflict. The result of a finding of federal paramountcy is that the provincial law is still considered valid and applicable but is inoperable so long as there is a conflict with federal legislation (see Monahan, at p. 127). If, however, there is no conflict (either because the overlap does not constitute a conflict, or because any conflict has disappeared through legislative repeal or amendment), then the two laws may validly co-exist, even with respect to the same matter or undertaking.

In the present case, I would likely agree with Justices Binnie and LeBel's conclusion that the operation of the City's by-law here (if applicable) would frustrate Parliament's intent; but because I

matière fédérale, consiste à déterminer, par l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, si la loi provinciale (en l'espèce, le règlement municipal) est inopérante dans la mesure où elle entre en conflit avec une loi fédérale. Pour que l'application de la doctrine puisse être considérée, il doit y avoir chevauchement de deux lois valides et applicables (l'une fédérale, l'autre provinciale ou municipale); la nature et l'étendue du chevauchement détermineront alors si la loi fédérale devrait avoir préséance sur la loi provinciale. Selon J. Bakan et autres, *Canadian Constitutional Law* (3e éd. 2003), p. 254-255 : [TRADUCTION] « La question de la prépondérance se pose uniquement après qu'on a tranché celles de la validité et de l'applicabilité. Si un tribunal a décidé, au terme du processus de qualification, que la loi fédérale et la loi provinciale sont toutes deux valides et qu'elles s'appliquent toutes deux aux faits de la cause, la question de la prépondérance peut alors se poser. La question de la prépondérance ne se posera pas si le tribunal conclut à l'invalidité de l'une ou l'autre loi ou à l'inapplicabilité de la loi provinciale (en suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences) » (je souligne). Je partage cet avis. Si l'application de la doctrine de la prépondérance est examinée, et si le chevauchement constitue un « conflit » (c.-à-d., si la réalisation du but visé par le Parlement est entravée ou s'il y a impossibilité de se conformer aux deux textes de loi — voir Hogg ((éd. feuilles mobiles), p. 16-4 à 16-8)), alors la doctrine de la prépondérance fédérale s'appliquera de façon à rendre la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. La décision déclarant que la loi fédérale est prépondérante fait en sorte que la loi provinciale est tout de même considérée valide et applicable, mais inopérante dans la mesure où il y a conflit avec la loi fédérale (voir Monahan, p. 127). Toutefois, s'il n'y a pas de conflit (soit parce que le chevauchement ne constitue pas un conflit, soit parce qu'une abrogation ou une modification législative y a mis un terme), alors les deux lois peuvent valablement coexister même à l'égard d'une même matière ou entreprise.

113 En l'espèce, je serais probablement d'accord avec les juges Binnie et LeBel pour conclure que l'application du règlement municipal (s'il s'appliquait) irait à l'encontre de l'intention du

believe the by-law is not applicable, as discussed below, paramountcy need not be discussed. I would add that the mere requirement of a permit under provincial law, without evidence that the permit would not in fact be granted in this case, does not necessarily indicate an express operational conflict with federal law, since compliance with one law does not necessarily mean a breach of the other (see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40). Dual compliance could be achieved by satisfying the requirements of whichever law was "stricter" (see Hogg (loose-leaf ed.), at pp. 16-9 and 16-10). If the City did in fact grant a permit in this case, then dual compliance would therefore be possible; certainly, until the City refuses a permit, dual compliance is not "impossible" here. Federal paramountcy would therefore need to be triggered by some other means, such as the frustration of legislative intent despite the absence of any express operational conflict in terms of impossibility of dual compliance.

3. Application to This Case

3.1 *The Validity of the Municipal By-law and the Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10*

114 In this case, both parties appear to admit that the municipal by-law in question is valid legislation. The respondents Lafarge Canada Inc. ("Lafarge"), the VPA and the City of Vancouver ("City") do not challenge the validity of the by-law, but rather the application of the by-law to a particular subject matter, namely property situated in the Port of Vancouver and the proposed development project for the property.

115 In my view, the municipal by-law is indeed valid legislation. In pith and substance, the by-law is concerned with zoning regulations and requirements surrounding land use for property situated within the municipality's boundaries. It imposes a regulatory regime with respect to development

législateur; mais puisque j'estime qu'il ne s'applique pas, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas nécessaire d'examiner la prépondérance fédérale. J'ajouterais que la simple obligation d'obtenir un permis aux termes de la loi provinciale, sans la preuve qu'un permis ne serait pas octroyé en l'espèce, n'indique pas nécessairement un conflit d'application explicite avec la loi fédérale, puisque l'observance d'une loi n'entraîne pas nécessairement la violation de l'autre (voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40). On peut arriver à se conformer aux deux lois en satisfaisant aux conditions de la loi [TRADUCTION] « la plus stricte » (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 16-9 et 16-10). Si la ville a effectivement octroyé un permis en l'espèce, il y a alors possibilité de se conformer aux deux lois; assurément, aussi longtemps que la ville ne refuse pas un permis, l'observance des deux lois n'est pas « impossible ». Il faudrait donc que d'autres moyens entraînent l'application de la prépondérance fédérale, par exemple s'il y avait entrave à l'intention du législateur malgré l'absence d'un conflit d'application explicite découlant de l'impossibilité de se conformer aux deux lois.

3. Application aux faits de l'espèce

3.1 *La validité du règlement municipal et la Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10*

En l'espèce, les deux parties paraissent admettre que le règlement municipal en question constitue une disposition législative valide. Les intimées Lafarge Canada Inc. (« Lafarge »), l'APV et la ville de Vancouver (« ville ») ne contestent pas la validité du règlement, mais plutôt son application à une matière précise, savoir à un terrain situé dans le port de Vancouver et au projet d'aménagement envisagé sur ce terrain.

À mon avis, le règlement municipal est bel et bien valide. De par son caractère véritable, il traite de la réglementation en matière de zonage et des exigences en matière d'utilisation des terres relativement aux biens-fonds situés dans les limites de la municipalité. Il impose un régime réglementaire

and building permits and an approval process for projects to be undertaken on city grounds. Its purpose can be characterized as the achievement of certainty and efficiency in land use planning and development for municipal land; its effects on interested parties are generally concerned with ensuring the compliance of development proposals with municipal regulations and procedural standards for city council approval. In short, the pith and substance of the by-law is in relation to the regulation of land use planning and development for property situated within the City of Vancouver. As such, the by-law is an example of delegated legislative authority deriving from the provincial legislative power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. It is a valid provincial law (more precisely, a valid municipal by-law) of general application, which does not target any particular federal subject matter or federal undertaking. In general terms, a valid provincial law of general application can be found to have permissible and incidental effects on federal matters, so long as these effects do not impact on the federal character or nature of the federal matter (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 15-33, citing *Bell Canada (1988)*, at p. 762: "provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction"). However, as discussed below, in this case the application of the municipal by-law to the regulation of land use planning within the Port of Vancouver for port lands in support of port operations would impermissibly affect a vital part of the federal power over navigation and shipping under s. 91(10).

It should also be noted that because paramountcy only arises after both the provincial law (or municipal by-law) and the federal law in question have been found to be valid and applicable to the same subject matter, as discussed above, the validity of the federal legislation in this case might also need

relatif aux permis d'aménagement et de construction, et un processus d'autorisation des projets devant être entrepris dans les limites de la municipalité. On peut décrire son objet comme étant la réalisation d'un mécanisme stable et efficace de planification de l'utilisation des sols et d'aménagement des terrains municipaux; ses effets sur les intéressés consistent généralement à assurer la conformité des projets d'aménagement aux règlements municipaux et aux normes procédurales à suivre en vue de leur autorisation par le conseil municipal. Bref, le caractère véritable du règlement s'attache à la réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains situés dans les limites de la ville de Vancouver. Le règlement constitue un exemple du pouvoir de législation déléguée issu de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit d'une loi provinciale (plus précisément, d'un règlement municipal) d'application générale valide qui ne cible aucune matière ou entreprise fédérale précise. De manière générale, il est possible de conclure qu'une loi provinciale d'application générale valide produit des effets acceptables et accessoires sur les matières fédérales, pour autant que ces effets n'aient pas d'incidence sur la caractéristique ou la nature fédérale propre à la matière fédérale (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-33, citant *Bell Canada (1988)*, p. 762 : « pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale »). Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'application en l'espèce du règlement municipal à la réglementation de l'utilisation des sols dans le port de Vancouver pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, toucherait d'une manière inacceptable un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10).

116 Il faut également remarquer que, parce que la doctrine de la prépondérance n'entre en jeu qu'une fois reconnue la validité de la loi provinciale (ou du règlement municipal) et de la loi fédérale en question et leur applicabilité à la même matière, comme nous l'avons expliqué précédemment, il

to be addressed at this first step of the analysis. That is, when assessing the validity of the municipal by-law in question, it might also be useful to consider the validity of the applicable federal legislation which allegedly conflicts with the by-law, in order to properly consider the application of the doctrine of federal paramountcy, should the analysis proceed that far. The relevant federal legislation here is the *Canada Marine Act* in general, and s. 48 in particular, which requires and provides for the development of land use plans by port authorities which contain "objectives and policies for the physical development of the real property" that the port authority "manages, holds or occupies", and which take into account "relevant social, economic and environmental matters and zoning by-laws that apply to neighbouring lands". In my view, a consideration of the validity of s. 48 is not necessary, given that it is not challenged; I have also found that there is no need (and no possibility) to consider the application of the doctrine of paramountcy because the interjurisdictional immunity doctrine applies here. Nevertheless, if the issue were to emerge, I would agree with Justices Binnie and LeBel's conclusion on the validity of the federal law in question. In my view, s. 48 of the *Canada Marine Act* is, in pith and substance, legislation aimed at the regulation of land use planning and development for property related to shipping and navigation. It is legislation properly adopted under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, which establishes Parliament's exclusive authority to legislate with respect to navigation and shipping. This power undeniably includes and extends to harbours and ports (see the discussion below); s. 48 of the *Canada Marine Act* is a function of this power.

3.2 *The Application of the Municipal By-law*

117 Having concluded that the municipal by-law in question is valid provincial legislation of general application, the next step in the analysis is to

peut aussi être nécessaire en l'espèce d'examiner la validité de la loi fédérale à cette première étape de l'analyse. En d'autres termes, lors de l'examen de la validité du règlement municipal en question, il peut également être utile d'examiner la validité de la loi fédérale applicable qui serait incompatible avec le règlement, pour qu'il soit dûment déterminé si la doctrine de la prépondérance fédérale s'applique, dans l'hypothèse où l'analyse se poursuivrait jusqu'à cette étape. En l'espèce, la loi fédérale pertinente est la *Loi maritime du Canada* en général, et plus précisément l'art. 48, lequel prescrit et prévoit que les administrations portuaires doivent avoir un plan d'utilisation des sols qui fait état des « objectifs et politiques établis pour l'aménagement physique des immeubles [. . .] dont la gestion leur est confiée ou qu'elles occupent ou détiennent, compte tenu des facteurs d'ordre social, économique et environnemental applicables et des règlements de zonage qui s'appliquent aux sols avoisinants ». J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la validité de l'art. 48 vu qu'elle n'est pas contestée; j'ai également conclu qu'il est inutile (et impossible) d'examiner l'application de la doctrine de la prépondérance puisque celle de l'exclusivité des compétences s'applique en l'espèce. Néanmoins, si la question devait se poser, je ferais mienne la conclusion des juges Binnie et LeBel concernant la validité de la loi fédérale en question. J'estime que l'art. 48 de la *Loi maritime du Canada* est, par son caractère véritable, une disposition législative destinée à réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement des immeubles liés à la navigation et aux bâtiments ou navires. Il s'agit d'une disposition adoptée en toute conformité au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel établit la compétence législative exclusive du Parlement en matière de navigation et bâtiments ou navires. Cette compétence englobe incontestablement les havres et les ports (voir l'analyse ci-après); l'art. 48 de la *Loi maritime du Canada* est l'expression de cette compétence.

3.2 *L'application du règlement municipal*

Vu la conclusion que le règlement municipal en question est une disposition provinciale d'application générale valide, l'étape suivante de

determine whether the by-law is applicable in this case. The respondents Lafarge, the VPA and the City have proposed two possible routes by which the by-law could be held to be inapplicable by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity: the federal power over "public property" under s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, and the federal power over "navigation and shipping" under s. 91(10). In my view, the first ground fails to show why the by-law should be inapplicable, while the second ground succeeds.

In either case, the analysis remains the same regardless of which federal power is considered. The first step is to identify the "core" of the federal head of power; that is, to determine what the federal power encompasses within its primary scope, and then to determine whether the impugned federal undertaking or matter at issue falls within that core. The second step is to determine whether the impugned provincial law (or in this case, the impugned municipal by-law) impermissibly affects a vital aspect of the federal core of either head of power, so as to render it inapplicable to the federal undertaking or matter (see *Bell Canada (1988)*; see also Hogg (loose-leaf ed.), at pp. 15-25 to 15-28, and Monahan, at pp. 123-26).

3.2.1 Federal Immunity Over Public Property Under Section 91(1A)

On this point, I would find that the lands in question do not constitute "public property" under s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*, and thus do not enjoy federal immunity from the application of the municipal by-law on that basis.

In the Court of Appeal, Finch C.J.B.C. found that the chambers judge, Lowry J. of the B.C. Supreme Court, had applied the wrong legal test (and thereby reached the wrong conclusion) in determining whether the port lands in question were "public

l'analyse consiste à déterminer si le règlement est applicable en l'espèce. Les intimées Lafarge, l'APV et la ville ont proposé deux moyens qui pourraient permettre de conclure à l'inapplicabilité du règlement en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences : la compétence fédérale en matière de « propriété publique » prévue au par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la compétence fédérale sur « la navigation et les bâtiments ou navires » prévue au par. 91(10). À mon avis, le premier moyen n'établit pas de raisons permettant de conclure à l'inapplicabilité du règlement, alors que le deuxième y parvient.

118 Dans les deux cas, l'analyse reste la même, quelle que soit la compétence fédérale examinée. La première étape consiste à préciser le « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale; c'est-à-dire, à déterminer en quoi consiste l'étendue immédiate de la compétence fédérale, et ensuite à déterminer si l'entreprise ou la matière fédérale en cause entre dans ce contenu essentiel. La deuxième étape consiste à déterminer si la loi provinciale contestée (ou, en l'espèce, le règlement municipal) touche d'une manière inacceptable un aspect vital du contenu essentiel de l'un ou l'autre des chefs de compétence fédérale, ce qui la rendrait de ce fait inapplicable à l'entreprise ou à la matière fédérale (voir l'arrêt *Bell Canada (1988)*; voir également Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-25 à 15-28, et Monahan, p. 123-126).

3.2.1 Compétence fédérale exclusive en matière de propriété publique prévue au par. 91(1A)

119 Sur ce point, je suis d'avis que les terrains en question ne constituent pas une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'ils ne bénéficient pas de l'immunité réservée au domaine fédéral qui écarte l'application du règlement municipal.

120 Le juge en chef Finch de la Cour d'appel a conclu que le juge en chambre, le juge Lowry de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, n'avait pas appliqué le bon critère juridique (et est donc arrivé à une conclusion erronée) pour répondre à

property" under s. 91(1A) and thus whether they enjoyed federal immunity from the application of the by-law. Lowry J. had essentially adopted a test of "agency" for identifying public property in situations where the land is not owned directly by the Crown, and he had concluded that because here the VPA holds the subject lands in its own name and not as an agent of the federal Crown, the lands in question could not be considered public property under s. 91(1A) and therefore did not enjoy federal immunity from the by-law.

la question de savoir si les terrains portuaires en question constituent une « propriété publique » au sens du par. 91(1A), et si, par le fait même, ils peuvent bénéficier de l'immunité réservée au domaine fédéral qui écarte l'application du règlement. Le juge Lowry avait essentiellement adopté le critère de la « relation de mandataire » qui permet de déterminer si un terrain dont l'État n'est pas directement propriétaire peut constituer une propriété publique, et il avait conclu qu'en l'espèce, le fait pour l'APV de détenir les terrains visés en son propre nom et non à titre de mandataire de l'État fédéral signifie que ces terrains ne peuvent être considérés comme une propriété publique au sens du par. 91(1A) et ne peuvent donc bénéficier de l'immunité réservée au domaine fédéral qui écarte l'application du règlement.

121 In assessing this analysis, Finch C.J.B.C. held that it is the degree of control exercised by the federal Crown over the lands in question which determines its status as public or non-public property under s. 91(1A), not whether there is an agency relationship with the Crown. Finch C.J.B.C. determined that Lowry J. had misinterpreted *Hamilton Harbour Commissioners v. City of Hamilton* (1978), 21 O.R. (2d) 491 (C.A.), as establishing the principle that *only* where a Crown corporation is an agent for the Crown for the purposes of holding land can the lands so held be considered public property; instead, according to Finch C.J.B.C., there may be situations where a Crown corporation that is not a Crown agent is nonetheless subject to a sufficient degree of control by the federal Crown such that the property it holds in its own name is in reality public property under s. 91(1A). For example, ongoing federal approval for and control over the acquisition, tenure and disposition of land held by a Crown corporation which is not a Crown agent will generally indicate a sufficient degree of federal control. In this case, Finch C.J.B.C. held that the degree of control exercised by the federal Crown through the *Canada Marine Act* over all lands belonging to or held by the VPA was sufficient to characterize the lands in question as public property under s. 91(1A); thus, by application of the doctrine of interjurisdictional

Dans l'examen de cette analyse, le juge en chef Finch a statué que c'est le degré de contrôle qu'exerce le gouvernement fédéral sur les terrains en question, et non l'existence d'une relation de mandataire avec l'État, qui détermine si ces terrains sont ou non une propriété publique au sens du par. 91(1A). Le juge en chef Finch a conclu que le juge Lowry avait mal interprété l'arrêt *Hamilton Harbour Commissioners c. City of Hamilton* (1978), 21 O.R. (2d) 491 (C.A.), en affirmant que cet arrêt établissait le principe que les terrains détenus par une société d'État peuvent être considérés comme une propriété publique *uniquement* si la société d'État détient ces terrains à titre de mandataire du gouvernement; selon le juge en chef Finch, dans certains cas, une société d'État qui n'est pas mandataire du gouvernement est néanmoins assujettie par l'État fédéral à un degré de contrôle suffisant pour que le bien qu'elle détient en son propre nom constitue en réalité une propriété publique au sens du par. 91(1A). Par exemple, l'approbation et le contrôle régulièrement exercés par le gouvernement fédéral relativement à l'acquisition, la tenure et l'aliénation de biens-fonds détenus par une société d'État qui n'est pas mandataire du gouvernement indiquent généralement que le gouvernement fédéral exerce un degré de contrôle suffisant. En l'espèce, le juge en chef Finch a affirmé que le degré de contrôle exercé par le gouvernement fédéral aux termes de

immunity, the municipal by-law is inapplicable to the lands in question.

I agree with Finch C.J.B.C. that Lowry J. applied the wrong legal test and that in general a provincial law cannot affect the federal power to enact laws in respect of federally owned property (see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 28-2; see also *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, and *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 62-77). The test for public property under s. 91(1A) cannot be one of "agency", since this is not an appropriate or principled basis upon which to classify land as "public" or "non-public". This is reinforced by the fact that the statutory designation of a Crown corporation as an agent for the Crown is more accurately understood as an expression of the Crown's legal liability in relation to land held by a Crown agent, rather than as a statement about the constitutional status of land (see P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000); see also ss. 23(1) and (2) of the *Canada Marine Act*). Furthermore, agency itself is merely an indicator or a factor in identifying public property; as noted by Finch C.J.B.C., there is a consistent line of jurisprudence which demonstrates that the status of land as public property under s. 91(1A) coincides with its ownership by Crown agents for the benefit of the federal Crown (see para. 74).

I would however disagree with Finch C.J.B.C.'s "control" test as a substitute for the agency test in identifying public property. The relevant test is not the degree of control exercised by the federal Crown (which is, in effect, merely an indicator of

la *Loi maritime du Canada* sur tous les terrains appartenant à l'APV ou détenus par elle suffit pour que les terrains en question soient qualifiés de propriété publique au sens du par. 91(1A); par conséquent, en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences, le règlement municipal ne s'applique pas aux terrains en question.

122 Comme le juge en chef Finch, j'estime que le juge Lowry n'a pas appliqué le bon critère juridique et qu'en général, une loi provinciale ne peut toucher au pouvoir du Parlement d'adopter des lois relatives aux biens appartenant au gouvernement fédéral (voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 28-2; voir également *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, et *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 62-77). Le critère de propriété publique au sens du par. 91(1A) ne peut être fondé sur la « relation de mandataire » puisqu'il ne s'agit pas d'un fondement approprié ou rationnel permettant de qualifier un terrain de « public » ou « non public ». Ce point de vue est renforcé par le fait qu'il est plus exact de considérer la désignation de mandataire de l'État conférée par la loi à une société d'État comme étant l'expression d'une obligation légale de l'État à l'égard des terrains détenus par son mandataire, plutôt que de la considérer comme déclarative du statut constitutionnel de ces terrains (voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000); voir également les par. 23(1) et (2) de la *Loi maritime du Canada*). En outre, la relation de mandataire elle-même n'est qu'un simple indicateur ou facteur de reconnaissance de propriété publique; comme l'a souligné le juge en chef Finch, un courant jurisprudentiel constant démontre que le statut de propriété publique d'un terrain, au sens du par. 91(1A), coïncide avec le fait que des mandataires de l'État sont propriétaires des terrains pour le bénéfice du gouvernement fédéral (voir par. 74).

123 Je suis toutefois en désaccord avec le juge en chef Finch lorsqu'il décide de substituer le critère du « contrôle » à celui de la relation de mandataire pour qualifier une propriété publique. Le critère pertinent n'est pas le degré de contrôle

Crown agency). Rather, the relevant test is whether there is evidence of a sufficient *proprietary* interest in the lands on the part of the federal Crown. First, it is clear that Crown ownership of land generally coincides with its *prima facie* classification as s. 91(1A) public property; see Hogg (loose-leaf ed.), at p. 28-2. Second, a focus on the federal Crown's proprietary interests is consistent with the historical origins and development of federal jurisdiction over public property as a way to ensure that the federal Crown would possess and be the proprietor of sufficient resources to establish and maintain a transcontinental economy in the early years of Confederation (see Monahan, at pp. 111-12, and G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 58, on the extension of this idea to nation-wide transportation initiatives). Third, even a partial proprietary interest of the federal Crown in land will help establish a sufficient basis for classifying the land as public property under s. 91(1A) (see *Greater Toronto Airports Authority*, at para. 66). Thus, when a Crown corporation owns or holds land other than as a Crown agent, there must be some element of ownership by the federal Crown in order to receive constitutional immunity from provincial land use laws and regulations. Therefore, the immunity at the heart of s. 91(1A) is based on a proprietary interest.

124 In addition to rejecting the "control" test, I cannot accept Finch C.J.B.C.'s conclusion regarding the lands in question here. On the facts of this case, I would conclude that the Crown has not established a proprietary interest in the lands sufficient to justify federal immunity on the basis of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*. The property in question is listed in Schedule C of the VPA's Letters Patent (*Canada Gazette*, Part I, vol. 133, February 27, 1999 (Supplement), at p. 3), and based on a plain reading of the legislative scheme and of the Letters

exercé par l'État fédéral (en fait, un simple indicateur du statut de mandataire de l'État). Le critère consiste plutôt à savoir si la preuve établit que l'État fédéral possède à l'égard des terrains un intérêt *propriétal* suffisant. Premièrement, il ne fait aucun doute que le droit de propriété de l'État sur un terrain coïncide généralement avec la possibilité de le qualifier à première vue de propriété publique au sens du par. 91(1A); voir Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 28-2. Deuxièmement, l'accent mis sur les intérêts propriétaux de l'État fédéral est conforme aux origines historiques de la compétence fédérale sur la propriété publique et à son évolution comme moyen de veiller à ce que l'État fédéral ait la possession et la propriété de ressources suffisantes en vue de l'établissement et du maintien d'une économie transcontinentale à l'aube de la Confédération (voir Monahan, p. 111-112, et G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 58, au sujet de l'élargissement de cette notion aux initiatives en matière de transport à l'échelle nationale). Troisièmement, même un intérêt propriétal partiel de l'État fédéral sur le terrain contribuera à établir un fondement suffisant pour le qualifier de propriété publique au sens du par. 91(1A) (voir *Greater Toronto Airports Authority*, par. 66). Ainsi, lorsqu'une société d'État est propriétaire d'un terrain ou le détient à un titre autre que celui de mandataire de l'État, il faut un élément du droit de propriété de l'État fédéral afin que le terrain bénéficie de l'immunité constitutionnelle qui écarte l'application des lois et règlements provinciaux sur l'utilisation des sols. L'immunité au cœur du par. 91(1A) est donc fondée sur un intérêt propriétal.

En plus de rejeter le critère du « contrôle », je ne puis accepter la conclusion du juge en chef Finch à l'égard des terrains en question. Compte tenu des faits de l'espèce, j'estime que l'État n'a pas établi l'existence d'un intérêt propriétal suffisant sur les terrains pour justifier l'immunité réservée au domaine fédéral sur le fondement du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le bien-fonds en question est décrit à l'annexe C des lettres patentes de l'APV, et un simple examen du régime législatif et des lettres patentes (*Gazette du Canada*,

Patent, it is clear that it was Parliament's explicit and deliberate choice to exclude Schedule C lands from the definition of federal lands and lands held in the name of the Crown by Crown agents. The Letters Patent for the VPA draw a clear distinction between "federal real property" (s. 3.2) and "other than federal real property" (s. 3.3); given that the subject lands fall into the latter category, it is clear that the federal Crown has indicated its legislative and executive intent to consider the lands in question as something other than federal property. By its own decision to include the lands in question in Schedule C of the VPA's Letters Patent, and thereby to exclude them from lands owned by the Crown or held by agents for the Crown, Parliament has chosen to renounce any proprietary interest in such lands. The property is held by the VPA in its own name and not for the benefit of the Crown.

partie I, vol. 133, 27 février 1999 (supplément), p. 3) fait nettement ressortir que le législateur a fait le choix exprès et délibéré d'exclure les terrains visés à l'annexe C de la définition de terrains fédéraux et de terrains détenus par les mandataires de l'État au nom de l'État. Les lettres patentes de l'APV établissent une nette distinction entre les « immeubles fédéraux » (art. 3.2) et les « immeubles autres que [d]es immeubles fédéraux » (art. 3.3); puisque les terrains en cause entrent dans cette dernière catégorie, il ne fait aucun doute que l'État fédéral a indiqué, dans les mesures législatives et exécutives prises, son intention de considérer les terrains en cause comme des immeubles autres que des immeubles fédéraux. En prenant la décision d'inclure les terrains en question dans l'annexe C des lettres patentes de l'APV, et de les exclure de ce fait des terrains que possède l'État ou que détiennent les mandataires de l'État, le législateur a choisi de renoncer à tout intérêt propriétal sur ces terrains. L'APV détient les biens-fonds en son propre nom et non pour le bénéfice de l'État.

As a result, although the by-law seeks to regulate the land use planning and development of the lands in question, such lands are not public property under s. 91(1A); accordingly, the application of the by-law does not invade Parliament's exclusive legislative jurisdiction over public property, and there is no s. 91(1A) immunity here.

125 Par conséquent, même si le règlement vise à régir l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains en cause, ces terrains ne sont pas une propriété publique au sens du par. 91(1A); l'application du règlement n'empiète donc pas sur la compétence législative exclusive du Parlement en matière de propriété publique, et l'immunité fondée sur le par. 91(1A) n'est pas applicable en l'espèce.

3.2.2 Federal Immunity Over Navigation and Shipping Under Section 91(10)

The alternative ground for federal immunity from the application of the municipal by-law is that the by-law cannot apply by virtue of Parliament's exclusive legislative jurisdiction over navigation and shipping under s. 91(10), and in particular over the VPA's regulation of land use planning and development of port lands in respect of port operations, as a federally regulated undertaking rooted in s. 91(10).

3.2.2 Compétence fédérale exclusive en matière de navigation et bâtiments ou navires prévue au par. 91(10)

126 L'autre fondement de l'immunité réservée au domaine fédéral qui écarte l'application du règlement municipal tient à ce que le règlement ne peut s'appliquer en raison de la compétence législative exclusive du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires visée au par. 91(10), et plus particulièrement sur la réglementation par l'APV, une entreprise régie par le fédéral en vertu du par. 91(10), de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires pour les besoins des opérations portuaires.

3.2.2.1 *The Core of Section 91(10)*

127 As previously mentioned, the first step in the analysis is to determine and identify the core of the federal power at issue (i.e. the exclusive legislative jurisdiction over navigation and shipping under s. 91(10)). As Finch C.J.B.C. noted in his reasons, at para. 97, the proper question to ask is "whether the Port Authority's powers to plan and regulate land use development within the Port form a vital part of the exclusive federal legislative jurisdiction over navigation and shipping" (see also para. 100). In other words, we must determine whether the regulation of land use planning and development, as exercised by the VPA acting as a federal undertaking, created and governed by the federal government pursuant to its navigation and shipping power, falls within the core of s. 91(10). As discussed earlier, it is important not to define the core too widely, such that the core of the federal sphere of jurisdiction would become as large as its outer boundaries. The attempt to draw bright lines in this area should also be resisted. In my view, it is best to address the issue on a case-by-case basis. Clearly then, there must be a sufficient connection to a basic understanding of navigation and shipping for immunity to attach; in other words, the VPA's regulation of land use planning and development in respect of port lands must be for purposes relating to navigation and shipping in order to enjoy federal immunity under s. 91(10). This is what must guide the inquiry. It may be that certain uses of land do not appear to have a sufficient connection to navigation and shipping on their own but the VPA's decision to authorize such uses in exercising its powers over port lands derived from the federal power over navigation and shipping (including port operations) cannot be considered in isolation. In my view, the core of the federal legislative power over navigation and shipping under s. 91(10) necessarily extends to and includes the power (as exercised by the VPA as a federal undertaking) to regulate land use planning and development for port lands *in support of port operations* (i.e. Schedule C lands, according to the preamble of the VPA's Letters Patent; this is in fact the category of port lands on which the Lafarge facility would be built). That is the only issue that

3.2.2.1 *Le contenu essentiel du par. 91(10)*

Comme je l'ai déjà mentionné, la première étape de l'analyse consiste à cerner le contenu essentiel de la compétence fédérale en cause (savoir, la compétence législative exclusive sur la navigation et les bâtiments ou navires visée au par. 91(10)). Comme l'a fait remarquer le juge en chef Finch au par. 97 de ses motifs, il faut se demander [TRADUCTION] « si les pouvoirs de planification et de réglementation de l'administration portuaire en matière d'aménagement du territoire dans les limites du port constituent un élément essentiel de la compétence législative exclusive du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires » (voir également au par. 100). En d'autres termes, il nous faut décider si la réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement, adoptée par l'APV agissant à titre d'entreprise fédérale établie et régie par le gouvernement fédéral conformément à sa compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, fait partie du contenu essentiel du par. 91(10). Comme nous l'avons vu, il importe de ne pas donner une définition trop large du contenu essentiel, pour éviter qu'il se confonde avec la compétence fédérale dans toute son ampleur. Il faudrait également se garder de tracer des lignes de démarcation très nettes. J'estime qu'il est préférable de considérer chaque cas comme un cas d'espèce. De toute évidence, il faut dégager un lien suffisant avec les notions de base de la navigation et des bâtiments ou navires pour que l'immunité puisse s'appliquer; en d'autres termes, la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires doit répondre à des besoins reliés à la navigation et aux bâtiments ou navires pour pouvoir bénéficier de l'immunité réservée au domaine fédéral en vertu du par. 91(10). Ces repères doivent jalonner l'examen. Certaines utilisations du territoire peuvent sembler ne pas avoir, d'elles-mêmes, un lien suffisant avec la navigation et les bâtiments ou navires, mais la décision de l'APV d'autoriser de telles utilisations dans l'exercice de son pouvoir sur les terrains portuaires qui émane de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires (y compris les opérations portuaires) ne saurait être considérée isolément. J'estime que le

concerns us in this appeal and that governs our inquiry. We must determine whether the regulation of land use in the port is a core function of navigation and shipping. In contrast with Justices Binnie and LeBel's reasoning, I am of the view that the regulation of land use planning for such lands *in support of* port operations provides the necessary link to navigation and shipping in order to trigger federal immunity; this is discussed in greater detail below. This conclusion flows from the inclusion of ports and harbours generally within the federal power over navigation and shipping and, more specifically, from the inclusion of land use planning and development activities and decisions by port authorities in respect of port lands, when such regulation is sufficiently connected to navigation and shipping.

I would note first of all that the jurisprudence clearly establishes that ports and harbours with interprovincial dimensions fall within the core of s. 91(10) as facilities or undertakings in which various aspects of the federal power over navigation and shipping would logically be exercised (see *Holman v. Green* (1881), 6 S.C.R. 707, at p. 718, *per* Strong J.: "the object of vesting the harbours in the Dominion was doubtless with the object of enabling that Government to carry out with more facility such measures as it might, under the power granted to it to legislate on the subject of navigation and shipping, from time to time think fit to enact"). This is similar in nature to the federal

contenu essentiel de la compétence législative fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires aux termes du par. 91(10) englobe nécessairement le pouvoir (exercé par l'APV en sa qualité d'entreprise fédérale) de réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires pour les activités *nécessaires aux opérations portuaires* (en l'occurrence, les terrains décrits à l'annexe C, selon le préambule des lettres patentes délivrées à l'APV; il s'agit en réalité de la catégorie de terrains portuaires sur lesquels serait érigée l'installation projetée par Lafarge). C'est la seule question qui nous occupe dans le présent pourvoi et sur laquelle doit porter notre examen. Il nous faut déterminer si la réglementation de l'utilisation des sols dans le port constitue une fonction essentielle de la navigation et des bâtiments ou navires. Contrairement au raisonnement des juges Binnie et LeBel, j'estime que la réglementation de l'utilisation des sols pour les activités *nécessaires* aux opérations portuaires établit le lien nécessaire avec la navigation et les bâtiments ou navires pour que l'immunité fédérale s'applique; je traiterai davantage de ce point un peu plus loin. Cette conclusion découle du fait qu'on inclut généralement dans la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires les ports et les havres et, plus précisément, du fait qu'on inclut les activités et les décisions des administrations portuaires concernant l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires, lorsqu'un lien suffisant est établi entre cette réglementation et la navigation et les bâtiments ou navires.

128 Je tiens tout d'abord à signaler que la jurisprudence établit clairement que les ports et havres de dimensions interprovinciales font partie du contenu essentiel du par. 91(10), ceux-ci constituant des installations ou entreprises dans lesquelles s'exercent logiquement divers aspects de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires (voir les propos du juge Strong dans *Holman c. Green* (1881), 6 R.C.S. 707, p. 718 : [TRADUCTION] « l'attribution des havres au Dominion n'était sans doute pas étrangère à la décision de donner à ce gouvernement les moyens d'exécuter plus facilement les mesures qu'il peut lui sembler opportun d'édicter, en vertu de la compétence législative

power over aeronautics and consequently over airports and aeronautical facilities. That analogy was recognized by Griffiths J. in the *Hamilton Harbour Commissioners* case, at pp. 479-80, which was subsequently upheld on appeal, in which the inclusion of ports and harbours within s. 91(10) was confirmed:

> In *City of Montreal v. Montreal Harbour Com'rs*, [1926] 1 D.L.R. 840 at p. 848, [1926] A.C. 299 at pp. 312-3, 47 Que. K.B. 163, Viscount Haldane stated: "Now there is no doubt that the power to control navigation and shipping conferred on the Dominion by s. 91 is to be widely construed." By implication the Privy Council in the *Montreal Harbour* case recognized the jurisdiction of the federal Government over harbours. . . .
>
> Even in the absence of authority I would have no hesitation in holding that jurisdiction over Hamilton harbour, operated as an international harbour connected with international trade routes, is implicit in the legislative power conferred on the Dominion in relation to "Navigation and Shipping".
>
> By analogy, harbours are as essential to the effective jurisdiction over maritime navigation as are airports to effective jurisdiction over aerial navigation. Legislative control over airports has been considered by the Courts to be an integral and vital part of the federal jurisdiction over aeronautics. This latter view was expressed by Estey, J., in *Johannesson et al. v. Rural Municipality of West St. Paul et al.*, [1952] 1 S.C.R. 292 at p. 319, [1951] 4 D.L.R. 609 at pp. 620-1, 69 C.R.T.C. 105:
>
> > Indeed, in any practical consideration it is impossible to separate the flying in the air from the taking off and landing on the ground and it is, therefore, wholly impractical, particularly when considering the matter of jurisdiction, to treat them as independent one from the other.
>
> This reasoning was echoed by MacKinnon, J.A., in *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon et al.* (1976), 11 O.R. (2d) 546 at p. 549, 66 D.L.R. (3d) 610 at p. 613:
>
> > As was pointed out by members of the Court in the *Johannesson* case, airports are an integral and vital

qui lui a été conférée sur la navigation et les bâtiments ou navires »). Ce domaine est d'une nature semblable à la compétence fédérale sur l'aéronautique et, partant, sur les aéroports et les installations aéronautiques. Cette analogie a été acceptée par le juge Griffiths aux p. 479-480 de l'arrêt *Hamilton Harbour Commissioners*, confirmée plus tard en appel, dans lequel la Cour a reconnu que les ports et havres faisaient partie de la matière visée au par. 91(10) :

> [TRADUCTION] Dans *City of Montreal c. Montreal Harbour Com'rs*, [1926] 1 D.L.R. 840, p. 848, [1926] A.C. 299, p. 312-313, 47 Que. K.B. 163, le vicomte Haldane dit ceci : « [i]l est évident que le pouvoir de contrôle sur la navigation et les bâtiments ou navires que l'art. 91 confère au Dominion doit recevoir une interprétation large. » Dans l'affaire *Montreal Harbour*, le Conseil privé a reconnu implicitement la compétence du gouvernement fédéral sur les havres. . .
>
> Même en l'absence de décision faisant autorité, je conclurais sans aucune hésitation que la compétence sur le havre de Hamilton, dont l'accès aux routes internationales lui donnent un caractère international, ressort de façon implicite au pouvoir législatif octroyé au Dominion relativement à « [l]a navigation et les bâtiments ou navires ».
>
> Par analogie, le rôle des havres dans l'exercice efficace de la compétence en matière de navigation maritime est tout aussi essentiel que celui des aéroports dans l'exercice efficace de l'aéronautique. Les tribunaux ont considéré que le contrôle législatif sur les aéroports constitue une partie intégrante et essentielle de la compétence fédérale sur l'aéronautique. Le juge Estey a exprimé ce dernier point de vue dans *Johannesson et al. c. Rural Municipality of West St. Paul et al.*, [1952] 1 R.C.S. 292, p. 319, [1951] 4 D.L.R. 609, p. 620-621, 69 C.R.T.C. 105 :
>
> > D'un point de vue pratique en effet, il est impossible de dissocier l'étape du vol de celles du décollage et de l'atterrissage, et il est donc totalement irréaliste, en particulier lorsqu'on examine la question de la compétence, de les traiter comme si elles étaient indépendantes les unes des autres.
>
> Le juge MacKinnon a repris ce raisonnement dans *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon et al.* (1976), 11 O.R. (2d) 546, p. 549, 66 D.L.R. (3d) 610, p. 613 :
>
> > Comme les juges l'ont souligné dans l'affaire *Johannesson*, les aéroports constituent une partie

part of aeronautics and aerial navigation, and cannot be severed from that subject-matter so as to fall under a different legislative jurisdiction.

intégrante et essentielle de l'aéronautique et de la navigation aérienne, et ils ne peuvent être dissociés de ce domaine de manière à relever d'une autre compétence législative.

As Griffiths J. noted, the absence of an explicit separate head of power for "ports and harbours" is not an obstacle to the conclusion that they fall under exclusive federal jurisdiction by reason of s. 91(10), just as airports remain under federal authority despite the absence of any separate head of power — see *Greater Toronto Airports Authority* and *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1299; see also Finch C.J.B.C.'s reasons, at paras. 102-3. Thus, Justices Binnie and LeBel's observation, at para. 36, that there is no separate or enumerated head of power over "ports" does not affect the interjurisdictional immunity analysis.

Comme l'a signalé le juge Griffiths, l'absence d'un chef de compétence distinct prévoyant expressément les « ports et havres » n'écarte pas la conclusion que ces matières relèvent de la compétence fédérale exclusive par l'application du par. 91(10), tout comme les aéroports demeurent dans la sphère de compétence fédérale malgré l'absence d'un chef de compétence distinct — voir *Greater Toronto Airports Authority* et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1299; voir également les motifs du juge en chef Finch aux par. 102-103. Ainsi, la remarque des juges Binnie et LeBel au par. 36 de leurs motifs selon laquelle aucun chef de compétence distinct n'est prévu à l'égard des « ports » n'a aucune incidence sur l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

As well, the long-accepted principle that s. 91(10) is to be construed broadly and is to include an extensive range of legislative matters has led to the inclusion of a wide range of subjects within its reach and within its core. According to Professor Hogg ((loose-leaf ed.), at p. 22-20), federal jurisdiction has been held to include legislative competence over navigable waters and works of navigation (see *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200), harbours (see *Hamilton Harbour Commissioners*) and a wide range of maritime law subject matters. In addition, ports and harbours under the control of federal Crown corporations (like the VPA) are usually international ports intimately connected to routes of international commerce, trade and shipping and, as such, form part of a class of matters traditionally associated with federal rather than provincial jurisdiction.

129 De même, en raison du principe établi de longue date selon lequel le par. 91(10) doit recevoir une interprétation large et comprendre une vaste gamme de matières législatives, tout un éventail de sujets sont inclus dans son aire d'application et dans son contenu essentiel. Selon le professeur Hogg ((éd. feuilles mobiles), p. 22-20), on a jugé que la compétence fédérale englobe la compétence législative dans le domaine des eaux navigables et des ouvrages de navigation (voir *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200), celui des havres (voir *Hamilton Harbour Commissioners*) et une vaste gamme de sujets en droit maritime. En outre, les ports et les havres relevant du contrôle de sociétés d'État fédérales (comme l'APV) sont habituellement des ports internationaux étroitement liés aux routes du commerce et du transport maritime international et à ce titre, ils font partie d'une catégorie de matières traditionnellement associées à la sphère de compétence fédérale plutôt que provinciale.

If ports and harbours are part of the core of s. 91(10), then, in my view, it is clear that the regulation of land use within ports also falls within the core when such regulation concerns port lands and port operations and, thus, navigation and shipping.

130 Si les ports et havres font partie du contenu essentiel du par. 91(10), il ressort donc clairement à mon avis que la réglementation de l'utilisation des sols dans les limites des ports en fait également partie, si cette réglementation vise les terrains portuaires

Clearly, if ports themselves are a vital aspect of navigation and shipping, then the use and development of surrounding port lands for port operations must be as well. More specifically, the land use planning activities and operations of port authorities as federally created and regulated undertakings charged with managing and operating ports, and ensuring their commercial viability, must also fall within the core of s. 91(10). The federal power over navigation and shipping must therefore also include and extend to federally regulated port authorities such as the VPA, whose creation, role and mandate are undeniably at the core of Parliament's legislative authority over navigation and shipping, insofar as its operations and functions are exercised in support of port operations. This legislative authority is expressed most notably in the *Canada Marine Act*, which provides the legislative framework for the creation and governance of port authorities such as the VPA, including its power to regulate land use planning and development of port lands.

131 Even further, in my view, the federal regulation of port lands *in support of* port operations also falls within the core of s. 91(10) — not just federal regulation of port lands used directly or strictly for port "activities" *per se*. As discussed above, the federal power over navigation and shipping is broad and comprehensive; as a result, its core must be defined in a more global and coherent fashion, such that there cannot be an easy or meaningful distinction between land use planning and development for certain port lands, but not for others simply because those other lands are used only for activities to "support" port operations. The federal regulation of land use planning and development on port lands must include *all* port lands, regardless of their status or degree of connection or necessity to port operations. Given the nature and scope of the federal power over the regulation

et les opérations portuaires, et, partant, la navigation et les bâtiments ou navires. À l'évidence, si les ports eux-mêmes constituent un aspect essentiel de la navigation et du transport maritime, l'utilisation et l'aménagement des terrains portuaires avoisinants en vue des opérations portuaires doivent l'être tout autant. Plus particulièrement, les activités et les opérations relatives aux plans d'utilisation des sols que mènent les administrations portuaires, des entreprises créées et réglementées par l'État fédéral et chargées par lui de gérer et d'exploiter les ports et d'en assurer la viabilité commerciale, doivent également faire partie du contenu essentiel du par. 91(10). La compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires doit donc inclure aussi les administrations portuaires assujetties à la réglementation fédérale comme l'APV, dont la création, le rôle et le mandat font indéniablement partie du contenu essentiel de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, dans la mesure où l'exercice de ses opérations et de son rôle est nécessaire aux opérations portuaires. Ce pouvoir législatif est énoncé notamment dans la *Loi maritime du Canada*, qui prévoit le cadre législatif nécessaire à la création et à la gouvernance des administrations portuaires comme l'APV, y compris son pouvoir de réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires.

Je dirai même que la réglementation fédérale des terrains portuaires qui est *nécessaire* aux opérations portuaires fait elle aussi partie du contenu essentiel du par. 91(10) — et non pas seulement la réglementation fédérale des terrains portuaires utilisés directement ou strictement pour les « activités » portuaires proprement dites. Comme nous l'avons vu, la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires a une vaste portée; son contenu essentiel doit donc être défini de façon plus globale et cohérente, de sorte qu'il ne saurait y avoir une distinction nette ou véritable entre les plans d'utilisation des sols et l'aménagement requis pour certains terrains portuaires mais non pour d'autres simplement parce que ces autres terrains ne sont utilisés que pour des activités « nécessaires » aux opérations portuaires. La réglementation fédérale relative à l'utilisation des sols et à

of land use planning on port lands, it makes no sense to either recognize or deny federal immunity based solely on whether the parcel of port lands in question is to be used directly for "port activities" or "in support of" port operations and simply because of fears that certain uses of the latter category would appear to be in their own right somehow "less connected" to shipping and navigation. The fact remains that land use planning and development of all port lands, regardless of the specific status of individual parcels of land, lies at the core of s. 91(10). As for concerns over certain "uses" of land which might not seem closely connected to navigation and shipping, as discussed earlier, those concerns fail to recognize the nature of the doctrine of interjurisdictional immunity as being concerned with areas of potential legislative jurisdiction, not specific executive action or activities. If immunity extends to the regulation of land use planning on all port lands, then so long as that regulation is properly exercised according to the VPA's terms and mandate and is concerned with port lands for activities in support of port operations (at a minimum) or directly for port activities, then it should not matter what is the specific status of a particular parcel of port lands, and what its specific intended use would be.

The VPA, as a federal undertaking linked to navigation and shipping is thus a "vehicle" for the exercise of the power to regulate land use planning and development of port lands in support of port operations (i.e. Schedule C lands); the regulation of land use planning as exercised by the VPA for Schedule C port lands thus falls within the core of

l'aménagement sur les terrains portuaires doit viser *tous* les terrains portuaires, sans égard à leur statut ou à la mesure dans laquelle ils sont liés ou nécessaires aux opérations portuaires. Compte tenu de la nature et de la portée du pouvoir fédéral de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires, il n'est pas logique que la décision d'appliquer ou non l'immunité fédérale soit fonction seulement de l'utilisation directe des parcelles de terrains portuaires en question pour des « activités portuaires » ou des activités « nécessaires » aux opérations portuaires, et qu'elle dépende simplement du fait que l'on craigne que certaines utilisations entrant dans cette dernière catégorie semblent, si on les considère isolément, dans une certaine mesure « moins liées » à la navigation ou aux bâtiments et navires. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation des sols et l'aménagement de tous les terrains portuaires, quel que soit le statut précis de chaque parcelle de terrain, se trouvent au cœur du contenu essentiel du par. 91(10). Pour ce qui est des craintes que certaines « utilisations » du territoire puissent ne pas sembler étroitement liées à la navigation et aux bâtiments ou navires, comme nous l'avons déjà vu, elles ne tiennent pas compte du fait que la nature de la doctrine de l'exclusivité des compétences tient à des domaines de compétence législative éventuelle, et non à des mesures ou activités précises de l'exécutif. Si l'immunité s'applique à la réglementation de l'utilisation des sols sur tous les terrains portuaires, alors dans la mesure où ce pouvoir de réglementation est exercé conformément aux statuts constitutifs et au mandat de l'APV et qu'il a pour objet les terrains portuaires au regard des activités nécessaires aux opérations portuaires (à tout le moins) ou au regard des activités strictement portuaires, le statut précis d'une parcelle de terrain portuaire donnée et l'utilisation précise que l'on veut en faire ne devraient alors pas entrer en ligne de compte.

132 En tant qu'entreprise fédérale liée à la navigation et aux bâtiments ou navires, l'APV est donc un « véhicule » de l'exercice du pouvoir de réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires (c.-à-d., les terrains visés à l'annexe C). La réglementation de l'utilisation des

s. 91(10). As Finch C.J.B.C. noted at para. 101, "the power to plan and regulate land-use development within the Port of Vancouver is a vital part of the federal power over 'navigation and shipping'". The analogy to airports and related activities is again appropriate here. According to Finch C.J.B.C., at para. 103, if, in the aeronautics context, the ability to control the building, design and operational quality of airports is a vital part of the federal jurisdiction over aeronautics (citing *Greater Toronto Airports Authority*), then surely the "ability to plan and regulate the development and use of port lands, which is essential to ensuring the operational quality of the port" should also be considered a vital part of the federal jurisdiction over navigation and shipping.

133 The VPA's regulation of land use planning and development for port lands in support of port operations must therefore fall within the core of s. 91(10), given that such regulation is integral to the VPA's role, mandate and operation (see paras. 104-5 of Finch C.J.B.C.'s reasons). Effective and responsive land use planning is essential to the operations and responsibilities of a port, given that a "port facility" under s. 2 of the *Canada Marine Act* includes "all land incidental" to the use of the port. Indeed, the ability to control and regulate the use of port lands adjacent to the actual harbour is an integral part of ensuring effective marine access to the harbour itself. The significance of land use planning to port operations (and thus to navigation and shipping) is confirmed by s. 48 of the *Canada Marine Act*, which specifies that a port authority's land use plan should govern land use on all port property, rather than the municipal zoning by-laws which govern neighbouring lands. As previously noted, s. 48 requires the creation of land use plans by port authorities which contain "objectives and policies for the physical development of the real property" that the port authority "manages, holds or

sols exercée par l'APV relativement aux terrains portuaires visés à l'annexe C fait donc partie du contenu essentiel du par. 91(10). Comme l'a souligné le juge en chef Finch au par. 101, [TRADUCTION] « le pouvoir de planifier et de réglementer l'aménagement du territoire dans le port de Vancouver constitue un élément essentiel de la compétence fédérale sur la "navigation et les bâtiments ou navires" ». L'analogie établie avec les aéroports et les activités connexes est encore valable ici. Selon le juge en chef Finch, au par. 103, si, dans le contexte de l'aéronautique, la capacité d'exercer un contrôle sur la construction, la conception architecturale et la qualité du fonctionnement des aéroports constitue un élément essentiel de la compétence fédérale en matière d'aéronautique (citant *Greater Toronto Airports Authority*), il faudrait alors certainement considérer [TRADUCTION] « la capacité de planifier et de réglementer l'aménagement et l'utilisation des terrains portuaires, essentielle pour assurer la qualité du fonctionnement du port » comme un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

La réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires par l'APV pour les activités nécessaires aux opérations portuaires doit donc faire partie du contenu essentiel du par. 91(10), étant donné qu'une telle réglementation est partie intégrante du rôle, du mandat et des activités qui incombent à l'APV (voir par. 104-105 des motifs du juge en chef Finch). Une planification efficace et adaptée aux besoins portuaires est essentielle aux opérations et aux responsabilités d'un port, vu que les « installations portuaires » prévues à l'art. 2 de la *Loi maritime du Canada* comprennent notamment « tous les terrains liés » à l'utilisation du port. Certes, la capacité de contrôler et de réglementer l'utilisation des terrains portuaires adjacents au havre lui-même constitue un aspect indissociable de l'accès efficace au havre pour le transport maritime. L'importance du plan d'utilisation des sols pour les opérations portuaires (et, partant, pour la navigation et les bâtiments ou navires) est confirmée par l'art. 48 de la *Loi maritime du Canada* qui précise que c'est le plan d'utilisation des sols de l'administration portuaire qui régit l'aménagement

occupies", and which take into account "relevant social, economic and environmental matters and zoning by-laws that apply to neighbouring lands". According to Finch C.J.B.C., this reflects "the significance attached to the planning and regulation of land use as part of the Port Authority's activities" (para. 106). From a practical perspective, the ability to control and regulate the use of port lands "ensures that marine access is maintained and that industries compatible with port uses are served" (para. 107), thus fulfilling the objectives of the *Canada Marine Act* by ensuring adaptability and flexibility in the VPA's operations and continued strength and competitiveness. This is also consistent with the statement in *Irwin Toy* that Parliament has exclusive jurisdiction over the "essential and vital elements" of a federal undertaking, "including the management of such an undertaking", because the operation and management of an undertaking may fall within the "basic, minimum and unassailable content" of a relevant head of federal power (p. 955).

Thus the regulation of land use planning and development for Schedule C lands (as exercised by the VPA) falls within the protected core of s. 91(10) for a number of reasons: because of the inclusion of ports and harbours generally in that core; because of the VPA's status as a Crown corporation and a federally regulated undertaking whose creation and operation is integrally connected to shipping and navigation; and because the regulation of land use planning and development in respect of port lands (including activities in support of port operations) is a vital part of the VPA's functions and operations as a federally regulated undertaking under s. 91(10) and as a vehicle for the exercise of the federal land

de tous les immeubles du port, plutôt que les règlements de zonage municipaux qui régissent les sols avoisinants. Comme il a déjà été mentionné, l'art. 48 impose aux administrations portuaires la tâche d'élaborer un plan d'utilisation des sols faisant état des « objectifs et politiques établis pour l'aménagement physique des immeubles [. . .] dont la gestion leur est confiée ou qu'elles occupent ou détiennent », compte tenu des « facteurs d'ordre social, économique et environnemental applicables et des règlements de zonage qui s'appliquent aux sols avoisinants ». Selon le juge en chef Finch, cette disposition reflète [TRADUCTION] « l'importance accordée à la planification et la réglementation de l'utilisation des sols dans le cadre des activités de l'administration portuaire » (par. 106). D'un point de vue pratique, la possibilité de contrôler et de réglementer l'utilisation des terrains portuaires [TRADUCTION] « assure le maintien de l'accès aux installations maritimes et la prestation de services aux industries à vocation portuaire » (par. 107), ce qui permet la réalisation des objectifs de la *Loi maritime du Canada* en veillant à l'adaptabilité et à la souplesse des opérations de l'APV, ainsi qu'à leur durabilité et leur compétitivité. Ce point de vue est aussi conforme à l'énoncé formulé dans l'arrêt *Irwin Toy* selon lequel le Parlement a compétence exclusive sur les « éléments vitaux ou essentiels » d'une entreprise fédérale, « y compris sa gestion », parce que l'exploitation et la gestion d'une entreprise peuvent faire partie du « contenu de base minimum et inattaquable » d'un pouvoir fédéral précis (p. 955).

134 La réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains visés à l'annexe C (adoptée par l'APV) fait donc partie du contenu essentiel que protège le par. 91(10) et ce, pour un certain nombre de raisons : parce que ce contenu essentiel comprend généralement les ports et les havres; parce que l'APV possède le statut de société d'État et d'entreprise assujettie à la réglementation fédérale dont l'établissement et l'exploitation sont entièrement liés au transport maritime et à la navigation; et parce que la réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement sur les terrains portuaires (notamment les activités nécessaires aux opérations portuaires) constitue un élément essentiel

use planning power for port lands in support of port operations.

135 As a further element of this inquiry, it must be shown that the context of the Lafarge proposal is consistent with this characterization of the core of s. 91(10). That is, if federal immunity attaches to the VPA's regulation of land use planning and development on port lands in support of port operations, then it must also be determined whether the approval of the concrete batch facility project proposed by Lafarge would be included in that regulatory authority. As previously stated, the interjurisdictional immunity analysis concerns jurisdiction, not action, and is therefore concerned with Parliament's power to regulate land use planning on port lands (including lands for activities in support of port operations) as part of the core of the navigation and shipping power under s. 91(10), rather than with the actual exercise of that power in this case (i.e. the approval of the Lafarge proposal). The actual content of Lafarge's proposal is of minor importance to the immunity analysis, given that the key question is whether the regulation of land use planning falls within the core of s. 91(10) and whether the by-law affects that regulatory power. I would note simply that the context of the Lafarge proposal illustrates the application of the analysis to a particular set of facts by providing a link to navigation and shipping which is central to the legal issues involved in this appeal. The question could therefore be asked whether the VPA's approval of the Lafarge proposal is a valid exercise of the "core" power to regulate land use planning on port lands, including lands for activities in support of port operations. If it is, then the VPA's decision to approve the project is clearly consistent with the above characterization of the core of s. 91(10), given that the VPA would be acting as a vehicle for Parliament in regulating land use planning within the Port of Vancouver; the VPA's regulation of land use planning in respect of the Lafarge proposal (by approving the project) would thus be indirectly protected from the by-law. If approval of

des fonctions et des opérations que l'APV exécute à titre d'entreprise assujettie à la réglementation fédérale par l'application du par. 91(10) et à titre de véhicule de l'exercice du pouvoir fédéral en matière d'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires.

Cet examen doit également révéler que le contexte du projet Lafarge est compatible avec cette caractérisation du contenu essentiel du par. 91(10). En d'autres termes, si l'immunité fédérale s'applique à la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, il faut alors également décider si ce pouvoir de réglementation permet à l'APV d'autoriser le projet de centrale à béton de Lafarge. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'analyse de l'exclusivité des compétences a pour objet la compétence et non la mesure; elle vise donc la compétence du Parlement de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires (notamment, les terrains destinés aux activités nécessaires aux opérations portuaires) qui fait partie du contenu essentiel du pouvoir sur la navigation et les bâtiments ou navires visé au par. 91(10), plutôt que l'exercice même de ce pouvoir en l'espèce (savoir, l'autorisation du projet Lafarge). Le contenu lui-même du projet Lafarge ne revêt qu'une importance minime dans l'analyse de l'exclusivité des compétences puisque la question principale est de savoir si la réglementation de l'utilisation des sols fait partie du contenu essentiel du par. 91(10), et si le règlement municipal touche à ce pouvoir de réglementation. Je remarque simplement que le contexte du projet Lafarge montre comment l'analyse s'applique à un ensemble donné de faits en offrant un lien avec la navigation et les bâtiments ou navires qui est au cœur des questions juridiques soulevées dans ce pourvoi. Il faudrait donc se demander si la décision de l'APV d'approuver le projet Lafarge constitue un exercice valide du pouvoir « essentiel » de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires, notamment sur les terrains destinés aux activités nécessaires aux opérations portuaires. Dans l'affirmative, la décision de l'APV d'approuver le projet est clairement compatible avec la caractérisation du contenu essentiel du par. 91(10) faite précédemment, vu que l'APV deviendrait l'instrument par lequel le

the Lafarge project is not a valid exercise of the core power to regulate land use planning in respect of port operations, then this does not mean that the City's by-law would apply; rather, it would mean that the VPA may have exceeded its jurisdiction in going beyond its statutorily mandated powers and responsibilities, which is a separate issue.

Parlement réglemente l'utilisation des sols dans le port de Vancouver; la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols relativement au projet Lafarge (en approuvant le projet) bénéficierait donc indirectement d'une protection qui écarte le règlement. Si l'approbation du projet Lafarge ne constitue pas un exercice valide du pouvoir essentiel de réglementer l'utilisation des sols relativement aux opérations portuaires, cela ne signifie pas pour autant que le règlement municipal s'applique; cela signifierait plutôt que l'APV a peut-être outrepassé sa compétence en ne respectant pas les limites des pouvoirs et responsabilités que la loi lui confère, et il s'agit là d'une question distincte.

In my view, the VPA's decision to approve the Lafarge project is consistent with a valid exercise of the power to regulate land use planning for port lands in support of port operations. The proposed project would be situated on land which is part of Burrard Inlet, which falls under Schedule C of the VPA's Letters Patent (i.e. "real property other than federal real property", which the VPA acquired and holds in its own name); such lands have been deemed by the Minister to be "necessary to support port operations" (by operation of s. 28(2)(*b*) of the *Canada Marine Act*, and the preamble and article 7.3(*b*) of the VPA's Letters Patent). And the project is undeniably consistent with this goal of "supporting" port operations, given that the project's ultimate objective is to enhance competitiveness and commercial viability within the Port of Vancouver for its users and for the VPA, despite any aspects of the project which, taken on their own and in isolation, may appear to be only loosely connected with shipping and navigation activities or operations. The key factor is that the approval of the project as a whole was clearly intended in law and in fact to be consistent with the VPA's regulation of land use planning and development on port lands, including lands for activities in support of port operations. 136

J'estime que la décision de l'APV d'approuver le projet Lafarge correspond à un exercice valide du pouvoir de réglementation de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires. Le projet serait situé sur un terrain faisant partie de Burrard Inlet, visé par l'annexe C des lettres patentes de l'APV (soit « [les] immeubles autres que [les] immeubles fédéraux » dont l'APV a fait l'acquisition et qu'elle détient en son propre nom); ces terrains sont désignés par le ministre comme étant « nécessaires aux opérations portuaires » (par application de l'al. 28(2)*b*) de la *Loi maritime du Canada*, ainsi que du préambule et de l'al. 7.3*b*) des lettres patentes de l'APV). Et le projet se concilie sans l'ombre d'un doute avec l'objectif de favoriser les activités « nécessaires » aux opérations portuaires, compte tenu du but ultime du projet qui est de contribuer à la compétitivité et à la viabilité commerciale dans le port de Vancouver, tant celles des utilisateurs que de l'APV, en dépit des aspects du projet qui, considérés isolément, peuvent paraître n'avoir qu'un lien distant avec les activités ou opérations de navigation et de transport maritime. Le facteur clé tient à ce que l'approbation du projet dans son ensemble devait manifestement, en fait et en droit, être conforme à la réglementation, par l'APV, de l'utilisation des sols et de l'aménagement sur les terrains portuaires, y compris les terrains réservés aux activités nécessaires aux opérations portuaires.

In my view, Justices Binnie and LeBel's conclusion (at para. 71) that the regulation of land use on port lands for activities in "support" of port 137

Au paragraphe 71, les juges Binnie et LeBel concluent que la réglementation de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour des activités

operations and for a "port service industr[y] reliant on waterfront access" does not fall within the core of s. 91(10) because it is not "absolutely indispensable and necessary" to the VPA's federal undertaking is really a reflection of their concern that certain possible uses of land (plazas, parks, restaurants, condominiums, etc.) should not receive federal immunity because they would be unconnected to navigation and shipping. With respect, as previously discussed, I do not understand how the regulation of land use planning for port lands "in support of port operations" does not fall within the core of the navigation and shipping power; nor can I understand how certain land uses which support "port service industries reliant on waterfront access" could also be excluded from the core, even if those uses in and of themselves do not appear to be "navigation and shipping" activities. By definition, such uses of land, even if they do not appear at first blush to be part of the core of navigation and shipping, are destined to *support* the operations of a port, which falls within the core of s. 91(10), and would occur *on port lands*, the development and planning of which also falls within the core of s. 91(10). The concern over apparently non-marine related uses of port lands (such as plazas, condominiums, parks, industrial facilities, etc.) seems rooted in the fear that uses of port lands which merely act as additional sources of income are not sufficiently "marine related" to count as "navigation and shipping". It could be argued that uses of land which merely generate revenue for the VPA, although potentially falling generally under federal jurisdiction pursuant to s. 91(10), should not receive federal immunity, much in the same way that the sale of liquor on Air Canada flights could not benefit from any federal immunity because it merely maintains an airline's "competitive edge". In my view, the two situations are wholly dissimilar. The analogy overlooks the global and integrated nature of land use planning and development under the federal navigation and shipping power. In *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, a purely economic and unique activity (the sale of liquor) was found to fall outside the core of the federal aeronautics power because there was no connection whatsoever to airports, airlines or aeronautics. In the present case, however, even

« nécessaires » aux opérations portuaires et à une « entrepris[e] de services portuaires qui dépen[d] d'un accès au front de mer » n'est pas comprise dans le contenu essentiel du par. 91(10) parce qu'elle n'a pas « un caractère absolument nécessaire » aux activités de l'APV en tant qu'entreprise fédérale. J'estime que cette conclusion traduit en réalité l'importance qu'ils accordent au fait que l'immunité fédérale ne devrait pas s'appliquer à certaines utilisations du territoire (centres commerciaux, parcs, restaurants, condominiums, etc.) parce que de tels aménagements n'auraient aucun lien avec la navigation et les bâtiments ou navires. En toute déférence, comme je l'ai expliqué, je ne vois pas comment la réglementation de l'utilisation des sols sur les terrains *portuaires*, pour les activités « nécessaires aux opérations portuaires », ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires. Je ne vois pas non plus comment certaines utilisations des terres nécessaires à une « entrepris[e] de services portuaires qui dépen[d] d'un accès au front de mer » pourraient aussi être exclues de ce contenu essentiel, même si ces utilisations, considérées isolément, ne paraissent pas constituer des activités « liées à la navigation et aux bâtiments ou navires ». Par définition, même si de telles utilisations ne paraissent pas, à première vue, faire partie du contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, elles se veulent *nécessaires* aux opérations d'un port, lesquelles font partie du contenu essentiel du par. 91(10), et elles doivent s'appliquer *sur les terrains portuaires*, dont l'aménagement fait partie du contenu essentiel du par. 91(10). La préoccupation au sujet d'utilisations de terrains portuaires qui paraissent « non liées au secteur maritime » (par exemple, les centres commerciaux, les condominiums, les parcs, les installations industrielles) semblent provenir d'une crainte que ces utilisations, qui ne représentent qu'une source additionnelle de revenu, ne soient pas suffisamment « liées au secteur maritime » pour pouvoir s'intégrer à « [l]a navigation et [aux] bâtiments ou navires ». On pourrait prétendre que les utilisations qui ne représentent qu'une source de revenu pour l'APV ne devraient pas bénéficier de l'immunité fédérale, même si elles peuvent relever généralement de la compétence fédérale prévue au par. 91(10), de la même manière que la vente d'alcool

if some "purely" economic or commercial uses of Schedule C lands could result from the VPA's regulation of land use planning and development on port lands, such uses are still designed to support port operations and are still occurring on port lands; these factors establish a strong connection to core matters within the federal navigation and shipping power. Furthermore, it is unfeasible to segregate control over land use planning to each use contemplated. The broad nature of the federal navigation and shipping power justifies a more global and cohesive approach in this case, which would allow immunity even for purely economic or commercial activities so long as such activities are still consistent with the regulation of port lands for port operations or in support of port operations. Immunity still protects activities which appear to be at the outer limits of the core of a federal power, even those apparently aimed at generating revenue or increasing the competitive edge of a federal undertaking, but only if such activities can be tied to a core function of the federal power (in this case, the regulation of land use planning and development on port lands, including lands for activities in support of port operations).

sur les vols d'Air Canada n'a pu bénéficier d'une quelconque immunité fédérale parce qu'elle ne servait qu'à maintenir l'« avantage concurrentiel » de la compagnie aérienne. J'estime que les deux situations sont complètement différentes. L'analogie ne tient pas compte de la nature globale et intégrée de l'utilisation des sols et de l'aménagement du territoire en vertu de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Dans *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, la Cour a jugé que l'activité, purement économique et unique (la vente d'alcool), ne faisait pas partie du contenu essentiel de la compétence fédérale en matière d'aéronautique parce qu'elle n'avait aucun lien avec les aéroports, les compagnies aériennes ou l'aéronautique. En l'espèce, toutefois, même si la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement sur les terrains portuaires pouvait donner lieu à certaines utilisations « purement » économiques ou commerciales des terrains visés à l'annexe C, ces utilisations se veulent néanmoins nécessaires aux opérations portuaires, et elles s'appliquent quand même sur les terrains portuaires; ces facteurs établissent l'existence d'un lien étroit avec les matières essentielles qui relèvent de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. En outre, il est irréaliste de diviser le contrôle de l'utilisation des sols en fonction de chaque utilisation envisagée. La nature générale de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires justifie une approche plus globale et plus cohérente en l'espèce, de manière à accorder l'immunité même aux activités purement économiques ou commerciales, dès lors que ces activités restent conformes à la réglementation des terrains portuaires destinés aux opérations portuaires ou aux activités nécessaires aux opérations portuaires. L'immunité protège tout de même les activités qui paraissent se situer aux confins du contenu essentiel d'une compétence fédérale, même celles dont l'objet apparent est de générer des recettes ou de permettre à l'entreprise fédérale d'obtenir un plus grand avantage concurrentiel, mais uniquement si ces activités peuvent avoir un lien avec une fonction essentielle de la compétence fédérale (en l'espèce, la réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement sur les terrains portuaires, y compris les terrains destinés aux activités nécessaires aux opérations portuaires).

138 In addition, and more importantly, I do not think this is the correct lens through which to frame the inquiry. Specific uses of land are relevant to the immunity analysis only to the extent that they might not reflect a proper exercise of the core federal power over the regulation of land use for port lands, including for activities in support of port operations. If certain uses should not receive federal immunity, that is because they lack a sufficient connection to navigation and shipping and are likely inconsistent with the federal power to regulate land use *in support of port operations*, and would therefore constitute an excess of federal jurisdiction. That would not change the fact that the provincial law in question here (the municipal by-law) affects a vital part of the federal navigation and shipping power because it hinders (by its application to the Port of Vancouver) the regulation of land use planning on port lands in support of operations, a protected "core" matter within s. 91(10) which is intended to be performed exclusively by a federal authority — i.e. the VPA.

De plus, et ce qui importe davantage, je ne crois pas que c'est sous cet angle que l'examen devrait être envisagé. Les utilisations spécifiques des sols ne sont pertinentes à l'analyse de l'immunité que dans la mesure où il est possible que l'exercice légitime du pouvoir fédéral essentiel de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires, y compris pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, ne puisse s'en dégager. Si certaines utilisations ne devraient pas bénéficier de l'immunité fédérale, c'est parce qu'elles n'ont pas un lien suffisant avec la navigation et les bâtiments ou navires et qu'elles sont possiblement incompatibles avec le pouvoir fédéral de réglementer l'utilisation des sols pour les activités *nécessaires aux opérations portuaires*, donc qu'elles constituent un excès de compétence fédérale. Cela ne changerait rien au fait que la loi provinciale en question dans le présent pourvoi (le règlement municipal) touche un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, parce qu'elle entrave (en s'appliquant au port de Vancouver) la réglementation de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires, pour des activités nécessaires aux opérations portuaires, une matière « essentielle » protégée par le par. 91(10) et réservée exclusivement à une autorité fédérale — savoir l'APV.

3.2.2.2 *The By-law's Effect on the Core of Section 91(10)*

3.2.2.2 *L'effet du règlement municipal sur le contenu essentiel du par. 91(10)*

139 The second step in the interjurisdictional immunity test with respect to navigation and shipping is to determine whether the application of the municipal by-law in this case would "affect" a vital part of the federal legislative authority over navigation and shipping under s. 91(10) — that is, whether it would affect the core of that head of power as defined above. More specifically, the question is whether the application of the by-law would impermissibly affect the power (as exercised by the VPA as a federal undertaking) to regulate land use planning of port lands, including for activities in support of port operations, as a "vital part" of the federal navigation and shipping power under s. 91(10). As noted earlier, the meaning of the word "affects" should be interpreted as a kind of middle ground between the perhaps overly vague or broad

La deuxième étape du critère de l'exclusivité des compétences applicable à la navigation et aux bâtiments ou navires consiste à déterminer si l'application du règlement municipal en l'espèce « toucherait » un élément essentiel de la compétence législative fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) — c'est-à-dire, si elle toucherait le contenu essentiel de ce chef de compétence défini précédemment. Plus précisément, il faut se demander si l'application du règlement toucherait d'une manière inacceptable le pouvoir (exercé par l'APV en sa qualité d'entreprise fédérale) de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires, y compris pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, lequel pouvoir constitue un « élément essentiel » de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou

standard of "touches on" and the older and overly restrictive standard of "sterilizes" or "impairs". Without requiring complete paralysis of the core of the federal power or the operations of the undertaking, the impact of the application of the by-law must be sufficiently severe and serious to trigger immunity.

In my view, this question must be answered in the affirmative here. The by-law clearly and significantly affects the VPA's regulation of land use planning and development for port lands in support of port operations by imposing a zoning regime and an approval process for development proposals and projects on such lands. This regulation of land use planning and development within the port for purposes related to navigation and shipping is at the core of the federal power over navigation and shipping under s. 91(10). If the by-law were applied to the Port of Vancouver, the VPA's ability to regulate the land use planning and development of the port would be severely affected (see para. 108 of Finch C.J.B.C.'s reasons on this point). From a practical perspective, it would create a jurisdictional nightmare, given that the port itself lies at the intersection of eight separate municipalities, all of whom could conceivably enforce a land use planning by-law regime which would apply to port lands. It is therefore clear that the application of any of these by-laws would seriously affect or hinder a vital part of the federal navigation and shipping power under s. 91(10) by affecting the ability of the VPA as a federal undertaking to regulate land use planning of port lands in support of port operations. The ideal of federal-provincial-municipal cooperation discussed by Justices Binnie and LeBel at para. 38 must be concerned with actual facts.

navires prévue au par. 91(10). Comme nous l'avons vu, il faut donner au terme « touche » un sens qui représente en quelque sorte un juste milieu entre le critère peut-être trop vague ou trop large que rend l'expression « a une incidence sur » et l'ancien critère trop restrictif fondé sur « la stérilisation » ou « l'entrave ». Sans exiger que le contenu essentiel de la compétence fédérale, ou les opérations de l'entreprise, soient complètement paralysés, l'application du règlement doit produire des effets suffisamment importants et graves pour que l'immunité puisse s'appliquer.

140 En l'espèce, j'estime qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative. Le règlement touche certainement et considérablement la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires en imposant un régime de zonage et un processus d'autorisation à l'égard des projets d'aménagement envisagés sur ces terrains. Cette réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement dans les limites du port pour des besoins reliés à la navigation et aux bâtiments ou navires relève de l'essence même de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10). Si le règlement s'appliquait au port de Vancouver, il toucherait gravement la capacité de l'APV de réglementer l'utilisation des sols et l'aménagement du port (voir le par. 108 des motifs du juge en chef Finch sur ce point). D'un point de vue pratique, la réglementation municipale deviendrait un cauchemar étant donné que le port lui-même s'étend à huit municipalités distinctes, qui pourraient toutes logiquement appliquer aux terrains portuaires un régime réglementaire en matière d'utilisation des sols. À l'évidence, l'application de l'un ou l'autre de ces règlements municipaux toucherait ou gênerait gravement un élément essentiel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) puisqu'elle toucherait la capacité de l'APV en sa qualité d'entreprise fédérale de réglementer l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires. L'idéal que représente la collaboration fédérale-provinciale-municipale dont parlent les juges Binnie et LeBel au par. 38 doit correspondre à des faits concrets.

141 It should also be noted that even if this were an "impairment" situation where the provincial law in question applied only "indirectly" to the federal matter (see *Irwin Toy*), immunity would still attach. If the by-law were only indirectly applicable to the VPA's regulation of land use planning and development within the port, it would still be impossible to exercise the s. 91(10) federal power over navigation and shipping (and more specifically over the regulation of land use planning and development on port lands by a federally regulated port authority) in any rational way. The federal power would consistently be subject to interference, and thus impairment, by municipal legislation and action in the form of delays, lengthy approval processes, inconsistent municipal zoning norms and the possibility of a "patchwork" of separate rules over the same relatively small land mass. Thus, even under the *Irwin Toy* version of the doctrine, interjurisdictional immunity should attach to the VPA's regulation of land use in the port for port lands in support of port operations.

Il faut également remarquer que même s'il s'agissait d'une situation d'« entrave », où la loi provinciale en question ne s'appliquerait qu'« indirectement » à la matière fédérale (voir *Irwin Toy*), cette matière bénéficierait quand même de l'immunité. Si le règlement municipal ne s'appliquait qu'indirectement à la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols et de l'aménagement dans les limites du port, l'exercice rationnel de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) (et, plus particulièrement, de la compétence en matière de réglementation de l'utilisation des sols et de l'aménagement des terrains portuaires par une administration fédérale) serait malgré tout impossible. L'exercice de la compétence fédérale pourrait constamment être perturbé, donc entravé, par les dispositions législatives et les mesures municipales — du fait des délais, des longs processus d'autorisation, des normes incompatibles en matière de zonage municipal et de la possibilité qu'un ensemble de règles disparates s'appliquent à un même territoire assez restreint. Ainsi, même en appliquant la version de la doctrine établie dans *Irwin Toy*, l'exclusivité des compétences devrait opérer en faveur de la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires.

3.3 *The Operation of the Municipal By-law*

142 Having concluded that the by-law in question is constitutionally inapplicable in this case, by reason of interjurisdictional immunity, it is neither necessary nor possible to consider whether the by-law is also constitutionally inoperable by reason of the doctrine of federal paramountcy to the extent of any conflict with s. 48 of the *Canada Marine Act* and with the *Port Land Use Management Plan* adopted by the VPA pursuant to that legislative provision. As previously stated, consideration of the doctrine of federal paramountcy is only triggered when there are two valid and applicable laws which overlap and appear to conflict. That is not the case here, given that the municipal by-law is inapplicable.

3.3 *L'application du règlement municipal*

Vu la conclusion que le règlement en question est constitutionnellement inapplicable en l'espèce en raison de l'exclusivité des compétences, il n'est ni nécessaire ni possible d'examiner s'il y a lieu de déclarer le règlement sans effet au plan constitutionnel en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale dans la mesure où il entre en conflit avec l'art. 48 de la *Loi maritime du Canada* et avec le *Port Land Use Management Plan* adopté par l'APV en application de cette disposition législative. Comme je l'ai précisé, la doctrine de la prépondérance fédérale n'est examinée que lorsque deux lois valides et applicables se chevauchent et semblent en conflit. Ce n'est pas le cas en l'espèce, le règlement municipal étant inapplicable.

4. Conclusion

Accordingly, I would dismiss the Attorney General of British Columbia's appeal and would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to property, with a legal description of Parcel P, Block 17, Plan LMP 47343, District Lot 184 and the Public Harbour of Burrard Inlet (the "Property"), held by the Vancouver Port Authority, on the basis that the Property is "public property" within the meaning of s. 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Is the City of Vancouver Zoning and Development Bylaw No. 3575 constitutionally inapplicable to the proposed development on the Property in view of Parliament's legislative authority over "navigation and shipping" under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

The by-law cannot apply to the VPA's regulation of land use planning for port lands in support of port operations, including in this case the approval of the Lafarge proposal. In the result, then, I would uphold the ultimate decision of the Court of Appeal which overturned the chambers judge's decision and dismissed the neighbourhood association's petition against the development project.

APPENDIX

Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10

2. (1) . . .

"federal real property" has the same meaning as in section 2 of the *Federal Real Property and Federal Immovables Act*;

5. . . .

"port" means the navigable waters under the jurisdiction of a port authority and the real property and

4. Conclusion

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles : 143

1. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable à la propriété, dont la description cadastrale est parcelle P, bloc 17, plan LMP 47343, lot de district 184, et au port public de Burrard Inlet (la « Propriété »), détenue par l'Administration portuaire de Vancouver, du fait que la Propriété est une « propriété publique » au sens du par. 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Le règlement de zonage et d'aménagement n° 3575 de la ville de Vancouver est-il constitutionnellement inapplicable au projet d'aménagement sur la Propriété du fait que le Parlement a l'autorité législative sur « la navigation et les bâtiments ou navires » aux termes du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Oui.

Le règlement municipal ne peut s'appliquer à la réglementation par l'APV de l'utilisation des sols sur les terrains portuaires pour les activités nécessaires aux opérations portuaires, ce qui, en l'espèce, comprend l'approbation du projet Lafarge. Je suis donc d'avis de maintenir la décision de la Cour d'appel infirmant la décision du juge en chambre et rejetant la requête présentée par l'association des contribuables à l'encontre du projet d'aménagement.

ANNEXE

Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10

2. (1) . . .

« bien réel fédéral » S'entend au sens de l'article 2 de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux.*

5. . . .

« port » L'ensemble des eaux navigables qui relèvent de la compétence d'une administration portuaire ainsi

immovables that the port authority manages, holds or occupies as set out in the letters patent.

7. (1) Subject to subsection (3), a port authority is an agent of Her Majesty in right of Canada only for the purposes of engaging in the port activities referred to in paragraph 28(2)(*a*).

28. . . .

(2) The power of a port authority to operate a port is limited to the power to engage in

(*a*) port activities related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods and storage of goods, to the extent that those activities are specified in the letters patent; and

(*b*) other activities that are deemed in the letters patent to be necessary to support port operations.

(3) The activities that a port authority may engage in under paragraph 2(*b*) may be carried on by the port authority directly or through a wholly-owned subsidiary of the port authority. The port authority and the subsidiary are not agents of Her Majesty in right of Canada for the purpose of engaging in those activities.

. . .

(5) A port authority or wholly-owned subsidiary of a port authority that enters into a contract other than as agent of Her Majesty in right of Canada shall do so in its own name. It shall expressly state in the contract that it is entering into the contract on its own behalf and not as agent of Her Majesty in right of Canada. For greater certainty, the contracts to which this subsection applies include a contract for the borrowing of money.

46. (1) Subject to subsection 45(3), a port authority may not dispose of any federal real property or federal immovable that it manages

. . .

(2) A port authority may dispose of any real property or immovable that it occupies or holds, other than federal real property or federal immovables, subject to the issuance of supplementary letters patent, and, without the issuance of supplementary letters patent, it may

que les immeubles et les biens réels dont la gestion lui est confiée, qu'elle détient ou qu'elle occupe en conformité avec les lettres patentes.

7. (1) Sous réserve du paragraphe (3), les administrations portuaires ne sont mandataires de Sa Majesté du chef du Canada que dans le cadre des activités portuaires visées à l'alinéa 28(2)*a*).

28. . . .

(2) L'autorisation donnée à une administration portuaire d'exploiter un port est restreinte aux activités suivantes :

a) les activités portuaires liées à la navigation, au transport des passagers et des marchandises, et à la manutention et l'entreposage des marchandises, dans la mesure prévue par les lettres patentes;

b) les autres activités qui sont désignées dans les lettres patentes comme étant nécessaires aux opérations portuaires.

(3) L'administration portuaire peut exercer directement ou par l'intermédiaire d'une de ses filiales à cent pour cent les activités visées à l'alinéa (2)*b*); ni l'administration portuaire ni la filiale ne sont mandataires de Sa Majesté du chef du Canada dans le cadre de ces activités.

. . .

(5) L'administration portuaire ou la filiale à cent pour cent d'une administration portuaire qui conclut un contrat autrement qu'à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, y compris un contrat visant à emprunter des fonds, doit le faire sous son propre nom et indiquer expressément dans le contrat qu'elle le conclut pour son propre compte et non à titre de mandataire de Sa Majesté.

46. (1) Sous réserve du paragraphe 45(3), une administration portuaire ne peut aliéner les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux dont la gestion lui est confiée;

. . .

(2) Une administration portuaire peut aliéner les immeubles et les biens réels qu'elle occupe ou détient, exception faite des immeubles fédéraux et des biens réels fédéraux, si des lettres patentes supplémentaires sont délivrées; elle peut toutefois — sans que des lettres

grant road allowances or easements, rights of way or licences for utilities, services or access.

Letters Patent issued to the Vancouver Port Authority (1999)

7.1 **Activities of the Authority Related to Certain Port Operations**. To operate the port, the Authority may undertake the port activities referred to in paragraph 28(2)(*a*) of the Act to the extent specified below:

. . .

7.3 **Activities of the Authority Necessary to Support Port Operations**. To operate the port, the Authority may undertake the following activities which are deemed necessary to support port operations pursuant to paragraph 28(2)(*b*) of the Act:

. . .

(*b*) acquisition or disposition of real property other than federal real property subject to the issuance of supplementary letters patent;

. . .

(*d*) occupying or holding real property other than federal real property;

. . .

(*g*) developing, leasing or licensing real property other than federal real property, for, or in connection with the activities described in this Article 7;

(*h*) carrying on activities described in section 7.3 on federal real property described in Schedule B or described as federal real property in any supplementary letters patent or on real property other than federal real property described in Schedule C or described as real property other than federal real property in any supplementary letters patent;

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Victoria.

patentes supplémentaires ne soient délivrées — consentir à leur égard des emprises routières ou des servitudes ou permis pour des droits de passage ou d'accès ou des services publics.

Lettres patentes délivrées à l'Administration portuaire de Vancouver (1999)

7.1 **Activités de l'administration liées à certaines opérations portuaires.** Pour exploiter le port, l'administration peut se livrer aux activités portuaires mentionnées à l'alinéa 28(2)*a*) de la Loi dans la mesure précisée ci-dessous :

. . .

7.3 **Activités nécessaires aux opérations portuaires.** Pour exploiter le port, l'administration peut se livrer aux activités suivantes jugées nécessaires aux opérations portuaires conformément à l'alinéa 28(2)*b*) de la Loi :

. . .

b) acquisition ou aliénation d'immeubles autres que des immeubles fédéraux sous réserve de la délivrance de lettres patentes supplémentaires;

. . .

d) occupation ou détention d'immeubles autres que des immeubles fédéraux;

. . .

g) développement, location ou octroi ou obtention de permis visant des immeubles autres que des immeubles fédéraux en vue des activités décrites au présent article 7;

h) exécution d'activités décrites au paragraphe 7.3 sur des immeubles fédéraux décrits à l'annexe B ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles fédéraux ou sur des immeubles décrits à l'annexe C ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles autres que des immeubles fédéraux;

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the respondent Lafarge Canada Inc.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Vancouver Port Authority: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the respondent the City of Vancouver: City of Vancouver, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Lafarge Canada Inc. : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intimée l'Administration portuaire de Vancouver : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimée la Ville de Vancouver : Ville de Vancouver, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Davis & Company, a partnership *Appellant*

v.

3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation) *Respondent*

- and -

Robert C. Strother *Appellant*

v.

3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation) *Respondent*

- and -

Robert C. Strother, Strother Family Trust (Trust No. 1) and University Hill Holdings Inc. (formerly known as 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1) *Appellants*

v.

3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation) *Respondent*

- and -

3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation) *Appellant*

v.

Robert C. Strother, Davis & Company, a partnership, J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel

Davis & Company, société de personnes *Appelante*

c.

3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) *Intimée*

- et -

Robert C. Strother *Appelant*

c.

3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) *Intimée*

- et -

Robert C. Strother, Strother Family Trust (Trust No. 1) et University Hill Holdings Inc. (auparavant connue sous le nom de 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1) *Appelants*

c.

3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) *Intimée*

- et -

3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) *Appelante*

c.

Robert C. Strother, Davis & Company, société de personnes, J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel

Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership, Sentinel Hill GP Corporation, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9, Company No. 10, Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10 *Respondents*

and

Canadian Bar Association *Intervener*

Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership, Sentinel Hill GP Corporation, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9, Company No. 10, Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10 *Intimés*

et

Association du Barreau canadien *Intervenante*

INDEXED AS: STROTHER *v.* 3464920 CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 24.

File No.: 30838.

2006: October 11; 2007: June 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether lawyer breached fiduciary duty owed to first client by accepting personal financial interest in second client — Whether lawyer wrongly used confidential information belonging to first client.

Commercial law — Partnerships — Vicarious liability — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Whether law firm liable for lawyer's breach of fiduciary duty — Whether words "wrongful act or omission" in s. 12 of Partnership Act include equitable wrong — Whether wrongful act was "in the ordinary course of the business" of law firm — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 12.

Equity — Remedies — Breach of fiduciary duty — Disgorgement of profit — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or

RÉPERTORIÉ : STROTHER *c.* 3464920 CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 24.

N° du greffe : 30838.

2006 : 11 octobre; 2007 : 1er juin.

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

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

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — L'avocat a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers le premier client en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans le deuxième client? — L'avocat a-t-il erronément utilisé des renseignements confidentiels appartenant au premier client?

Droit commercial — Sociétés de personnes — Responsabilité du fait d'autrui — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Le cabinet d'avocats est-il responsable du manquement à l'obligation fiduciaire de l'avocat? — Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 de la Partnership Act englobent-ils une faute en equity? — L'acte fautif a-t-il été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet d'avocats? — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 12.

Equity — Recours — Manquement à une obligation fiduciaire — Restitution de profits — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant

receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether remedy ordered appropriate — Whether period during which profits must be accounted for appropriate — Whether lawyer's profit should be apportioned.

In the 1990s, Monarch devised and marketed tax shelter investments whereby Canadian taxpayers, through ownership of units in a limited partnership, provided film production services to American studios making films in Canada. In 1996 and 1997, Monarch engaged S and the appellant law firm pursuant to written retainer agreements. The retainer expressly prohibited the firm from acting for clients other than Monarch in relation to the tax-shelter schemes (with limited exceptions). The written retainer terminated at the end of 1997, but Monarch continued thereafter as a client of the firm. In November 1996, the federal Minister of Finance announced his intention to amend the *Income Tax Act* to defeat the tax shelters. This was done by the introduction of Matchable Expenditures Rules. Subsequently, S advised Monarch that he did not have a "fix" to avoid the effect of the Rules. By the end of October 1997, Monarch's tax-shelter business was winding down. Several employees were laid off, including D.

In late 1997 or early 1998, D approached S to discuss the potential of revised tax-assisted film production services opportunities. S drafted a proposal that was submitted to Revenue Canada in March of 1998. S and D had agreed in January 1998 that S would receive 55 percent of the first $2 million of profit of the new company Sentinel should the tax ruling be granted and 50 percent thereafter. S did not tell Monarch about the possibility of a revival in the film production services business at any time. A favourable tax ruling was issued by Revenue Canada to Sentinel in October 1998. S did not advise Monarch of the existence of this ruling. A further ruling addressing studio concerns was issued in December. Throughout 1998 and into 1999, the law firm continued to do some work for Monarch on outstanding matters relating to film production services transactions as well as unrelated general corporate work. In August 1998, S wrote a memorandum to the management committee of the firm about a possible

l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — La réparation ordonnée est-elle convenable? — La période à l'égard de laquelle il faut rendre compte des profits réalisés est-elle convenable? — Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par l'avocat?

Pendant les années 1990, Monarch a conçu et commercialisé des abris fiscaux déterminés qui permettaient à des contribuables canadiens de fournir, grâce à la possession d'unités dans une société en commandite, des services de production cinématographique à des studios américains réalisant des films au Canada. En 1996 et 1997, Monarch a retenu les services de S et du cabinet d'avocats appelant conformément à des mandats écrits. Le mandat interdisait expressément au cabinet d'avocats d'agir pour d'autres clients que Monarch relativement aux mécanismes d'abri fiscal, sous réserve d'exceptions limitées. Le mandat écrit s'est terminé à la fin de 1997, mais Monarch est demeurée, par la suite, un client du cabinet d'avocats. En novembre 1996, le ministre des Finances fédéral a fait part de son intention de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour mettre fin aux abris fiscaux. Il a donné suite à cette intention en adoptant les règles sur les dépenses à rattacher. Par la suite, S a informé Monarch qu'il ne disposait d'aucune « solution » pour éviter l'effet des règles en question. À la fin d'octobre 1997, Monarch mettait fin à ses activités dans le domaine des abris fiscaux. Plusieurs employés ont été mis à pied, dont D.

À la fin de 1997 ou au début de 1998, D a communiqué avec S pour discuter de nouvelles possibilités en matière de services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. S a rédigé une proposition qui a été soumise à Revenu Canada en mars 1998. En janvier 1998, S et D avaient convenu que S recevrait 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits de la nouvelle société Sentinel si la demande de décision en matière d'impôt était accueillie, et la moitié par la suite. S n'a jamais parlé à Monarch de la possibilité d'une reprise des activités dans le domaine des services de production cinématographique. En octobre 1998, Revenu Canada a rendu une décision fiscale favorable à Sentinel. S n'a pas informé Monarch de l'existence de cette décision. Une autre décision portant sur les préoccupations des studios a été rendue en décembre. Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet d'avocats a continué à travailler pour Monarch sur des questions en suspens concernant des opérations en matière de

conflict of interest with respect to acting simultaneously for Monarch and D/Sentinel. The memo referred, inaccurately, to S only having an option to acquire up to 50 percent of the common shares of Sentinel. The firm's managing partner told S that he would not be permitted to own any interest in Sentinel.

Effective March 31, 1999, S resigned from the law firm and in April joined D as a 50 percent shareholder in Sentinel. After learning of Sentinel's tax ruling, Monarch sued S and the firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence. The trial judge dismissed the claim. The Court of Appeal substantially allowed the appeal and ordered S to account for and disgorge to Monarch all benefits and profits received or receivable from Sentinel. It also ordered that the law firm disgorge the profits it earned in the form of legal fees from acting for Sentinel in breach of its duty to Monarch from January 1, 1998 and return to Monarch all fees paid by it from that date. S and the law firm appealed, and Monarch cross-appealed the dismissal of its claims against D and Sentinel.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. dissenting in part on the appeals): The appeals should be allowed in part and the cross-appeal dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: When a lawyer is retained by a client, the scope of the retainer is governed by contract. The solicitor-client relationship thus created is, however, overlaid with certain fiduciary responsibilities, which are imposed as a matter of law. Fiduciary duties provide a framework within which the lawyer performs the work and may include obligations that go beyond what the parties expressly bargained for. Fiduciary responsibilities include the duty of loyalty, of which an element is the avoidance of conflicts of interest. [34-35]

The subject matter of the 1998 retainer was "tax-assisted business opportunities". Subject to confidentiality considerations for other clients, if S knew there was still a way to continue to syndicate U.S. studio film production expenses to Canadian investors on a

services de production cinématographique, ainsi qu'à accomplir pour la société d'autres tâches générales. Au mois d'août 1998, S a écrit une note de service au comité de gestion du cabinet d'avocats concernant un risque de conflit d'intérêts résultant du fait d'agir à la fois pour Monarch et pour D/Sentinel. Cette note mentionnait, de façon inexacte, que S disposait uniquement d'une option d'achat d'au plus la moitié des actions ordinaires de Sentinel. L'associé directeur général du cabinet d'avocats a informé S qu'il ne serait pas autorisé à détenir quelque participation que ce soit dans Sentinel.

Le 31 mars 1999, S a démissionné de son poste dans le cabinet d'avocats. En avril, il s'est joint à D en tant que titulaire de la moitié des actions de Sentinel. Après avoir entendu parler de la décision fiscale obtenue par Sentinel, Monarch a intenté contre S et le cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance. Le juge de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel a, pour l'essentiel, accueilli l'appel et ordonné à S de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices et profits qu'il avait reçus ou devait recevoir de Sentinel, et de les lui restituer. Elle a également ordonné que le cabinet d'avocats restitue les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a réalisés, à partir du 1er janvier 1998, en agissant pour le compte de Sentinel contrairement à son obligation envers Monarch, et qu'il rembourse à Monarch les honoraires qu'elle lui a versés depuis cette date. S et le cabinet d'avocats ont formé des pourvois, et Monarch a formé un pourvoi incident contre le rejet de ses demandes visant D et Sentinel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella sont dissidents en partie quant aux pourvois) : Les pourvois sont accueillis en partie et le pourvoi incident est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Lorsqu'un client retient les services d'un avocat, la portée du mandat de l'avocat est déterminée par contrat. La relation avocat-client ainsi créée est cependant assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit. Les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément négocié. Les responsabilités fiduciaires incluent le devoir de loyauté, qui comporte l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts. [34-35]

Le mandat de 1998 consistait à trouver des « occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale ». Sous réserve de considérations de confidentialité pour d'autres clients, si S savait qu'il existait encore un moyen de continuer de céder à un consortium d'investisseurs canadiens,

tax-efficient basis, the 1998 retainer entitled Monarch to be told that S's previous negative advice was now subject to reconsideration. While generally a lawyer does not have a duty to alter a past opinion in light of a subsequent change of circumstances, there are exceptions to the general rule. Here Monarch's written 1997 retainer had come to an end but the solicitor-client relationship based on a continuing (if more limited) retainer in relation to tax-assisted film production services carried on into 1998 and 1999. [40] [43] [45-46]

The issue here was not so much a duty to alter a past opinion, as it was part of S's duty to provide candid advice on all matters relevant to the continuing 1998 retainer. Moreover, there was no excuse for S not to advise Monarch of the successful tax ruling when it was made public in October 1998. As it turned out, Monarch did not find out about it until February or March 1999. Accordingly, the firm (and S) failed to provide candid and proper legal advice in breach of the 1998 retainer. However, Monarch cannot succeed in a claim for damages for breach of the contract of retainer because it did not establish any damages flowing from the alleged contractual breach. The issue therefore moves to fiduciary duties. [46-48]

The firm and S were free to take on D and Sentinel as new clients once the "exclusivity" arrangement with Monarch expired at the end of 1997. The retainer by Sentinel was not directly adverse to any immediate interest of Monarch. Issues of confidentiality are routinely dealt with successfully in law firms. S could have managed the relationship with the two clients as other specialist practitioners do, by being candid with their legal advice while protecting from disclosure the confidential details of the other client's business. S accepted Sentinel as a new client and the firm was given no reason to think that he and his colleagues could not provide proper legal advice to both clients. Commercial conflicts between clients that do not impair a lawyer's ability to properly represent the legal interests of both clients will not generally present a conflict problem. Whether or not a real risk of impairment exists will be a question of fact. The risk did not exist here if the necessary even-handed representation had not been skewed by S's personal undisclosed financial interest. [52] [55] [65]

de manière avantageuse sur le plan fiscal, les dépenses de production cinématographique de studios américains, Monarch avait, en vertu du mandat de 1998, le droit d'être informée que l'avis négatif antérieur de S ne tenait plus. Bien qu'un avocat ne soit généralement pas tenu de modifier, à la suite d'un changement de circonstances, l'avis qu'il a donné antérieurement, il existe des exceptions à cette règle générale. En l'espèce, le mandat écrit de 1997 confié par Monarch était terminé, mais la relation avocat-client fondée sur un mandat en cours (quoique plus limité) portant sur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale s'est poursuivie en 1998 et 1999. [40] [43] [45-46]

La question en litige dans la présente affaire n'était pas tant le devoir de modifier un avis donné antérieurement, étant donné que S avait notamment le devoir de conseiller avec franchise sur toutes les questions pertinentes quant au mandat de 1998 en cours. De plus, rien n'excusait S de ne pas avoir informé Monarch de la décision fiscale favorable au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Il s'est avéré que Monarch n'en a pris connaissance qu'en février ou mars 1999. Par conséquent, le cabinet d'avocats et S n'ont pas donné avec franchise des conseils juridiques appropriés et ont ainsi violé le mandat de 1998. Cependant, Monarch ne peut obtenir des dommages-intérêts pour la violation du mandat, parce qu'elle n'a pas établi l'existence de dommages découlant de cette présumée inexécution d'un contrat. Par conséquent, la question à examiner devient celle des obligations fiduciaires. [46-48]

Le cabinet d'avocats et S étaient libres de prendre D et Sentinel comme nouveaux clients dès l'expiration de leur entente d'« exclusivité » avec Monarch à la fin de 1997. Le mandat confié par Sentinel n'était pas directement opposé à un intérêt immédiat de Monarch. Les cabinets d'avocats règlent habituellement avec succès les questions de confidentialité. S aurait pu gérer la relation avec les deux clients comme le font d'autres avocats spécialisés, c'est-à-dire en donnant des conseils juridiques d'une manière franche tout en évitant de divulguer les aspects confidentiels des activités de l'autre client. S a accepté de prendre Sentinel comme nouvelle cliente et le cabinet d'avocats n'avait aucune raison de penser que S et ses collègues ne pourraient pas conseiller adéquatement les deux clients. Les conflits commerciaux entre clients qui ne compromettent pas la capacité d'un avocat de défendre correctement les intérêts juridiques des deux clients ne soulèvent généralement pas de problème de conflit. La question de savoir s'il existe un risque réel d'atteinte est une question de fait. Ce risque n'aurait pas existé, en l'espèce, si la représentation impartiale requise n'avait pas été compromise par l'intérêt financier personnel non divulgué de S. [52] [55] [65]

In each case where no issue of potential abuse of confidential information arises, the court should evaluate whether there is a serious risk that the lawyer's ability to properly represent the complaining client may be adversely affected, and if so, what steps short of disqualification (if any) can be taken to provide an adequate remedy to avoid this result. [59]

S was not free to take a personal financial interest in the D/Sentinel venture. The difficulty is not that Sentinel and Monarch were potential competitors. The difficulty is that S aligned his personal financial interest with the former's success. By acquiring a substantial and direct financial interest in one client (Sentinel) seeking to enter a very restricted market related to film production services in which another client (Monarch) previously had a major presence, S put his personal financial interest into conflict with his duty to Monarch. The conflict compromised S's duty to "zealously" represent Monarch's interest. Taking a direct and significant interest in the potential profits of Monarch's commercial competitor created a substantial risk that his representation of Monarch would be materially and adversely affected by consideration of his own interests. In time, the risk became a fact. [66-67] [69]

The firm, for its part, did not breach its fiduciary duty to Monarch. The firm's partners were innocent of S's breach. The firm cannot be held to have breached a fiduciary duty on the basis of facts of which its partners were ignorant. [98]

Equitable remedies are always subject to the discretion of the court. In these circumstances, disgorgement is imposed on faithless fiduciaries to serve a prophylactic purpose. Denying S profit generated by the financial interest that constituted his conflict teaches that conflicts of interest do not pay. The prophylactic purpose thereby advances the policy of equity, even at the expense of a windfall to the wronged beneficiary. However, the Court of Appeal imposed an excessive award of compensation against S and his appeals should therefore be allowed in part. The prophylactic purpose would be served if S is required to account to Monarch for all monies received during or attributable to his period with the firm between January 1, 1998 and March 31, 1999. At that point, both Monarch and S had severed their links with the firm, and the conflict was spent. [1] [74] [77] [95]

Dans chaque cas où il n'y a aucune possibilité d'abus de renseignements confidentiels, le tribunal devrait se demander s'il existe un risque sérieux que la capacité de l'avocat de représenter correctement le client plaignant soit compromise et, dans l'affirmative, quelles réparations — sans aller jusqu'à la déclaration d'inhabilité à occuper — pourraient permettre d'éviter ce résultat. [59]

S n'était pas libre d'acquérir un intérêt financier personnel dans l'entreprise D/Sentinel. Le problème tient non pas à ce que Sentinel et Monarch étaient des concurrentes potentielles, mais plutôt au fait que S a aligné son intérêt financier personnel sur la réussite de Sentinel. En acquérant un intérêt financier direct et important dans une cliente (Sentinel) qui cherchait à accéder au marché très restreint des services de production cinématographique dont une autre cliente (Monarch) avait déjà occupé une part importante, S a fait entrer son intérêt financier personnel en conflit avec son devoir envers Monarch. Ce conflit compromettait le devoir de S de représenter « avec zèle » les intérêts de Monarch. Le fait pour S d'avoir un intérêt direct et important dans les profits potentiels de la concurrente commerciale de Monarch créait un risque sérieux que ses intérêts personnels nuisent de façon appréciable à sa représentation de Monarch. À la longue, ce risque s'est matérialisé. [66-67] [69]

Pour sa part, le cabinet d'avocats n'a pas manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch. Les associés du cabinet d'avocats n'avaient rien à se reprocher en ce qui concernait le manquement de S. On ne saurait considérer que le cabinet d'avocats a manqué à une obligation fiduciaire en raison de faits dont ses associés ignoraient l'existence. [98]

Les recours en equity dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Dans ces circonstances, la restitution est ordonnée aux fiduciaires déloyaux dans un but de prévention. Refuser à S de toucher les profits générés par l'intérêt financier qui le plaçait en situation de conflit montre que le conflit d'intérêts ne paie pas. L'objectif de prévention favorise l'équité, même au prix d'un gain inattendu pour le bénéficiaire lésé. Toutefois, l'indemnité que la Cour d'appel a condamné S à verser était excessive, et il y a donc lieu d'accueillir en partie les pourvois qu'il a formés. L'objectif de prévention serait atteint si S était tenu de rendre compte à Monarch de toutes les sommes reçues pendant son séjour dans le cabinet d'avocats entre le 1er janvier 1998 et le 31 mars 1999, ou attribuables à ce séjour. À ce moment, Monarch et S avaient rompu tous leurs liens avec ce cabinet d'avocats et il n'y avait plus de conflit. [1] [74] [77] [95]

The law firm's appeal should be allowed in part. While the firm committed no breach of fiduciary duty to Monarch, it is liable for S's breaches of fiduciary duty, of which its partners are innocent, only because of the terms of s. 12 of the B.C. *Partnership Act*. The words "wrongful act or omission" in s. 12 are broad enough to embrace an equitable wrong, and S's wrongful act was so connected with the firm's ordinary business that it led to a breach of Monarch's retainer of the firm. The firm is accordingly liable under the Act with S to account for S's profits for the period from January 1, 1998 to March 31, 1999. [1] [100] [106] [113-114]

A return of the fees charged to Monarch by the law firm in 1998 and 1999 for general corporate services and "clean-up" work on prior transactions should not be ordered. However, to the extent S personally made a profit under the firm allocation process attributable to hours docketed to Monarch's account, or to fees paid to the firm by Monarch, such profit (earned at a time when S was in a position of conflict, and derelict in his duty to Monarch) should form part of S's accounting to Monarch. The legal fees paid by Sentinel to the firm cannot be said to be in consequence of breaches of fiduciary duties owed by the firm to Monarch since there was no conflict known to the firm that prevented it from acting for both Sentinel and Monarch. These fees therefore do not have to be disgorged. [80] [83]

While some of the clauses in the Sentinel documents were almost identical to those in Monarch's production services agreement, it is not enough to show that a particular transaction document has its "genesis" in a prior transaction document. Monarch failed to establish a breach of confidence and its claim in that regard was properly dismissed. [110-111]

Monarch's cross-appeal against D should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal. [112]

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. (dissenting in part on the appeals): A conflict of interest arises when a lawyer puts himself or herself in a position of having irreconcilable duties or

Il y a lieu d'accueillir en partie le pourvoi du cabinet d'avocats. Bien qu'il n'ait manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch, le cabinet d'avocats est responsable des manquements de S à cet égard — au sujet desquels ses associés n'ont rien à se reprocher — uniquement en raison des dispositions de l'art. 12 de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique. Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 sont assez généraux pour englober une faute en equity, et l'acte fautif de S était si étroitement lié aux affaires normales du cabinet d'avocats qu'il a entraîné une violation du mandat confié à ce dernier par Monarch. Aux termes de la Loi, le cabinet d'avocats est donc conjointement tenu avec S de rendre compte des profits réalisés par S pendant la période du 1er janvier 1998 au 31 mars 1999. [1] [100] [106] [113-114]

Il n'y a pas lieu d'ordonner la restitution des honoraires que le cabinet d'avocats a facturés à Monarch en 1998-1999 pour des services administratifs généraux et d'autres services de règlement de questions en suspens relatives à des opérations antérieures. Cependant, dans la mesure où S a personnellement réalisé des profits dans le cadre de la répartition par le cabinet d'avocats des heures facturées au compte de Monarch ou des honoraires que Monarch a versés au cabinet, ces profits (réalisés à un moment où S était en situation de conflit d'intérêts et manquait à son devoir envers Monarch) devraient faire partie de la reddition de compte que S devra faire à Monarch. On ne saurait affirmer que les honoraires versés au cabinet d'avocats par Sentinel résultent de manquements aux obligations fiduciaires que le cabinet d'avocats avait envers Monarch, du fait qu'il n'existait pas de conflit connu du cabinet, qui empêchait celui-ci d'agir à la fois pour le compte de Sentinel et pour celui de Monarch. Il n'est donc pas nécessaire de restituer ces honoraires. [80] [83]

Bien que certaines clauses des documents de Sentinel aient été presque identiques à celles contenues dans l'accord relatif aux services de production conclu par Monarch, il ne suffit pas de démontrer qu'un document relatif à une opération « émane » d'un document antérieur de même nature. Monarch n'a pas établi l'existence d'un abus de confiance et sa demande à cet égard a été rejetée à juste titre. [110-111]

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Monarch visant D. [112]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella (dissidents en partie quant aux pourvois) : Un conflit d'intérêts prend naissance lorsqu'un avocat se place dans une situation où il a des obligations

interests. The starting point in determining whether a conflict arose in a particular case is the contract of retainer between the lawyer and the complaining party. The nature and scope of a lawyer's retainer is purely a factual question on which the trial judge's findings should not ordinarily be upset on appeal save for error arising from misapprehension of the evidence. This is especially true where, as here, the alleged breach is an ethical one. The question then is whether these duties conflicted with the lawyer's duties to a second client, or with his or her personal interests. If so, the lawyer's duty of loyalty is violated, and breach of fiduciary duty is established. The duty of loyalty is not a duty in the air, but is attached to the obligations the lawyer has undertaken pursuant to the retainer. [132] [134-135] [142]

Here, the trial judge was correct to begin by asking what the contract obliged S to do for Monarch. Whatever S undertook to do, he was bound to do it with complete loyalty in accordance with his fiduciary obligation. The trial judge did not misapprehend the evidence and therefore there is no basis to overturn his findings. Given the limited nature of the retainer in 1998, there was no conflict between what S agreed to do for Monarch and what he was doing for D and himself with Sentinel. Neither S's obligation to D and Sentinel, nor his taking of a personal interest in Sentinel's profits, directly conflicted with his duties to Monarch. The Monarch retainer permitted S to take on new clients or interests. Only if Monarch had specifically asked S for advice on new film tax-shelter opportunities and S had agreed to give that advice could S have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel. On the trial judge's findings, this never happened. [143] [145]

The Court of Appeal erred in holding that S's duty to Monarch extended beyond the terms of the 1998 retainer agreement, grounding an on-going duty to advise Monarch of any developments in the film production tax-shelter business. The trial judge made clear findings of fact as to the limited scope of the retainer between the firm and Monarch, and on this basis concluded that no conflict arose when S took on a second client in the same line of business. The trial judge's findings stand unimpeached, and on the applicable law

ou intérêts inconciliables. Pour décider si un conflit d'intérêts a pris naissance dans un cas donné, il faut commencer par examiner le mandat liant l'avocat et la partie plaignante. La nature et la portée du mandat d'un avocat est une simple question de fait; les conclusions du juge de première instance ne doivent ordinairement pas être infirmées en appel sauf s'il y a eu erreur dans l'interprétation de la preuve. Cela est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, le manquement reproché est un manquement à la déontologie. Il s'agit alors de déterminer si ces obligations entraient en conflit soit avec les obligations que l'avocat avait envers un deuxième client soit avec les intérêts personnels de cet avocat. Dans l'affirmative, il y a manquement au devoir de loyauté de l'avocat et l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire est établie. Le devoir de loyauté n'est pas quelque chose de vague; il se rattache aux obligations que l'avocat a assumées conformément au mandat. [132] [134-135] [142]

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison de commencer par se demander ce que le contrat obligeait S à faire pour Monarch. Peu importe ce que S entreprenait de faire, il devait le faire en toute loyauté conformément à son obligation fiduciaire. Le juge de première instance n'a pas mal saisi la preuve et il n'y a donc aucune raison d'écarter ses conclusions. En raison de la nature limitée du mandat de 1998, il n'y avait pas de conflit entre ce que S a accepté de faire pour Monarch et ce qu'il faisait pour D et lui-même avec Sentinel. Ni l'obligation de S envers D et Sentinel ni l'acquisition par le premier d'un intérêt personnel dans les profits de Sentinel n'entrait directement en conflit avec ses obligations envers Monarch. Le mandat de Monarch permettait à S de prendre de nouveaux clients ou d'acquérir de nouveaux intérêts. Ce n'est que si Monarch avait expressément demandé à S de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d'abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que S aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l'aurait placé en situation de conflit d'intérêts avec Sentinel. Selon les conclusions du juge de première instance, cela ne s'est jamais produit. [143] [145]

La Cour d'appel a commis une erreur en jugeant que le devoir de S envers Monarch débordait les conditions du mandat de 1998 et faisait qu'il avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique. Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait claires sur la portée limitée du mandat conclu entre le cabinet d'avocats et Monarch et a, sur ce fondement, estimé qu'aucun conflit n'a pris naissance lorsque S a accepté une deuxième cliente provenant du même

he correctly concluded that S did not breach his contractual or fiduciary duty to Monarch. [119] [131] [150]

Monarch's cross-appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal and endorsed by the majority. [164]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; **referred to:** *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651; *Côté v. Rancourt*, [2004] 3 S.C.R. 248, 2004 SCC 58; *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109; *Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335; *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Williams v. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824); *Martin v. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Uniform Custom Countertops Inc. v. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL); *de Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36; *R. v. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596; *Coutu v. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *R. v. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Chan v. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178; *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255; *McDonic Estate v. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577; *Dubai Aluminium Co. v. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58; *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, [2005] 3 S.C.R. 45, 2005 SCC 60.

secteur d'activité. Les constatations du juge de première instance demeurent valides et, selon le droit applicable, il a eu raison de conclure que S n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire envers Monarch. [119] [131] [150]

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel et approuvés par les juges majoritaires, le pourvoi incident de Monarch devrait être rejeté. [164]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; **arrêts mentionnés :** *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin c. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651; *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, 2004 CSC 58; *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109; *Chiefs of Ontario c. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335; *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Williams c. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824); *Martin c. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161; *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Uniform Custom Countertops Inc. c. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL); *de Guzman c. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36; *R. c. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596; *Coutu c. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *R. c. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1; *R. c. Henry*, [1990] A.Q. nº 1629 (QL); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Chan c. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178; *Warman International Ltd. c. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255; *McDonic Estate c. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577; *Dubai Aluminium Co. c. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58; *E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, [2005] 3 R.C.S. 45, 2005 CSC 60.

By McLachlin C.J. (dissenting in part on the appeals)

Hilton v. Barker Booth and Eastwood, [2005] 1 All E.R. 651; *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Bristol and West Building Society v. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698; *Armitage v. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 18.1(15)(*b*).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, ss. 11, 12, 14.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

Banks, R. C. I'anson. *Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

Burgess, Robert, and Geoffrey Morse. *Partnership Law and Practice*. London: Sweet & Maxwell, 1980.

Devlin, Richard F., and Victoria Rees. "Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil*" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 433.

Estey, Wilfred M. *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Getzler, Joshua. "Am I My Beneficiary's Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 239.

Goode, Roy. "Proprietary Restitutionary Claims", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 63.

Hayton, David. "Unique Rules for the Unique Institution, the Trust", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 279.

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, The Law Society of British Columbia, 1993.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2006).

Millett, Peter. "Proprietary Restitution", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 309.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie quant aux pourvois)

Hilton c. Barker Booth and Eastwood, [2005] 1 All E.R. 651; *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357; *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Bristol and West Building Society c. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698; *Armitage c. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 18.1(15)*b*).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 11, 12, 14.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 2000.

Banks, R. C. I'anson. *Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Burgess, Robert, and Geoffrey Morse. *Partnership Law and Practice*. London : Sweet & Maxwell, 1980.

Devlin, Richard F., and Victoria Rees. « Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty : from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil* » (2005), 84 *R. du B. can.* 433.

Estey, Wilfred M. *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.

Getzler, Joshua. « Am I My Beneficiary's Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 239.

Goode, Roy. « Proprietary Restitutionary Claims », in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future*. Oxford : Hart Publishing, 1998, 63.

Hayton, David. « Unique Rules for the Unique Institution, the Trust », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 279.

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, The Law Society of British Columbia, 1993.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2006).

Millett, Peter. « Proprietary Restitution », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 309.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Waters, Donovan W. M. "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford: University Press, 2003.

APPEALS and CROSS-APPEAL from judgments of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Hall and Oppal JJ.A.) (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 208 B.C.A.C. 39, 344 W.A.C. 39, 1 B.L.R. (4th) 302, 28 C.C.L.T. (3d) 159, [2005] 3 C.T.C. 168, 2005 D.T.C. 5059, [2005] 5 W.W.R. 108, [2005] B.C.J. No. 80 (QL), 2005 BCCA 35, and (Newbury, Hall and Levine JJ.A.) (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 215 B.C.A.C. 9, 355 W.A.C. 9, 8 B.L.R. (4th) 4, 256 D.L.R. (4th) 319, 47 C.C.E.L. (3d) 159, [2005] 11 W.W.R. 399, [2005] 5 C.T.C. 107, [2005] B.C.J. No. 1655 (QL), 2005 BCCA 385, setting aside in part a decision of Lowry J. (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, [2003] 1 C.T.C. 88, 2002 D.T.C. 7327, [2002] B.C.J. No. 1982 (QL), 2002 BCSC 1179. Appeals allowed in part, McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Irwin G. Nathanson, Q.C., Ardella A. Thompson and *Geoffrey Gomery*, for the appellant/respondent Davis & Company, a partnership.

Rose-Mary Liu Basham, Q.C., Robert D. Holmes and *Leslie J. Muir*, for the respondent/appellant 3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation).

George K. Macintosh, Q.C., J. Kenneth McEwan, Q.C., and *Robin M. Elliot, Q.C.*, for the appellant/respondent Robert C. Strother, the appellants Strother Family Trust (Trust No. 1) and University Hill Holdings Inc. (formerly known as 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), and the respondents Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Waters, Donovan W. M. « The Development of Fiduciary Obligations », in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg : Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford : University Press, 2003.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre des arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Hall et Oppal) (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 208 B.C.A.C. 39, 344 W.A.C. 39, 1 B.L.R. (4th) 302, 28 C.C.L.T. (3d) 159, [2005] 3 C.T.C. 168, 2005 D.T.C. 5059, [2005] 5 W.W.R. 108, [2005] B.C.J. No. 80 (QL), 2005 BCCA 35, et (les juges Newbury, Hall et Levine) (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 215 B.C.A.C. 9, 355 W.A.C. 9, 8 B.L.R. (4th) 4, 256 D.L.R. (4th) 319, 47 C.C.E.L. (3d) 159, [2005] 11 W.W.R. 399, [2005] 5 C.T.C. 107, [2005] B.C.J. No. 1655 (QL), 2005 BCCA 385, qui ont annulé en partie une décision du juge Lowry (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, [2003] 1 C.T.C. 88, 2002 D.T.C. 7327, [2002] B.C.J. No. 1982 (QL), 2002 BCSC 1179. Pourvois accueillis en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Irwin G. Nathanson, c.r., Ardella A. Thompson et *Geoffrey Gomery*, pour l'appelante/intimée Davis & Company, société de personnes.

Rose-Mary Liu Basham, c.r., Robert D. Holmes et *Leslie J. Muir*, pour l'intimée/appelante 3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation).

George K. Macintosh, c.r., J. Kenneth McEwan, c.r., et *Robin M. Elliot, c.r.*, pour l'appelant/intimé Robert C. Strother, les appelantes Strother Family Trust (Trust No. 1) et University Hill Holdings Inc. (auparavant connue sous le nom de 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), et les intimées Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership

No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10.

Kenneth N. Affleck, Q.C., Lisa A. Warren and *Michael J. Sobkin*, for the respondents J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 and Company No. 10.

David C. Harris, Q.C., and *Andrea N. MacKay*, for the respondents Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership and Sentinel Hill GP Corporation.

Terrence J. O'Sullivan and *M. Paul Michell*, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BINNIE J. — A fundamental duty of a lawyer is to act in the best interest of his or her client to the exclusion of all other adverse interests, except those

No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10.

Kenneth N. Affleck, c.r., Lisa A. Warren et *Michael J. Sobkin*, pour les intimés J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 et Company No. 10.

David C. Harris, c.r., et *Andrea N. MacKay*, pour les intimées Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership et Sentinel Hill GP Corporation.

Terrence J. O'Sullivan et *M. Paul Michell*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BINNIE — Un devoir fondamental de l'avocat est d'agir dans l'intérêt de son client à l'exclusion de tout autre intérêt opposé, sauf les

duly disclosed by the lawyer and willingly accepted by the client. The appellant Robert Strother, a successful tax partner with the appellant Davis & Company ("Davis") in Vancouver, was found by the Court of Appeal of British Columbia to have put his own financial interest in one client (Sentinel) ahead of his duty to another client (Monarch) in breach of his fiduciary duty. Fiduciary duties provide the framework (enforced by the courts and by the Law Society of British Columbia) within which a particular contractual mandate is to be carried out. The issue here is whether (as the trial judge held) those responsibilities were sufficiently limited by the scope of the retainer so as to afford Monarch no relief; or whether, on the contrary, the fiduciary duty is broader than the trial judge thought (as held by the Court of Appeal) and was breached either by Strother or Davis or both and, if so, what the appropriate remedy is. For the reasons which follow, I conclude that the trial judge did not correctly construe the scope of Monarch's 1998 retainer of Davis and Strother, and thus did not pursue the analysis of fiduciary duty far enough. In my view, the Court of Appeal correctly analysed the retainer and found a breach of fiduciary duty by Strother. I would allow the appeal by the Davis firm (which was an innocent party in Strother's misconduct) against any direct liability for breach of fiduciary duty, but give effect to Monarch's statutory claim against Davis for vicarious liability under the *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348. I also conclude that the Court of Appeal imposed an excessive award of compensation against Strother. I would therefore allow both appeals in part for the reasons which follow. Monarch's cross-appeal should be dismissed.

I. Facts

2 Monarch Entertainment Corporation ("Monarch" (now 3464920 Canada Inc.)) began promoting

intérêts qu'il a dûment divulgués à son client et que ce dernier a acceptés de plein gré. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré l'appelant Robert Strother, associé fiscaliste prospère du cabinet appelant Davis & Company (ci-après le « cabinet Davis ») de Vancouver, coupable d'avoir manqué à son obligation fiduciaire en faisant passer son propre intérêt financier dans l'un de ses clients (Sentinel) avant le devoir qu'il avait envers un autre client (Monarch). Les obligations fiduciaires établissent les paramètres (sanctionnés par les tribunaux et la Law Society of British Columbia) à l'intérieur desquels un mandat contractuel doit être exécuté. Il s'agit en l'espèce de savoir si (comme l'a conclu le juge de première instance) la portée du mandat limitait suffisamment ces responsabilités pour que Monarch soit privée de tout recours ou si, au contraire (comme l'a conclu la Cour d'appel), l'obligation fiduciaire a une portée plus large que ne le croyait le juge de première instance, et si M. Strother ou le cabinet Davis, ou les deux, y ont manqué et, dans l'affirmative, quelle est la réparation convenable. Pour les motifs qui suivent, j'estime que le juge de première instance n'a pas interprété correctement la portée du mandat de 1998 que le cabinet Davis et M. Strother tenaient de Monarch et qu'il n'a donc pas poussé assez loin l'analyse de l'obligation fiduciaire. J'estime que la Cour d'appel a analysé correctement le mandat et qu'elle a eu en raison de conclure que M. Strother a manqué à une obligation fiduciaire. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du cabinet Davis (qui n'était aucunement responsable de l'inconduite de M. Strother) contre la décision de le tenir directement responsable d'un manquement à une obligation fiduciaire, mais de faire droit à la demande que Monarch a présentée contre le cabinet Davis sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui prévue par la *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 348. Je conclus également que l'indemnité que la Cour d'appel a condamné M. Strother à verser était excessive. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir en partie les deux pourvois pour les motifs qui suivent. Il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Monarch.

I. Faits

En 1993, Monarch Entertainment Corporation (ci-après « Monarch » (maintenant 3464920

tax-assisted production services funding ("TAPSF") investments in 1993. It was owned by Stephen Cheikes and Nova Bancorp Capital Management Ltd. The principal of Nova is Harry Knutson. Knutson and Cheikes were introduced to one another by Davis. Paul Darc, a chartered accountant, became Monarch's chief operating officer in 1995, but was demoted the following year to the position of chief financial officer.

A. *The Tax Scheme*

From 1993 to 1997, Monarch devised and marketed tax shelter investments whereby Canadian taxpayers, through ownership of units in a limited partnership, provided film production services to American studios making films in Canada. In outline, the tax shelter worked like this. Limited partnerships were established. The investors would notionally produce a film for a studio in return for a fee, paid over time, that was contingent on the success of the film. The contingency of the payment introduced a substantial element of risk, and the right to receive such speculative income at some future date was considered by Revenue Canada not to be a capital asset. Therefore, expenditures for the film production were treated as deductible from other income in the year the expenditures were incurred. The scheme yielded a loss to the partnership in the early years because of the mismatch between the front-end expenses in the year the film was made and the delayed and uncertain return. The loss was deducted by investors from their unrelated income — thereby sheltering this income from immediate taxation. If the film was a success, the tax collector's cut would at least be deferred.

The American studios shared in the tax deferral benefit of the Canadian investors by an advantageous sale of their expenses of making the film to the Canadian investors. Monarch derived a profit equal to the difference between what the investors

Canada Inc.)) a commencé à faire la promotion d'investissements dans les services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale (« SPCAF »). La société appartenait à Stephen Cheikes et à Nova Bancorp Capital Management Ltd., qui est dirigée par Harry Knutson. Messieurs Cheikes et Knutson se sont connus grâce au cabinet Davis. Paul Darc, comptable agréé, est devenu le directeur de l'exploitation de Monarch en 1995, mais il a été rétrogradé au poste de directeur financier l'année suivante.

A. *Le mécanisme fiscal*

3 De 1993 à 1997, Monarch a conçu et commercialisé des abris fiscaux déterminés qui permettaient à des contribuables canadiens de fournir, grâce à la possession d'unités dans une société en commandite, des services de production cinématographique à des studios américains réalisant des films au Canada. En substance, l'abri fiscal fonctionnait ainsi. Des sociétés en commandite étaient constituées. Les investisseurs produiraient en théorie un film pour un studio moyennant une rétribution payable sur une période donnée et conditionnelle au succès du film. Le caractère conditionnel du paiement constituait un élément de risque important, et Revenu Canada a jugé que le droit de toucher un tel revenu hypothétique à quelque date future n'était pas une immobilisation. Par conséquent, les dépenses liées à la production du film étaient considérées comme déductibles d'autres revenus pendant l'année où elles étaient engagées. Ce régime a fait en sorte que la société de personnes a, au cours des premières années, subi une perte due au fait que les dépenses initiales engagées pendant l'année de réalisation du film n'étaient pas rattachées au rendement différé et incertain. Les investisseurs ont déduit cette perte de leur revenu tiré d'une autre source, soustrayant ainsi ce revenu à l'imposition immédiate. Si le film était un succès, la part du percepteur d'impôt serait à tout le moins différée.

4 Les studios américains profitaient du report d'impôt des investisseurs canadiens en leur vendant de manière avantageuse leurs dépenses de production cinématographique. Monarch réalisait un profit correspondant à la différence entre ce que

actually paid and what the studio received, less its own expenses.

B. *Monarch Retains Davis & Company*

5 Robert Strother was one of the biggest billers at Davis and in the mid-1990s Monarch was by far his biggest client (representing about half his billings). The TAPSF shelter was considered almost too good to be true; thus potential investors, fearing a government clampdown, required the assurance of a favourable advance tax ruling from Revenue Canada. The structuring of such shelters and negotiation of such rulings were key elements of Strother's expertise.

6 The fees paid to Davis were mostly determined on an agreed-upon percentage of the volume of production transactions closed each year. The trial judge found that Strother was instrumental in Monarch's success ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, at para. 11). In 1996 and 1997, the firm's engagement was expressed in written retainer agreements. Effective October 1996, the retainer expressly prohibited Davis from acting for clients other than Monarch in relation to TAPSF schemes (with limited exceptions). The written retainer terminated at the end of 1997, but Monarch continued thereafter as a firm client. Between 1993 and 1997 Monarch closed transactions of almost $460 million, realized more than $13 million in profits and paid Davis more than $5 million in legal fees.

C. *Emergence of Stiff Competition*

7 In 1996-1997, two other promoters entered the TAPSF business and substantially reduced Monarch's share of the market: Grosvenor Park Securities Ltd. ("Grosvenor Park") and Alliance Equicap Corporation ("Alliance"). Monarch's market share fell from almost 100 percent of the potential market in 1995 to 20 percent in 1996-1997.

les investisseurs avaient réellement payé et ce que le studio avait reçu, moins ses propres dépenses.

B. *Monarch retient les services du cabinet Davis*

Robert Strother était l'un des avocats du cabinet Davis dont la facturation était la plus élevée et, au milieu des années 1990, Monarch était de loin son client le plus important, représentant à elle seule environ la moitié de sa facturation. L'abri constitué des SPCAF était considéré comme presque trop beau pour être vrai; aussi, craignant un resserrement du régime par le gouvernement, les investisseurs potentiels ont demandé à Revenu Canada de leur garantir une décision anticipée favorable en matière d'impôt sur le revenu. La structuration de ces abris et la négociation de ces décisions étaient des éléments clés de l'expertise de M. Strother.

Les honoraires versés au cabinet Davis correspondaient généralement à un pourcentage convenu du volume d'opérations de production effectuées chaque année. Le juge de première instance a conclu que M. Strother avait contribué au succès de Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, par. 11). En 1996 et 1997, la mission du cabinet était énoncée dans des mandats écrits. À partir d'octobre 1996, le mandat interdisait expressément au cabinet Davis d'agir pour d'autres clients que Monarch relativement aux mécanismes de SPCAF, sous réserve d'exceptions limitées. Le mandat écrit s'est terminé à la fin de 1997, mais Monarch est demeurée, par la suite, un client du cabinet. Entre 1993 et 1997, Monarch a effectué des opérations de presque 460 millions de dollars, réalisé plus de 13 millions de dollars de profits et versé au cabinet Davis plus de 5 millions de dollars à titre d'honoraires d'avocat.

C. *Émergence d'une concurrence féroce*

En 1996-1997, deux autres promoteurs, Grosvenor Park Securities Ltd. (« Grosvenor Park ») et Alliance Equicap Corporation (« Alliance »), se sont lancés en affaires dans le domaine des SPCAF et ont substantiellement réduit la part de marché de Monarch, qui est passée de la quasi-totalité du marché potentiel en 1995 à 20 pour 100 en 1996-1997.

D. *The Minister of Finance Decides to Close the Door*

In November 1996, the federal Minister of Finance announced his intention to amend the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), to defeat the TAPSF tax shelters. This was done by the introduction of Matchable Expenditures Rules ("MER"). Subsequently, Strother advised Monarch that he did not have a "fix" to avoid the effect of the MER. As a transitional measure, the government extended relief from the MER until the end of October 1997, but no further.

E. *Monarch Looks for Other Opportunities*

By the end of October 1997, Monarch's TAPSF business had been wound down. Several employees were laid off, including Paul Darc. Grosvenor Park and Alliance also stopped promoting tax shelters and went out of the TAPSF business. In late 1997, Monarch sought Strother's advice about what could be done to salvage what was left of their business, but he suggested that they defer that discussion until the new year. The trial judge held: "I find that Mr. Strother concealed nothing from Monarch in 1997 in order to take a benefit for himself" (para. 91).

F. *Strother Learns of a Possible "Fix"*

At the end of October or beginning of November 1997, Joel Nitikman, a tax lawyer with Fraser Milner Casgrain in Vancouver, contacted Strother and told him that he thought there might be a way around the MER and that 20th Century Fox was interested in exploring the possibility of having a film financed using a somewhat different structure (the "*Lade* idea") by the Stern Group of companies (who were also clients of Strother's) (trial judgment, at para. 66). In the course of subsequent discussions in November 1997, Nitikman discussed with Strother s. 18.1(15)(*b*) which provided that MER

D. *Le ministre des Finances décide de mettre fin à ces abris fiscaux*

8 En novembre 1996, le ministre des Finances fédéral a fait part de son intention de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), pour mettre fin aux abris fiscaux constitués des SPCAF. Il a donné suite à cette intention en adoptant les règles sur les dépenses à rattacher (« RDR »). Par la suite, M. Strother a informé Monarch qu'il ne disposait d'aucune [TRADUCTION] « solution » pour éviter l'effet des RDR. À titre de mesure transitoire, le gouvernement a suspendu l'application des RDR jusqu'à la fin d'octobre 1997, mais pas davantage.

E. *Monarch cherche d'autres possibilités*

9 À la fin d'octobre 1997, Monarch avait mis fin à ses activités dans le domaine des SPCAF. Plusieurs employés ont été mis à pied, dont Paul Darc. Grosvenor Park et Alliance ont également cessé de faire la promotion d'abris fiscaux et se sont retirées du domaine des SPCAF. À la fin de 1997, Monarch a demandé à M. Strother de la conseiller sur ce qui pourrait être fait pour sauver ce qui restait de son entreprise, mais celui-ci a proposé de reporter cette discussion à la nouvelle année. Le juge de première instance a conclu ceci : [TRADUCTION] « J'estime qu'en 1997 M. Strother n'a rien dissimulé à Monarch dans le but de tirer un avantage personnel » (par. 91).

F. *Monsieur Strother entend parler d'une « solution » possible*

10 À la fin d'octobre ou au début de novembre 1997, Joel Nitikman, avocat fiscaliste chez Fraser Milner Casgrain à Vancouver, a communiqué avec M. Strother et lui a dit qu'il pensait qu'il pouvait y avoir un moyen de contourner les RDR et que 20th Century Fox était intéressée à étudier la possibilité de faire financer un film par le groupe de sociétés Stern (qui étaient également des clientes de M. Strother), en utilisant une structure légèrement différente (« l'idée *Lade* ») (jugement de première instance, par. 66). Au cours de discussions subséquentes tenues en novembre 1997, M. Nitikman a parlé

would not apply where more than 80.1 percent of the right to receive income was realized before the end of the year in which the expenditure was made. This meant that the maximum "loss" available for a tax deduction would be 19.9 percent of production expenses (compared to 50 percent previously).

11 Strother was unable to get a favourable advance ruling from Revenue Canada for the "*Lade*" scheme for Stern, but by the end of 1997, in connection with this initiative, Strother obtained confirmation from Revenue Canada that a favourable tax ruling was not out of the question for a film production services transaction, as long as it complied with the new rules, including s. 18.1(15)(*b*).

G. *Darc/Sentinel Becomes a Client*

12 In the fall of 1997 or early 1998, Strother was approached by Paul Darc, a former executive of Monarch, to discuss potential opportunities. Darc was working on a possible tax credit business (as opposed to a tax shelter business). Strother discussed with Darc the s. 18.1(15)(*b*) exception. Darc devised the idea of marrying a tax shelter and a tax credit business, subordinating the shelter to the credits (to ensure that the business would not run afoul of the general anti-avoidance rule of the *ITA*). Under Darc's plan, the studio fee would not be contingent on the success of the film but rather was fixed at 80.1 percent.

13 Darc was able to put together enough of a scheme to convince Strother to draft a nine-page proposal that was submitted to Revenue Canada in March of 1998. Although the trial judge found as a fact that Strother honestly felt throughout 1997 and even after learning of Darc's proposal that the TAPSF shelter was dead for good, Strother was obviously persuaded that Darc's scheme was

à M. Strother de l'al. 18.1(15)*b*) qui prévoyait que les RDR ne s'appliqueraient pas dans le cas où plus de 80,1 pour 100 du droit aux revenus aurait été réalisé avant la fin de l'année au cours de laquelle la dépense a été effectuée. Cela signifiait que la « perte » maximale donnant lieu à une déduction fiscale s'élèverait à 19,9 pour 100 des dépenses de production (comparativement à la moitié antérieure).

Monsieur Strother n'a pas été en mesure d'obtenir pour Stern une décision anticipée favorable de Revenu Canada quant au mécanisme « *Lade* », mais, vers la fin de 1997, Revenu Canada lui a confirmé, à ce sujet, qu'il n'écartait pas la possibilité de rendre une décision fiscale favorable pour une opération en matière de services de production cinématographique, pourvu qu'elle respecte les nouvelles règles, y compris l'al. 18.1(15)*b*).

G. *Monsieur Darc et Sentinel deviennent des clients*

À l'automne de 1997 ou au début de 1998, Paul Darc, ancien cadre de Monarch, a communiqué avec M. Strother pour discuter de certaines possibilités. Monsieur Darc étudiait la possibilité de mettre sur pied une entreprise spécialisée dans les crédits d'impôt (par opposition à une entreprise spécialisée dans les abris fiscaux). Monsieur Strother a discuté avec M. Darc de l'exception prévue à l'al. 18.1(15)*b*). L'idée de M. Darc était de mettre sur pied une entreprise qui s'occuperait à la fois d'abris fiscaux et de crédits d'impôt, subordonnant les abris aux crédits (afin d'assurer que l'entreprise ne contrevienne pas à la règle générale anti-évitement de la *LIR*). Selon le plan de M. Darc, les honoraires du studio ne seraient pas conditionnels au succès du film, mais seraient plutôt fixés à 80,1 pour 100.

Monsieur Darc a réussi à présenter à M. Strother un plan suffisant pour le convaincre de rédiger une proposition de neuf pages qui a été soumise à Revenu Canada en mars 1998. Bien que le juge de première instance ait tenu pour avéré que, pendant toute l'année 1997 et même après avoir pris connaissance de la proposition de M. Darc, M. Strother croyait honnêtement qu'il n'était plus possible de recourir

worth a try, and far from holding that opinion as a disinterested lawyer, he agreed to volunteer his services without charge to attempt to obtain the ruling, in exchange for a personal benefit. Strother later told his partners that he had an "option" to acquire up to 50 percent of the common shares of a new company called Sentinel Hill Entertainment Corporation ("Sentinel" or "Sentinel Hill"), a shelf company owned by Darc, but in fact, on the evidence, he and Darc had agreed in January 1998 that Strother would receive 55 percent of the first $2 million of profit should the tax ruling be granted and 50 percent thereafter. Out-of-pocket expenses for the ruling request were to be shared equally. Strother did not tell Monarch about the possibility of a revival in the film production services business at any time.

à l'abri fiscal constitué des SPCAF, M. Strother était manifestement convaincu qu'il valait la peine d'essayer le plan de M. Darc et, loin d'être de cet avis à titre d'avocat désintéressé, il a accepté d'offrir gratuitement ses services pour tenter d'obtenir la décision en échange d'un avantage personnel. Monsieur Strother a ensuite dit à ses coassociés qu'il avait une « option » lui permettant d'acquérir jusqu'à la moitié des actions ordinaires d'une nouvelle société appelée Sentinel Hill Entertainment Corporation (« Sentinel » ou « Sentinel Hill »), société inactive appartenant à M. Darc, mais, en fait, la preuve indique qu'en janvier 1998 il avait convenu avec M. Darc qu'il recevrait 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits si la demande de décision en matière d'impôt était accueillie et la moitié par la suite. Les dépenses engagées pour la demande de décision seraient partagées également. Monsieur Strother n'a jamais parlé à Monarch de la possibilité d'une reprise des activités dans le domaine des services de production cinématographique.

H. *Sentinel Obtains Advance Tax Ruling*

A favourable tax ruling was issued by Revenue Canada to Sentinel on October 6, 1998 based on the s. 18.1(15)(*b*) exception to the MER. A further ruling addressing studio concerns was issued in December 1998. Sentinel closed $260 million in studio production transactions by year-end of 1998. Subsequently, Grosvenor Park and Alliance obtained their own rulings and were back in the film production services business by September 1999.

H. *Sentinel obtient une décision anticipée en matière d'impôt*

14 Le 6 octobre 1998, Revenu Canada a rendu en faveur de Sentinel une décision en matière d'impôt fondée sur l'exception aux RDR prévue à l'al. 18.1(15)*b*). Une autre décision portant sur les préoccupations des studios a été rendue en décembre 1998. À la fin de 1998, Sentinel avait effectué des opérations de production en studio de 260 millions de dollars. Par la suite, Grosvenor Park et Alliance ont obtenu leurs propres décisions et ont repris leurs activités dans le domaine des services de production cinématographique dès septembre 1999.

I. *Monarch Was a Continuing Client of Davis/ Strother*

In 1998, Strother met with Monarch executives on January 15, 21, 27 and May 19, June 26, July 24, August 4 and (by chance) in mid-September. They testified that they asked Strother what business opportunities might be available to Monarch in the wake of the new tax rules. They said they relied on him to advise if there was a "way around"

I. *Monarch demeurait une cliente du cabinet Davis et de M. Strother*

15 En 1998, M. Strother a rencontré les cadres de Monarch les 15, 21 et 27 janvier, le 19 mai, le 26 juin, le 24 juillet et le 4 août et (par hasard) à la mi-septembre. Ceux-ci ont témoigné qu'ils avaient demandé à M. Strother quelles occasions d'affaires pourraient s'offrir à Monarch à la suite des nouvelles règles fiscales. Ils ont dit qu'ils comptaient

the MER that would allow them to resume their TAPSF business. Cheikes testified in cross-examination as follows:

Q. And I suggest, sir, that in fact that you did not — Monarch did not approach Strother and Davis to request Strother and Davis to develop a means to amend the structure. Isn't that correct, sir?

A. It's not correct. As I've said to you what happened is Monarch had a general agreement and understanding in their being represented by Davis & Company that that was a principal function of the law firm for us, is when there is a change of tax law to find a way around it. When the tax law was changed and we were told in 1996, November of '96, that there was no absolutely no way around it, we followed Strother's advice to lobby the government, try to get an exception, and try again to get grandfathering. But we were told, and we relied absolutely on his legal advice that there was absolutely no way to get around the rules. The general instruction though of our employment stayed in effect all the time. If there is a way, Strother, if you know it now, if you know it in the future, that's your job for us. Find a way to get around any changes of the law. It was first implicit, possibly not explicit at that point, but it was clearly the central part of the retention of Davis & Company and Rob Strother for our business. [Emphasis added.]

(Monarch's R.R., vol. 1, at p. 84)

In his evidence-in-chief, Strother testified:

A. And I think we had a general discussion, that I had very little recollection of, which I've, I guess come to be refreshed through the course of this litigation, and I think it was a, where-are-we-going-now meeting with Mr. Knutson where we talked

sur lui pour les informer s'il existait un « moyen de contourner » les RDR, qui leur permettrait de reprendre leurs activités dans le domaine des SPCAF. En contre-interrogatoire, M. Cheikes a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Et permettez-moi de penser, Monsieur, qu'en fait vous n'avez pas — Monarch ne s'est pas adressée à M. Strother et au cabinet Davis pour leur demander de trouver un moyen de modifier la structure. N'est-ce pas exact, Monsieur?

R. Non, ce n'est pas exact. Comme je vous l'ai dit, ce qui s'est passé c'est que Monarch avait conclu une entente générale selon laquelle elle était représentée par Davis & Company, que, pour nous, l'une des fonctions principales du cabinet d'avocats était de trouver un moyen de contourner la loi de l'impôt si elle était changée. Lorsque la loi de l'impôt a été changée et qu'on nous a dit en 1996, novembre 96, qu'il n'y avait absolument aucun moyen de la contourner, nous avons suivi le conseil de M. Strother de faire pression sur le gouvernement, d'essayer d'obtenir une exception et de tenter de nouveau de faire consacrer des droits acquis. Mais il nous a dit, et nous nous sommes entièrement fiés à son avis juridique, qu'il n'y avait aucun moyen de contourner les règles. Bien que notre emploi ait toujours tenu, les directives générales étaient, s'il existe un moyen, M. Strother, si vous le connaissez maintenant, si vous le trouvez dans le futur, c'est ce que vous devez faire pour nous. Trouvez une façon de contourner tout changement apporté à la loi. C'était implicite au début, probablement pas encore explicite à ce moment-là, mais c'était clairement la principale raison pour laquelle on a retenu les services de Davis & Company et de Rob Strother pour notre entreprise. [Je souligne.]

(d.i. Monarch, vol. 1, p. 84)

Lors de son témoignage en interrogatoire principal, M. Strother a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

R. Et je pense que nous avons eu une discussion générale, dont je conserve très peu de souvenirs, qui sont je suppose maintenant ranimés à cause du présent litige, et je pense qu'il y a eu une rencontre avec M. Knutson sur ce que nous ferions maintenant,

about some of the things that I said earlier that we sort of put on hold while he was getting closed and, and worrying about those issues. [Emphasis added.]

(Strother's A.R., at p. 94)

In his factum, Strother emphasizes the trial judge's conclusion that

Mr. Knutson and Mr. Cheikes were not consulting Mr. Strother for advice on the rules that had put an end to their tax shelter business or to explore whether there was any possibility of that business in some way being continued. They had no reason to do so and had no expectation of receiving any advice in that regard. [Emphasis deleted; para. 24.]

Throughout 1998 and into 1999, Davis continued to do some work for Monarch on outstanding matters relating to film production services transactions that had closed by the end of October 1997 as well as unrelated general corporate work. Through 1998 and into January 1999, Davis invoiced Monarch more than $98,000 in legal fees.

J. *Strother Makes Incomplete Disclosure to Davis of His Side-Deal With Darc*

On August 4, 1998, Strother wrote a memorandum to the management committee of Davis about a possible conflict of interest with respect to acting simultaneously for Monarch and Sentinel/Darc. He said that Sentinel's prospects were highly speculative and uncertain. He stated that during *the late fall of 1997* he met with Darc several times to discuss the possibility of forming a company to carry out film production services transactions (although in examination for discovery, Strother claimed that the meetings did not occur until 1998). The memo referred, inaccurately, to Strother only having "an option to acquire up to 50% of the common shares" of Sentinel Hill (emphasis added). Strother also described a conversation with an official of the Law Society of British Columbia that resulted in

au cours de laquelle nous avons parlé de certaines des choses que, comme j'ai dit plus tôt, nous avions en quelque sorte mises en veilleuse, alors que son entreprise était en train de fermer et qu'il était préoccupé par ce genre de choses. [Je souligne.]

(d.a. M. Strother, p. 94)

Dans son mémoire, M. Strother insiste sur la conclusion suivante du juge de première instance :

[TRADUCTION] . . . MM. Knutson et Cheikes ne consultaient pas M. Strother pour obtenir un avis sur les règles qui avaient mis fin à leurs activités relatives aux abris fiscaux ni pour étudier la possibilité de poursuivre de quelque façon ces activités. Ils n'avaient aucune raison de le faire et ne s'attendaient pas à recevoir des conseils à cet égard. [Italiques dans l'original omis; par. 24]

16 Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet Davis a continué à travailler pour Monarch sur des questions en suspens concernant des opérations en matière de services de production cinématographique terminées à la fin d'octobre 1997, ainsi qu'à accomplir pour la société d'autres tâches générales. De 1998 à janvier 1999, le cabinet Davis a réclamé à Monarch des honoraires d'avocat de plus de 98 000 $.

J. *Monsieur Strother ne divulgue que partiellement au cabinet Davis son entente parallèle avec M. Darc*

17 Le 4 août 1998, M. Strother a écrit une note de service au comité de gestion du cabinet Davis concernant un risque de conflit d'intérêts résultant du fait d'agir à la fois pour Monarch et pour Sentinel et M. Darc. Il a dit que les perspectives d'avenir de Sentinel étaient très hypothétiques et incertaines. Il a déclaré avoir rencontré M. Darc à plusieurs reprises, à *la fin de l'automne de 1997*, pour discuter de la possibilité de constituer une société qui effectuerait des opérations en matière de services de production cinématographique (bien qu'il ait affirmé, lors de l'interrogatoire préalable, qu'il n'y a pas eu de rencontre avant 1998). La note mentionnait, de façon inexacte, que M. Strother disposait uniquement [TRADUCTION] « d'une option d'achat d'au plus 50 % des actions ordinaires » de Sentinel Hill

Strother acknowledging that because of his financial interest in Sentinel he was "potentially in technical breach" of Chapter 7 of the Law Society's *Professional Conduct Handbook* which provides:

1. Except as otherwise permitted by the *Handbook*, a lawyer shall not perform any legal services for a client in a matter in which:

   (a) the lawyer has a direct or indirect financial interest, or

   (b) anyone, including a relative, partner, employer, employee, business associate or friend of the lawyer, has a direct or indirect financial interest which would reasonably be expected to affect the lawyer's professional judgement.

2. A lawyer shall not perform any legal services for a client with whom or in which the lawyer or anyone, including a relative, partner, employer, employee, business associate or friend of the lawyer, has a financial or membership interest which would reasonably be expected to affect the lawyer's professional judgment.

The managing partner of Davis, Douglas Buchanan, told Strother that he would not be permitted to own any interest in Sentinel. Strother did not provide Buchanan with a copy of the January 30th Agreement.

K. *Strother Quits Davis*

18 Effective March 31, 1999, Strother resigned from Davis and in April joined Darc as a 50 percent shareholder in Sentinel. They hired Bradley Sherman as a consultant and sales coordinator. (Until 1997, Sherman had been the driving force behind Grosvenor Park.) Sherman and his associate, Kenneth Gordon, acquired equity positions in a new vehicle, Sentinel Hill Ventures Corporation, owned equally but indirectly by Strother, Darc, Sherman and Gordon. As a result of further affiliation, the promoters formed Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership ("SHAAELP") that

(je souligne). Monsieur Strother a aussi décrit une conversation avec un représentant de la Law Society of British Columbia qui lui a permis d'apprendre que, en raison de son intérêt financier dans Sentinel, il [TRADUCTION] « pouvait y avoir violation technique » du chapitre 7 du *Professional Conduct Handbook* (Code de déontologie) de la Law Society, qui prévoit :

[TRADUCTION]

1. Sauf disposition contraire du code, l'avocat doit s'abstenir de fournir des services juridiques à un client à l'égard de questions dans lesquelles :

   a) il a un intérêt financier direct ou indirect, ou

   b) une autre personne, y compris un parent, partenaire, employeur, employé, associé ou ami, a directement ou indirectement un intérêt financier dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'il influe sur son jugement professionnel.

2. L'avocat doit s'abstenir de fournir des services juridiques à un client avec qui ou dans lequel lui-même ou une autre personne, y compris un parent, partenaire, employeur, employé, associé ou ami, a un intérêt financier ou un intérêt en tant que membre dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'il influe sur son jugement professionnel.

L'associé directeur général du cabinet Davis, Douglas Buchanan, a informé M. Strother qu'il ne serait pas autorisé à détenir quelque participation que ce soit dans Sentinel. Monsieur Strother n'a remis à M. Buchanan aucune copie de l'entente du 30 janvier.

K. *Monsieur Strother quitte le cabinet Davis*

Le 31 mars 1999, M. Strother a démissionné de son poste dans le cabinet Davis. En avril, il s'est joint à M. Darc en tant que titulaire de la moitié des actions de Sentinel. Les deux hommes ont embauché Bradley Sherman comme consultant et coordonnateur des ventes. (Jusqu'en 1997, M. Sherman avait été l'âme dirigeante de Grosvenor Park.) Monsieur Sherman et son associé, Kenneth Gordon, ont acquis des participations dans un nouvel instrument, Sentinel Hill Ventures Corporation, qui appartenait à parts égales mais indirectement à MM. Strother, Darc, Sherman et Gordon. À la suite d'une

became the primary entity promoting the Sentinel Hill-Alliance business throughout 2000 and 2001.

By the time Parliament finally ended the late-blooming film production services transactions through further amendments to the *ITA* in September 2001, Sentinel and related enterprises had closed transactions exceeding $4 billion with profits approaching $130 million. Darc and Strother had together realized total profits in excess of $64 million. Davis acted for the SHAAELP throughout and received fees exceeding $9 million.

L. *Monarch Severs Relations With Davis*

Monarch learned of Sentinel's tax ruling through word of mouth some four months after the ruling was granted. Neither Strother nor anyone else at Davis had mentioned it. Monarch, feeling betrayed, promptly severed its relationship with Davis and threatened legal action against Strother and Darc. Monarch never reentered the film production services although it took preliminary steps in that regard with the assistance of another law firm. These efforts were discontinued in mid-2001 when Monarch learned that the government was planning further amendments to the *ITA* to end such shelters for good, which Parliament did as of the end of 2001.

II. Issues

On these facts, the following issues emerge:

1. Did Strother and/or Davis breach a fiduciary duty owed to Monarch by accepting Darc/Sentinel as a new client?

autre affiliation, les promoteurs ont créé Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership (« SHAAELP ») qui est devenue l'entité principale faisant la promotion des activités commerciales de Sentinel Hill-Alliance en 2000 et 2001.

19 Lorsque le Parlement a finalement mis fin aux opérations tardives en matière de services de production cinématographique en apportant des modifications supplémentaires à la *LIR* en septembre 2001, Sentinel et ses entreprises connexes avaient effectué des opérations de plus de quatre milliards de dollars qui avaient généré des profits de près de 130 millions de dollars. Messieurs Darc et Strother avaient réalisé ensemble des profits totalisant plus de 64 millions de dollars. Le cabinet Davis a agi pour le compte de SHAAELP pendant tout ce temps et a touché des honoraires de plus de neuf millions de dollars.

L. *Monarch met fin à sa relation avec le cabinet Davis*

20 Monarch a entendu parler de la décision fiscale obtenue par Sentinel environ quatre mois après qu'elle eut été rendue. Ni M. Strother ni personne d'autre du cabinet Davis n'en avait fait mention. Se sentant trahie, Monarch a immédiatement mis fin à sa relation avec le cabinet Davis et a menacé d'intenter une action contre MM. Strother et Darc. Monarch n'a jamais repris ses activités dans le domaine des services de production cinématographique bien qu'elle ait fait des démarches préliminaires à cet égard avec l'aide d'un autre cabinet d'avocats. Elle a cessé ces démarches au milieu de 2001 lorsqu'elle a appris que le gouvernement comptait apporter d'autres modifications à la *LIR* pour éliminer définitivement ces abris, ce que le Parlement a fait à la fin de 2001.

II. Questions

21 À la lumière de ces faits, les questions suivantes se posent :

1. Monsieur Strother ou le cabinet Davis, ou les deux à la fois, ont-ils manqué à une obligation fiduciaire envers Monarch en acceptant M. Darc/Sentinel comme nouveau client?

2. Did Strother breach a fiduciary duty to Monarch by accepting a personal financial interest in Sentinel, and if so, is Davis also liable for that breach?

3. Did Strother wrongly use for his own and/or Sentinel's benefit confidential information belonging to Monarch?

4. If one or more of the above issues are resolved in favour of Monarch, what remedies lie against Strother and/or Davis and the various entities who profited by the default, if any, from 1998 to the present?

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179

22 Lowry J. dismissed Monarch's claim. While the relationship between Monarch and Strother was fiduciary in nature, Strother's duty to advise was governed by the terms of the retainer, express or implied. He was only obliged to act in Monarch's best interests in relation to the advice he was retained to give.

23 Lowry J. noted that the scope of the Davis retainer under the 1996-97 agreement was sufficiently broad to require Strother to stay apprised, and keep Monarch apprised, of all legal developments which he recognized would affect Monarch's ability to continue to promote TAPSF investments. He found that Strother's advice to Monarch, that he had no technical fix and that, even if he could devise one, he did not consider that any advance tax ruling could be obtained, was the view he in fact held throughout 1997. Strother's pessimistic view was consistent with that held by Monarch's competitors and their tax advisers. Lowry J. concluded that in 1997 Strother gave Monarch all of the advice concerning the MER and their impact on its business that was required within the scope of the Davis 1997 retainer. He also concluded, however, that in

2. Monsieur Strother a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers Monarch en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans Sentinel et, dans l'affirmative, le cabinet Davis est-il responsable de ce manquement?

3. Monsieur Strother a-t-il erronément utilisé pour son propre bénéfice ou celui de Sentinel des renseignements confidentiels appartenant à Monarch?

4. Si l'une ou plus d'une des questions qui précèdent est tranchée en faveur de Monarch, quels recours peuvent être exercés contre M. Strother ou le cabinet Davis, ou contre les deux à la fois, et les diverses entités qui, le cas échéant, ont profité du manquement depuis 1998?

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179

Le juge Lowry a rejeté l'action de Monarch. Bien que la relation entre Monarch et M. Strother ait été de nature fiduciaire, le devoir de conseil de M. Strother était régi par les conditions expresses ou implicites du mandat. L'avocat était seulement tenu d'agir dans l'intérêt de Monarch à l'égard des conseils pour lesquels on avait retenu ses services.

Le juge Lowry a fait remarquer que la portée du mandat du cabinet Davis selon l'entente de 1996-1997 était suffisamment large pour obliger M. Strother à rester informé et à garder Monarch informée de toute évolution de la loi qui, selon lui, aurait une incidence sur la capacité de Monarch de continuer à faire la promotion d'investissements dans les SPCAF. Il a conclu que l'avis que M. Strother a donné à Monarch, selon lequel il n'avait pas de solution technique à proposer et que, même s'il pouvait en trouver une, il n'estimait pas pouvoir obtenir une décision anticipée en matière d'impôt, reflétait effectivement l'opinion qu'il a eue pendant toute l'année 1997. Le point de vue pessimiste de M. Strother concordait avec celui des concurrents de Monarch et de leurs conseillers fiscaux. Le juge Lowry a conclu qu'en 1997 M. Strother avait

"the latter part of 1997", when "those at Monarch looked to Mr. Strother for ideas on what, if anything, they could do . . . Strother suggested some alternative tax-assisted business opportunities that could be explored. A decision was taken to defer consideration" until 1998 (para. 96).

donné à Monarch tous les conseils concernant les RDR et leurs conséquences sur les activités de la société qu'il était requis de donner aux termes du mandat du cabinet Davis en 1997. Toutefois, il a aussi conclu qu'à [TRADUCTION] « la fin de 1997 », lorsque « les gens de Monarch se sont adressés à M. Strother pour obtenir des idées sur ce qu'ils pourraient, le cas échéant, faire [. . .] [M.] Strother a indiqué que d'autres occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale pouvaient être examinées. On a pris la décision d'attendre à [1998] pour faire cet examen » (par. 96).

The Davis retainer in 1998 was decidedly different from what it had been in 1997. There was no continuing contractual requirement for Davis to act exclusively for Monarch. Lowry J. held that after 1997, Strother was not obliged to provide any advice to Monarch that was not specifically sought and that he agreed to give. Strother was not, on any account, required to disclose information of a competitive nature pertaining to the basis of the Sentinel Hill advance tax ruling request. Strother was free to be consulted by Darc in January 1998, and Davis was free to act for Sentinel thereafter.

24 En 1998, le mandat du cabinet Davis était nettement différent de celui de 1997. Le cabinet Davis n'avait plus d'obligation contractuelle d'agir exclusivement pour le compte de Monarch. Le juge Lowry a conclu qu'après 1997 M. Strother devait donner des conseils à Monarch uniquement si celle-ci les sollicitait expressément et s'il acceptait de les lui donner. Monsieur Strother n'était, en aucun cas, tenu de divulguer des renseignements de nature concurrentielle au sujet du fondement de la demande de décision anticipée en matière d'impôt présentée par Sentinel Hill. Monsieur Strother pouvait être consulté par M. Darc en janvier 1998, et le cabinet Davis était libre d'agir par la suite pour le compte de Sentinel.

Lowry J. observed that solicitors do not generally carry an ongoing obligation to alter advice given under a concluded retainer because of a subsequent change of circumstances provided the advice, when given, was correct. Lowry J. concluded that, in 1998, there was no advice Strother was required to give Monarch about how the s. 18.1(15)(*b*) exception might be used in a film production services scheme. Moreover, neither Darc nor Strother breached any confidences owed to Monarch. Monarch had not established that its financing structure was held in confidence. With respect to transaction documentation, Lowry J. held that solicitors are entitled to use documentation they have prepared in the course of an earlier retainer providing that by their doing so information is not disclosed which remains confidential to the client for whom the documentation was initially prepared. Lowry J. did not consider that Monarch

25 Le juge Lowry a fait remarquer que les avocats ne demeurent généralement pas tenus de modifier, à la suite d'un changement de circonstances, l'avis qu'ils ont donné dans le cadre d'un mandat terminé, pourvu que cet avis ait été juste au moment où il a été donné. Le juge Lowry a conclu qu'en 1998 M. Strother n'était pas tenu de conseiller Monarch sur la façon dont l'exception prévue à l'al. 18.1(15)*b*) pourrait être utilisée dans un régime de services de production cinématographique. De plus, ni M. Darc ni M. Strother n'a manqué à son devoir de confidentialité envers Monarch. Cette dernière n'avait pas établi que sa structure financière était confidentielle. En ce qui concerne la documentation relative aux opérations, le juge Lowry a décidé que les avocats ont le droit d'utiliser la documentation qu'ils ont préparée dans le cadre d'un mandat antérieur pourvu que, ce faisant, ils ne divulguent pas des renseignements qui sont gardés confidentiellement

had made out a case for a return of the fees paid to Davis.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury, Hall and Oppal JJ.A.)* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35 ("BCCA #1")

26 The appeal was allowed in part.

27 The court concluded that the duty of loyalty was breached by Strother in this case, and that even accepting the facts found by the trial judge, the dismissal of Monarch's claims against him could not stand. Strother was in a position of conflict in two senses — a conflict of duty between two current clients, Monarch and Sentinel, and a conflict of interest between Strother himself and Monarch, his client through 1998.

28 Newbury J.A. noted that although the term of the exclusivity/fee agreement had expired at the end of 1997, the solicitor-client relationship between Monarch and Davis continued, without the negotiation of a new written agreement. The relationship now took the form more usual between corporate clients and law firms: Monarch consulted as necessary on various matters from time to time and Strother provided advice, or seconded other lawyers to do so according to their expertise, and billed on the basis of the firm's usual hourly rates.

29 When Monarch asked "what could be done", it was entitled to an honest and complete answer, whether or not Strother had a file open for another client for continuing TAPSF work. The fact that Monarch did not ask about s. 18.1(15)(*b*) specifically, or seek repeated confirmations that Strother had not yet become aware of the possibility of a "technical fix", was not conclusive of his duty to respond candidly.

par le client pour lequel ils l'ont initialement préparée. Le juge Lowry n'a pas estimé que Monarch avait établi qu'elle avait droit au remboursement des honoraires versés au cabinet Davis.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Hall et Oppal)* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35 (« C.A.C.-B. n° 1 »)

L'appel a été accueilli en partie.

La cour a conclu que M. Strother avait manqué à son devoir de loyauté en l'espèce et que, même si on retenait les conclusions de fait tirées par le juge de première instance, le rejet des demandes de Monarch visant l'avocat ne pouvait être maintenu. Monsieur Strother était de deux manières en situation de conflit — conflit de devoirs envers deux de ces clientes, Monarch et Sentinel, et conflit d'intérêts entre lui-même et Monarch, qui a été sa cliente jusqu'en 1998 inclusivement.

La juge Newbury a souligné que, même si l'entente concernant l'exclusivité et les honoraires était expirée à la fin de 1997, la relation avocat-client liant Monarch et le cabinet Davis se poursuivait, en l'absence de négociation d'une nouvelle entente écrite. La relation prenait désormais la forme plus courante qui existe entre une société cliente et un cabinet d'avocats : Monarch consultait au besoin sur diverses questions et M. Strother donnait des conseils, ou aidait des collègues à le faire selon leur expertise, et facturait ses services selon le tarif horaire habituel du cabinet.

Quand Monarch a demandé [TRADUCTION] « ce qui pourrait être fait », elle avait droit à une réponse honnête et complète, peu importe que M. Strother ait également travaillé pour un autre client relativement à des activités de SPCAF. Le fait que Monarch n'ait pas expressément posé de questions au sujet de l'al. 18.1(15)*b*) ou n'ait pas tenté à maintes reprises de se faire confirmer que M. Strother n'avait pas encore pris connaissance de la possibilité d'apporter une « solution technique » n'a pas eu pour effet de libérer celui-ci de son obligation de répondre avec franchise.

In Newbury J.A.'s view, the trial judge also erred in law in concluding that Strother was under no obligation to advise Monarch of the possibility that TAPSF syndication would be revived or that Monarch should seek advice elsewhere. As soon as Strother and Darc entered into their agreement in January 1998, Strother was in a position of personal conflict — whether or not his entitlement to a "profit" or "equity" participation was immediate or contingent on obtaining a ruling. It was in his personal interest to ensure that Monarch remained ignorant of what he knew — that a "technical fix" based on s. 18.1(15)(*b*) was a possibility.

Newbury J.A. concluded, "[a]fter much anxious consideration", that Strother was "required to account for and disgorge to Monarch all benefits, profits, interests and advantages he ha[d] received or which he [might] hereafter be entitled to receive, directly or indirectly . . . from or through any of the Sentinel Hill Entities" (para. 61). She directed a reference for this purpose. She further declared Strother, the Sentinel Hill entities and other defendants owned or controlled by him to be constructive trustees in favour of Monarch in respect of the profits, interests and benefits in question. No direct liability on the Sentinel Hill entities was warranted beyond the accounting already ordered.

C. *Supplementary Decision (Newbury, Hall and Levine JJ.A.)* (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 2005 BCCA 385 ("BCCA #2")

As to the vicarious liability of Davis, Newbury J.A. stated that equity would not generally order an accounting or disgorgement by an innocent person who had not received any of the profits resulting from the wrong. In the result, she dismissed Monarch's claim that Davis be required, jointly and severally with Strother, to account for the profits and benefits received or receivable by Strother from Sentinel Hill. However, she held that different considerations applied to Monarch's claim that Davis disgorge the profits *it* earned in the form of legal fees as a result of acting for Sentinel Hill in

Selon la juge Newbury, le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en concluant que M. Strother n'avait aucune obligation d'informer Monarch de la possibilité de reprendre la consortialisation relative aux SPCAF ou de demander conseil ailleurs. Dès que MM. Strother et Darc eurent conclu leur entente en janvier 1998, M. Strother était en situation de conflit personnel — peu importe que son droit aux « profits » ou aux « actions » ait été instantané ou conditionnel à l'obtention d'une décision. Il était dans son intérêt personnel de s'assurer que Monarch continue d'ignorer ce qu'il savait, c'est-à-dire qu'une « solution technique » fondée sur l'al. 18.1(15)*b*) était possible. 30

La juge Newbury a conclu, [TRADUCTION] « [a]près mûre réflexion », que M. Strother était « tenu de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices, profits, intérêts et avantages qu'il a[vait] reçus ou qu'il pourra[it] dorénavant avoir le droit de recevoir, directement ou indirectement [. . .], des entités Sentinel Hill ou par l'intermédiaire de celles-ci, et de les lui restituer » (par. 61). Elle a ordonné un renvoi en ce sens. Elle a de plus déclaré M. Strother, les entités Sentinel Hill et d'autres défenderesses qui lui appartenaient ou qu'il contrôlait fiduciaires par interprétation en faveur de Monarch à l'égard des profits, intérêts et bénéfices en cause. Outre la reddition de compte déjà ordonnée, il ne convenait pas d'imputer une responsabilité directe aux entités Sentinel Hill. 31

C. *Décision supplémentaire (les juges Newbury, Hall et Levine)* (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 2005 BCCA 385 (« C.A.C.-B. n° 2 »)

En ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui du cabinet Davis, la juge Newbury a affirmé qu'en général l'equity ne requiert pas qu'on ordonne une reddition de compte ou une restitution par une personne innocente qui n'a tiré aucun profit de l'acte fautif. En définitive, elle a rejeté la demande de Monarch visant à obliger le cabinet Davis à rendre compte, conjointement et solidairement avec M. Strother, des profits et bénéfices que ce dernier a reçus ou doit recevoir de Sentinel Hill. Elle a toutefois jugé que des considérations différentes s'appliquaient à la demande de Monarch 32

conflict with its duty to its original client, Monarch. Although it did not appear that the partners of the firm were aware of the advice Strother was giving, liability was imposed on the basis of vicarious liability. Accordingly, Newbury J.A. ordered that the law firm account for and disgorge the profits it earned from acting for Sentinel Hill in breach of its duty to Monarch from and after January 1, 1998.

visant à obliger le cabinet Davis à restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'*il* a réalisés en fournissant à Sentinel Hill des services incompatibles avec l'obligation qu'il avait envers sa cliente initiale, Monarch. Bien qu'il ne se soit pas avéré que les associés du cabinet étaient au courant du conseil que donnait M. Strother, ils ont été jugés responsables du fait d'autrui. Par conséquent, la juge Newbury a ordonné que le cabinet d'avocats rende compte des profits qu'il avait réalisés à partir du 1er janvier 1998 en agissant pour le compte de Sentinel Hill contrairement à son obligation envers Monarch, et qu'il restitue ces profits.

33 The Court of Appeal dismissed Monarch's appeal from the trial judge's rejection of its claim that the fees (some $5,600,000) it had paid to Davis between 1993 and 1999 should be returned to it. However, the court ordered that Davis return to Monarch all fees (not including disbursements) paid by Monarch from January 1, 1998 onwards.

La Cour d'appel a rejeté l'appel que Monarch a interjeté contre le rejet par le juge de première instance de sa demande de remboursement des honoraires (quelque 5,6 millions de dollars) qu'elle a versés au cabinet Davis entre 1993 et 1999. La cour a cependant ordonné que le cabinet Davis rembourse à Monarch tous les honoraires (excluant les débours) que celle-ci lui a versés depuis le 1er janvier 1998.

IV. Analysis

IV. Analyse

34 When a lawyer is retained by a client, the scope of the retainer is governed by contract. It is for the parties to determine how many, or how few, services the lawyer is to perform, and other contractual terms of the engagement. The solicitor-client relationship thus created is, however, overlaid with certain fiduciary responsibilities, which are imposed as a matter of law. The Davis factum puts it well:

> The source of the duty is not the retainer itself, but all the circumstances (including the retainer) creating a relationship of trust and confidence from which flow obligations of loyalty and transparency. [para. 95]

Not every breach of the contract of retainer is a breach of a fiduciary duty. On the other hand, fiduciary duties provide a framework within which the lawyer performs the work and may include obligations that go beyond what the parties expressly bargained for. The foundation of this branch of the law

Lorsqu'un client retient les services d'un avocat, la portée du mandat de l'avocat est déterminée par contrat. Il appartient aux parties de déterminer le nombre, petit ou grand, des services que l'avocat devra fournir, ainsi que les autres conditions du contrat. La relation avocat-client ainsi créée est cependant assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit. Le mémoire du cabinet Davis le précise avec justesse :

> [TRADUCTION] La source de l'obligation est non pas le mandat lui-même, mais toutes les circonstances (y compris le mandat) qui créent un rapport de confiance dont découlent des devoirs de loyauté et de transparence. [par. 95]

Les violations du mandat ne constituent pas toutes un manquement à une obligation fiduciaire. Par contre, les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément

is the need to protect the integrity of the administration of justice: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at pp. 1243 and 1265. "[I]t is of high public importance that public confidence in that integrity be maintained": *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70, at para. 12.

Fiduciary responsibilities include the duty of loyalty, of which an element is the avoidance of conflicts of interest, as set out in the jurisprudence and reflected in the *Rules of Practice of The Law Society of British Columbia*. As the late Hon. Michel Proulx and David Layton state, "[t]he leitmotif of conflict of interest is the broader duty of loyalty": *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at p. 287.

In recent years as law firms have grown in size and shrunk in numbers, the courts have increasingly been required to deal with claims by clients arising out of alleged conflicts of interest on the part of their lawyers. Occasionally, a law firm is caught innocently in crossfire between two or more clients. Sometimes the claim of conflict is asserted for purely tactical reasons, an objectionable practice criticized in *Neil* at paras. 14-15, and a factor to be taken into account by a court in determining what relief if any is to be accorded: *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22. Sometimes, however, the dilemma is of the lawyer's own making. Here the firm's position was compromised by the personal conflict of a lawyer (Strother) who, contrary to the instructions of Davis's managing partner, contracted for a personal financial interest in one client (Sentinel) whose interest he then preferred over another client (Monarch) who now sues for compensation. In that regard, Monarch relies upon the well-known proposition endorsed by Professors Waters that:

négocié. Ce domaine du droit repose sur la nécessité de maintenir l'intégrité de l'administration de la justice : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1243 et 1265. « [I]l est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité » : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70, par. 12.

35 Les responsabilités fiduciaires incluent le devoir de loyauté — comportant l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts — qui est énoncé dans la jurisprudence et qui ressort des *Rules of Practice of The Law Society of British Columbia*. Comme feu le juge Michel Proulx et David Layton l'ont affirmé, [TRADUCTION] « [l]e leitmotiv en matière de conflit d'intérêts est le devoir général de loyauté » : *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 287.

36 En raison de l'augmentation de la taille des cabinets d'avocats et de la diminution de leur nombre, les cours ont de plus en plus été appelées, au cours des dernières années, à examiner les demandes de clients qui alléguaient que leurs avocats étaient en situation de conflit d'intérêts. Il arrive qu'un cabinet d'avocats soit la victime innocente d'un feu croisé entre deux ou plusieurs clients. L'allégation de conflit est parfois fondée sur des raisons purement stratégiques, pratique condamnable critiquée dans l'arrêt *Neil*, aux par. 14-15, et facteur qu'une cour doit prendre en considération pour déterminer quelle réparation, s'il y a lieu, doit être accordée : *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin c. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22. Cependant, il arrive que ce soit l'avocat lui-même qui crée le dilemme. En l'espèce, la situation du cabinet était compromise par le conflit personnel d'un avocat (M. Strother) qui, contrairement aux directives de l'associé directeur général du cabinet Davis, avait conclu un contrat lui conférant un intérêt financier personnel dans l'un de ses clients (Sentinel), dont il a privilégié les intérêts au détriment de ceux d'un autre client (Monarch) qui intente maintenant une action en indemnisation. Monarch invoque à cet égard l'affirmation bien connue entérinée par le professeur Waters, selon laquelle

The other (the beneficiary) is entitled to expect that the fiduciary will be concerned solely for the beneficiary's interests, never the fiduciary's own.

(D. W. M. Waters, "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 81, at p. 83)

See, in particular, *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. The point was restated in the context of lawyers in *Neil*, at para. 24: "Loyalty includes putting the client's business ahead of the lawyer's business." It was on this basis that Monarch succeeded in the British Columbia Court of Appeal.

37 Robert Strother appeals to this Court. In his view, he breached no fiduciary duty to Monarch. His position is that once the "exclusivity" arrangement terminated at the end of 1997, he and Davis were free to take on new clients seeking to exploit what was left of the tax-assisted film production services market. He protests that the judgment of the Court of Appeal leaves the reader with the impression that he was "watching the clock" in order to begin working with Darc and Sentinel the moment the Monarch exclusivity provision expired (Strother factum, at para. 25). I do not think the Court of Appeal subscribed to such a conspiracy theory. Their focus was on the 1998 retainer, which is where the focus should be. As Strother sees it, he was under no duty in 1998 (unless specifically asked) to correct the advice he had given to Monarch in 1997 (which he believed to be correct at the time it was given) that he had "no fix" to the government measures designed to terminate film production services tax shelters. As 1997 ended and 1998 began, a page was turned and, in his view, neither Davis as a firm nor Strother as a partner of the firm owed any fiduciary duty to Monarch that could give rise to liability to Monarch.

[TRADUCTION] [l']autre personne (le bénéficiaire) a le droit de s'attendre à ce que le fiduciaire ne se préoccupe que de ses intérêts à elle, jamais de ses intérêts à lui.

(D. W. M. Waters, « The Development of Fiduciary Obligations », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 81, p. 83)

Voir notamment l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. Cette idée a été reprise au sujet des avocats dans l'arrêt *Neil*, par. 24 : « La loyauté signifie notamment que l'avocat place les affaires de son client au premier rang, en priorité sur ses propres affaires. » C'est pour cette raison que Monarch a eu gain de cause devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Robert Strother se pourvoit devant notre Cour. Il estime n'avoir manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch. Il soutient que, dès que l'entente d'« exclusivité » a expiré à la fin de 1997, le cabinet Davis et lui étaient libres de prendre de nouveaux clients qui cherchaient à exploiter ce qu'il restait du marché des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Il fait valoir que le jugement de la Cour d'appel donne au lecteur l'impression qu'il [TRADUCTION] « attendait que le temps passe » pour commencer à travailler avec M. Darc et Sentinel dès que la clause d'exclusivité en faveur de Monarch serait expirée (mémoire de M. Strother, par. 25). Je ne crois pas que la Cour d'appel ait souscrit à cette théorie du complot. Elle a mis l'accent, comme cela devrait être fait, sur le mandat de 1998. Monsieur Strother estime qu'en 1998 il n'était pas tenu (à moins qu'on lui en fasse expressément la demande) de rectifier l'avis donné à Monarch en 1997 (qu'il croyait être juste au moment où il l'a donné), selon lequel il n'avait « pas de solution » pour contrer les mesures gouvernementales destinées à mettre fin aux abris fiscaux concernant les services de production cinématographique. La page avait tourné au moment où l'année 1997 avait pris fin et où l'année 1998 avait commencé, et M. Strother estimait que ni Davis, en tant que cabinet, ni lui-même, en tant qu'associé du cabinet, n'avait envers Monarch une obligation fiduciaire susceptible d'engager une responsabilité envers cette dernière.

Davis, for its part, joins in the grounds of appeal urged by Strother but in addition distances itself from the consequences of Strother's personal financial involvement with Darc and Sentinel, which its managing partner had expressly prohibited in August 1998.

A. *The Scope of the 1998 Retainer*

A critical issue in this case is the scope of Monarch's contractual retainer with Davis in 1998. Davis acknowledges "that a solicitor's duty of single-minded loyalty to his client's interest had its roots in the fiduciary nature of the solicitor-client relationship but that duty '. . . may have to be moulded and informed by the terms of the contractual relationship'" (Davis factum, at para. 80, citing *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.)). At para. 30 of the *Hilton* case, Lord Walker elaborated:

> On this issue of liability both sides have been content for the case to be dealt with as a claim for breach of contract. However, the content of BBE's contractual duty, so far as relevant to this case, has roots in the parties' relationship of trust and confidence.

Here, too, the claim arises out of "the parties' relationship of trust and confidence" but the case is pleaded as a breach of the fiduciary duty of loyalty rather than breach of contract. The critical findings of fact of the trial judge as to the scope of the retainer include the following:

> In 1998, Mr. Strother's contact with Monarch was quite limited but, arising out of suggestions he made during 1997 regarding the possibility of exploring alternative tax-assisted business opportunities, he was consulted to some extent by Mr. Knutson and Mr. Cheikes.
>
> . . .
>
> During the latter part of 1997, those at Monarch looked to Mr. Strother for ideas on what, if anything,

38 Pour sa part, le cabinet Davis souscrit aux moyens d'appel invoqués par M. Strother, mais prend ses distances à l'égard des conséquences des liens financiers personnels de M. Strother avec M. Darc et Sentinel, liens que son associé directeur général lui avait expressément interdit d'avoir en août 1998.

A. *La portée du mandat de 1998*

39 La portée du mandat que Monarch a confié au cabinet Davis en 1998 est cruciale en l'espèce. Le cabinet Davis reconnaît [TRADUCTION] « que le devoir de loyauté indéfectible de l'avocat envers son client résultait de la nature fiduciaire de la relation avocat-client, mais que ce devoir "[. . .] peut devoir être façonné par les conditions de la relation contractuelle" » (mémoire du cabinet Davis, par. 80, citant l'arrêt *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.)). Au paragraphe 30 de l'arrêt *Hilton*, lord Walker a précisé sa pensée :

> [TRADUCTION] Quant à cette question de la responsabilité, les deux parties ont accepté que l'affaire soit traitée comme une action pour inexécution de contrat. Cependant, le contenu de l'obligation contractuelle de BBE, dans la mesure où il est pertinent en l'espèce, tient au rapport de confiance entre les parties.

40 Dans le cas qui nous occupe, la demande résulte aussi du « rapport de confiance entre les parties », mais l'affaire est plaidée comme un manquement au devoir fiduciaire de loyauté plutôt que comme une inexécution de contrat. Les conclusions de fait cruciales que le juge de première instance a tirées au sujet de la portée du mandat sont notamment les suivantes :

> [TRADUCTION] En 1998, les échanges entre M. Strother et Monarch ont été très limités mais, à la suite des suggestions qu'il avait faites en 1997 au sujet de la possibilité d'examiner s'il existait d'autres occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale, il a été consulté dans une certaine mesure par MM. Knutson et Cheikes.
>
> . . .
>
> À la fin de 1997, les gens de Monarch se sont adressés à M. Strother pour obtenir des idées sur ce qu'ils

they could do with Monarch's resources in light of the fact that tax-sheltered financing and their production services investment business was ended. Mr. Strother suggested some alternative tax-assisted business opportunities that could be explored. A decision was taken [by Mr. Strother] to defer consideration to the new year and that led to Mr. Knutson, and then later Mr. Cheikes, consulting Mr. Strother in 1998. [Emphasis added; paras. 32 and 96.]

pourraient, le cas échéant, faire des ressources de l'entreprise compte tenu du fait qu'elle avait mis fin à ses activités de financement exonéré d'impôt et d'investissement dans des services de production. Monsieur Strother a indiqué que d'autres occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale pouvaient être examinées. [Monsieur Strother] a pris la décision d'attendre à la nouvelle année pour faire cet examen, et c'est ce qui a amené M. Knutson, puis M. Cheikes, à consulter M. Strother en 1998. [Je souligne; par. 32 et 96.]

Where a retainer has not been reduced to writing (as was the case with the 1998 retainer here) and no exclusions are agreed upon, as here, the scope of the retainer may be unclear. The court should not in such a case strain to resolve the ambiguities in favour of the lawyer over the client. The subject matter of the retainer here was, as it had been for years, "tax-assisted business opportunities". It was not to sell an office building, draft an informatics contract or perform other legal services unrelated to the subject matter of the earlier advice. The trial judge exonerated Strother by placing the emphasis on Monarch's interest in "alternative" tax opportunities, but of course Monarch only considered "alternative" tax opportunities because Strother had given categorical advice that the tax-assisted film production services business in which Strother had profitably been advising Monarch since 1993 was unequivocally dead.

Lorsqu'un mandat n'est pas consigné par écrit (comme c'est le cas du mandat de 1998 en l'espèce) et qu'aucune exclusion n'est convenue, comme c'est le cas en l'espèce, la portée du mandat peut être ambiguë. Dans une telle situation, la cour ne devrait pas s'efforcer de dissiper les ambiguïtés d'une manière favorable à l'avocat, au détriment du client. Dans la présente affaire, le mandat consistait, comme c'était le cas depuis des années, à trouver des « occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale ». Il ne consistait pas à vendre un immeuble de bureaux, à rédiger un contrat d'informatique ou à fournir d'autres services juridiques n'ayant aucun rapport avec le conseil donné antérieurement. Le juge de première instance a innocenté M. Strother en mettant l'accent sur l'intérêt de Monarch dans « d'autres » occasions d'affaires, mais il est évident que Monarch n'a envisagé « d'autres » occasions d'affaires que parce que M. Strother avait exprimé l'avis catégorique que le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale, dans lequel il donnait des conseils lucratifs à Monarch depuis 1993, était clairement au point mort.

41 I believe, as did the Court of Appeal, that the trial judge erred in drawing so narrowly the *legal* effect of his *factual* finding that the retainer dealt with tax-assisted business opportunities, alternative or otherwise. (In fact Strother's position is that what he pursued on behalf of Sentinel in 1998 *was* an alternative tax-assisted business opportunity and not the same TAPSF scheme as he had pronounced dead in 1997.) Monarch was a major Davis client of long standing. It had been Strother's biggest source of billings for years. It was in the business of marketing tax schemes whose success turned on Strother's expertise in finding a "way [to

À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur en décrivant de manière si restrictive l'effet *juridique* de sa conclusion *factuelle* que le mandat portait sur des occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale, qu'il s'agisse ou non d'autres occasions d'affaires. (En fait, M. Strother estime que ce qu'il cherchait pour le compte de Sentinel en 1998 *était* une autre occasion d'affaires donnant droit à une aide fiscale et non le même mécanisme de SPCAF qu'il avait qualifié de chose du passé en 1997.) Monarch était depuis longtemps une cliente importante du cabinet Davis. Elle était, depuis des années, la

get] around the rules" (to borrow a phrase from Cheikes (BCCA #1, at para. 14). Strother's factum emphasizes nice distinctions between tax credits, tax shelters and so on (para. 24) but I do not think this oral retainer can or ought to be parsed so closely.

principale cliente de M. Strother. L'entreprise se spécialisait dans la commercialisation de mécanismes fiscaux dont le succès dépendait de l'expertise de M. Strother en matière de moyens de [TRADUCTION] « contourner les règles » (pour reprendre l'expression de M. Cheikes (C.A.C.-B. nº 1, par. 14). Le mémoire de M. Strother met l'accent sur des distinctions subtiles entre crédits d'impôt, abris fiscaux et ainsi de suite (par. 24), mais je ne crois pas que l'on puisse ou doive analyser aussi minutieusement ce mandat verbal.

Nor can I agree with the Chief Justice when she characterizes the legal obligation arising out of the 1998 retainer as follows:

42 Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion de la Juge en chef lorsqu'elle qualifie ainsi l'obligation juridique découlant du mandat de 1998 :

> Only if Monarch had specifically asked Strother for advice on new film tax-shelter opportunities and Strother had agreed to give that advice, could Strother have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel Hill. [para. 145]

> Ce n'est que si Monarch avait expressément demandé à M. Strother de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d'abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que M. Strother aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l'aurait placé en situation de conflit d'intérêts avec Sentinel Hill. [par. 145]

Monarch's tax business was in a jam. Strother was still its tax lawyer. There was a continuing "relationship of trust and confidence". Monarch was dealing with professional advisors, not used car salesmen or pawnbrokers whom the public may expect to operate on the basis of "didn't ask, didn't tell", and who collectively suffer a corresponding deficit in trust and confidence. Therein lies one of the differences between a profession and some businesses.

Les affaires de Monarch en matière fiscale allaient mal et M. Strother était toujours son avocat fiscaliste. Il existait un « rapport de confiance » soutenu. Monarch traitait avec des conseillers professionnels et non avec des vendeurs de voitures usagées ou des prêteurs sur gages, au sujet desquels la population pourrait s'attendre à ce qu'ils appliquent la politique du « on m'a rien demandé, j'ai rien dit » et qui, de ce fait, suscitent collectivement la méfiance. Voilà notamment ce qui différencie une profession d'une occupation quelconque.

In my view, subject to confidentiality considerations for other clients, if Strother knew there was still a way to continue to syndicate U.S. studio film production expenses to Canadian investors on a tax-efficient basis, the 1998 retainer entitled Monarch to be told that Strother's previous negative advice was now subject to reconsideration.

43 Sous réserve de considérations de confidentialité pour d'autres clients, j'estime que, si M. Strother savait qu'il existait encore un moyen de continuer de céder à un consortium d'investisseurs canadiens, de manière avantageuse sur le plan fiscal, les dépenses de production cinématographique de studios américains, Monarch avait, en vertu du mandat de 1998, le droit d'être informée que l'avis négatif antérieur de M. Strother ne tenait plus.

It is this contractual duty that came into conflict with Strother's personal financial interest when he took a major stake in Sentinel which was, as

44 C'est cette obligation contractuelle qui est entrée en conflit avec l'intérêt financier personnel de M. Strother au moment où il a acquis une participation

Newbury J.A. pointed out, a competitor in a small market where experience showed that, even limited, competition could lead to a rapid erosion of market share.

B. *Breach of the 1998 Retainer*

45 The trial judgment, as stated, was premised on the finding that Monarch did not specifically ask about the possible revival of TAPSF-type shelters in 1998. I agree with the trial judge that *generally* a lawyer does not have a duty to alter a past opinion in light of a subsequent change of circumstances. This was discussed by W. M. Estey in *Legal Opinions in Commercial Transactions* (2nd ed. 1997), at p. 519:

> Thus, where an opinion was correct on the date on which it was given but subsequently becomes erroneous due to a change in the law or in the facts upon which the opinion was based, the opining lawyer is not liable for failing to warn the addressee, at the later date, of the effect resulting from the changed circumstances.

The rationale behind the general rule is that a legal opinion speaks as of its date, and that being the case, a lawyer is only obligated to exercise due care in rendering an opinion based on the legal and factual circumstances existing at that time. A client cannot assume that the lawyer's opinion has an indefinite shelf life.

46 There are, however, exceptions to the general rule. As Deschamps J. stated in *Côté v. Rancourt*, [2004] 3 S.C.R. 248, 2004 SCC 58, the "boundaries of [a lawyer's] duty to advise will depend on the circumstances" (para. 6). The issue here was not so much a duty to alter a past opinion, as it was part of Strother's duty to provide candid advice on all matters relevant to the *1998* retainer: *Neil*, at para. 19. It appears that Lowry J. turned his mind to this exception to the general rule when he stated that a lawyer is not obligated to "alter advice given under a concluded retainer" (para. 121 (emphasis

importante dans Sentinel qui, comme l'a fait remarquer la juge Newbury, était un concurrent dans un petit marché où l'expérience démontrait que, même limitée, la concurrence risquait d'entraîner l'effritement rapide d'une part de marché.

B. *Violation du mandat de 1998*

Comme nous l'avons vu, le jugement de première instance repose sur la conclusion qu'en 1998 Monarch n'avait pas expressément posé de questions au sujet de la possibilité d'utiliser de nouveau les abris de type SPCAF. Je conviens avec le juge de première instance qu'un avocat n'est *généralement* pas tenu de modifier, à la suite d'un changement de circonstances, l'avis qu'il a donné antérieurement. W. M. Estey a analysé cette question dans *Legal Opinions in Commercial Transactions* (2e éd. 1997), p. 519 :

> [TRADUCTION] Ainsi, lorsqu'un avis était juste à la date à laquelle il a été donné, mais qu'il devient par la suite erroné en raison d'un changement de la loi ou des faits sur lesquels il était fondé, l'avocat qui l'a donné n'est pas responsable d'avoir omis ultérieurement d'informer la personne à qui l'avis a été donné de l'effet du changement de circonstances.

Le raisonnement qui sous-tend cette règle générale est qu'un avis juridique est valable à la date à laquelle il est donné, et qu'un avocat est ainsi uniquement tenu de faire preuve de diligence raisonnable lorsqu'il donne un avis fondé sur les circonstances juridiques et factuelles alors existantes. Un client ne peut présumer que l'avis de l'avocat est valable indéfiniment.

Il existe cependant des exceptions à cette règle générale. Comme l'a dit la juge Deschamps dans l'arrêt *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, 2004 CSC 58, les « limites du devoir de conseil [d'un avocat] varient selon les circonstances » (par. 6). La question en litige dans la présente affaire n'était pas tant le devoir de modifier un avis donné antérieurement, étant donné que M. Strother avait notamment le devoir de conseiller avec franchise sur toutes les questions pertinentes quant au mandat de *1998* : *Neil*, par. 19. Il appert que le juge Lowry a tenu compte de cette exception à la

added)). Here Monarch's retainer of Davis was *not* a concluded retainer. The written 1997 retainer had come to an end but the solicitor-client relationship based on a continuing (if more limited) retainer carried on into 1998 and 1999. As Deschamps J. further observed in *Côté*, "the obligational content of the lawyer-client relationship is not necessarily circumscribed by the object of the mandate" (para. 6). The *Côté* approach is not consistent with the "didn't ask, didn't tell" approach taken by the trial judge. Strother was meeting with Monarch to brainstorm tax schemes and knew perfectly well Monarch would be vitally interested in Strother's re-evaluation of the tax potential of the MER. The duty to advise Monarch required Strother and Davis, as a term of the 1998 retainer, if not expressed (as claimed by Monarch) then certainly implied, to explain to Monarch that Strother's earlier advice had been overtaken by events and would have to be revisited. Indeed, Strother discussed this concern with another partner at Davis, Rowland K. McLeod who testified in cross-examination as follows:

A. I did consider whether or not Monarch could be told and I guess that would include should be told. . . . And my recollection is that Mr. Strother came to me before a meeting that he was going to have with Mr. Knutson [a principal of Monarch] and we discussed and considered whether or not Monarch could be told [that the previous advice about "no fix" had been premature], and my, my recollection was that we didn't reach a consensus on what could be done and he was going to play it by ear. . . . He was afraid Mr. Knutson was going to ask him.

Q. When was that?

A. It was in, I think it was June of 1998. . . . We discussed it, came to no conclusion. He went to the meeting, told me either later that day or the next

règle générale lorsqu'il a affirmé qu'un avocat n'est pas tenu de [TRADUCTION] « modifier l'avis qu'il a donné dans le cadre d'un mandat terminé » (par. 121 (je souligne)). En l'espèce, le mandat confié au cabinet Davis par Monarch *n'était pas* un mandat terminé. Le mandat écrit de 1997 était terminé, mais la relation avocat-client fondée sur un mandat en cours (quoique plus limité) s'est poursuivie en 1998 et 1999. Comme l'a ajouté la juge Deschamps dans l'arrêt *Côté*, « le contenu obligationnel de la relation avec un avocat n'est pas nécessairement limité à l'objet du mandat » (par. 6). La méthode de l'arrêt *Côté* n'est pas compatible avec celle du « on m'a rien demandé, j'ai rien dit » que le juge de première instance a adoptée. Monsieur Strother rencontrait Monarch pour explorer des mécanismes fiscaux et il savait très bien que sa réévaluation du potentiel fiscal des RDR intéresserait énormément Monarch. En tant que condition — qui à défaut d'être explicite (comme le prétend Monarch) était tout au moins sûrement implicite — du mandat de 1998, le devoir de conseiller Monarch obligeait M. Strother et le cabinet Davis à expliquer à Monarch que l'avis antérieur de M. Strother n'était plus valable à la suite de certains événements et devrait être corrigé. En fait, M. Strother a examiné cette question avec un autre associé du cabinet Davis, Rowland K. McLeod, qui a déclaré ce qui suit en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

R. Je me suis effectivement demandé si on pouvait ou non le dire à Monarch et je suppose que cela signifiait également si on devait lui dire [. . .] Et je me souviens que M. Strother est venu me voir avant de se rendre à une réunion avec M. Knutson [un dirigeant de Monarch] et nous nous sommes demandés si on pouvait dire à Monarch [que l'avis antérieur concernant l'absence de solution avait été donné prématurément], et je me souviens que nous ne nous sommes pas entendus sur ce qui pouvait être fait, et qu'il improviserait [. . .] Il craignait que M. Knutson lui pose la question.

Q. Quand cela s'est-il produit?

R. C'était, je pense, en juin 1998 [. . .] Nous en avons discuté, mais nous ne sommes arrivés à aucune conclusion. Il s'est rendu à la réunion et m'a dit,

day, that the issue had not arisen. [Emphasis added.]

(Davis's A.R., at p. 196)

McLeod continued:

A. The nature of the, the, the nature of the discussion was, he was going to meet with Monarch. He was concerned that Mr. Knutson would raise the question of is there a way around the, whatever the change in the law was. [Emphasis added.]

(Davis's A.R., at p. 198)

The fact that Strother and McLeod discussed what should be said if Monarch put the right question ("is there a way around . . .?") recognized that Strother appreciated that his modified view about the potential of the s. 18.1(15)(*b*) exception would likely be of continuing interest and importance to Monarch because Monarch was still looking to him for advice in rebuilding its shattered tax-related business. At that point, of course, Strother had every interest in keeping Monarch in the dark. In June of 1998, under the January 1998 agreement, he was entitled to 55 percent of the first $2 million in profits and 50 percent of Sentinel's profits on the revival of tax-assisted film production services deals, which constituted a small and select marketplace. The fewer competitors faced by Sentinel the more money Strother would make and the faster he would pocket it.

47 Of course, it was not open to Strother to share with Monarch any *confidential* information received from Darc. He could nevertheless have advised Monarch that his earlier view was too emphatic, that there may yet be life in a modified form of syndicating film production services expenses for tax benefits, but that because his change of view was based at least in part on information confidential to another client on a transaction unrelated to Monarch, he could not advise further except to suggest that Monarch consult another law firm.

plus tard ce jour-là ou le lendemain, que la question n'avait pas été soulevée. [Je souligne.]

(d.a. cabinet Davis, p. 196)

Monsieur McLeod a ajouté :

[TRADUCTION]

R La nature de la, la, la nature de la discussion était qu'il allait rencontrer Monarch. Il craignait que M. Knutson demande s'il y a un moyen de contourner la loi, quel que soit le changement qui y a été apporté. [Je souligne.]

(d.a. cabinet Davis, p. 198)

Le fait que MM. Strother et McLeod aient discuté de la réponse à donner si Monarch posait la bonne question (« y a-t-il un moyen de contourner? ») montrait que M. Strother savait que sa nouvelle opinion concernant les possibilités que présentait l'exception de l'al. 18.1(15)*b*) continuerait probablement d'avoir de l'importance pour Monarch parce que celle-ci s'adressait encore à lui pour qu'il la conseille sur la façon de reprendre ses activités en matière fiscale qui avaient été réduites à néant. Il va sans dire que M. Strother avait alors tout intérêt à maintenir Monarch dans l'ignorance. En juin 1998, aux termes de l'entente de janvier 1998, il avait droit à 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits et à la moitié des profits que Sentinel réaliserait grâce à la reprise des activités dans le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale, lequel secteur constituait un petit marché fermé. Plus la concurrence serait faible pour Sentinel, plus M. Strother ferait de l'argent et plus vite il toucherait cet argent.

Il est évident que M. Strother ne pouvait partager avec Monarch aucun renseignement *confidentiel* reçu de M. Darc. Il aurait pu néanmoins informer Monarch que l'avis qu'il lui avait donné antérieurement était trop catégorique, qu'il pouvait toujours exister une façon différente de consortialiser les dépenses relatives aux services de production cinématographique afin d'obtenir des avantages fiscaux, mais que, parce que son changement d'opinion se fondait, en partie du moins, sur des renseignements confidentiels d'un autre client relatifs à une

Moreover, there is no excuse at all for Strother not advising Monarch of the successful tax ruling when it was made public in October 1998. As it turned out, Monarch did not find out about it until February or March 1999. I therefore conclude that Davis (and Strother) failed to provide candid and proper legal advice in breach of the 1998 retainer.

If this were a contract case, I would have had no hesitation in holding both Davis and Strother liable for their failure to provide the timely and candid advice they were contractually obliged to give within the scope of their 1998 retainer. However, Monarch cannot succeed in a claim for damages for breach of the contract of retainer because (as found by the trial judge) it did not establish any damages flowing from the alleged breach. The issue therefore moves to fiduciary duties.

C. *Monarch's Claim for Disgorgement*

Monarch's claim is not for the money Monarch itself might have made had Strother given different advice (which the trial judge found was unsupported by the evidence), but for disgorgement by Strother, Darc, Sentinel and Davis of the money they *did* make between 1998 and 2001, which Monarch says was made in breach of Strother's and Davis's fiduciary obligations to it.

An accounting of profits and disgorgement are equitable remedies and relate to Monarch's claim that Strother, Darc and Davis breached their fiduciary obligations in the following respects:

(1) Davis should have declined to take on Darc and Sentinel as clients. Every dollar earned in

opération qui n'avait rien à voir avec Monarch, il ne pouvait que recommander à cette dernière de consulter un autre cabinet d'avocats. De plus, rien n'excuse M. Strother de ne pas avoir informé Monarch de la décision fiscale favorable au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Il s'est avéré que Monarch n'en a pris connaissance qu'en février ou mars 1999. Je conclus donc que le cabinet Davis et M. Strother n'ont pas donné avec franchise des conseils juridiques appropriés et ont ainsi violé le mandat de 1998.

48 Si la présente affaire relevait du domaine contractuel, je n'aurais aucune hésitation à déclarer le cabinet Davis et M. Strother coupables d'avoir omis de donner, en toute franchise et en temps utile, les conseils juridiques qu'ils étaient contractuellement tenus de donner dans le cadre de leur mandat de 1998. Cependant, Monarch ne peut obtenir des dommages-intérêts pour la violation du mandat, parce que — comme l'a conclu le juge de première instance — elle n'a pas établi l'existence de dommages découlant de cette présumée inexécution d'un contrat. Par conséquent, la question à examiner devient celle des obligations fiduciaires.

C. *Demande de restitution présentée par Monarch*

49 La demande de Monarch vise non pas l'argent qu'elle aurait pu elle-même gagner si M. Strother lui avait donné un avis différent (qui, selon le juge de première instance, n'était pas étayé par la preuve), mais la restitution par M. Strother, M. Darc, Sentinel et le cabinet Davis de l'argent qu'ils ont *effectivement* gagné entre 1998 et 2001 en manquant, selon Monarch, aux obligations fiduciaires que M. Strother et le cabinet Davis avaient envers elle.

50 La reddition de compte et la restitution de profits sont des recours en equity et se rapportent à l'argument de Monarch selon lequel M. Strother, M. Darc et le cabinet Davis ont manqué de la manière suivante à leurs obligations fiduciaires :

(1) Le cabinet Davis aurait dû refuser de prendre comme clients M. Darc et Sentinel. Par

consequence of that retainer was therefore in breach of fiduciary duty.

(2) Strother should not have accepted a personal financial interest in Sentinel. He should not benefit from this conflict of interest, and should therefore disgorge consequential profits.

In my view, only the claim related to Strother's personal financial interest has merit. It was that personal interest that came into conflict with Strother's fiduciary duty to avoid conflicts of interest in performing the contractual obligations assumed under the 1998 retainer.

1. Davis Was Free to Take on Darc and Sentinel as New Clients

51 Monarch claims (and the Court of Appeal agreed) that even after the expiry of the "exclusive" retainer in 1997, Davis was conflicted out of acting for Darc and Sentinel by reason of its ongoing solicitor-client relationship with Monarch. As the House of Lords recently noted in relation to conflicting *contractual* duties, "a solicitor who has conflicting duties to two clients may not prefer one to another. . . . [T]he fact that he [the lawyer] has chosen to put himself in an impossible position does not exonerate him from liability" (*Hilton*, at para. 44). The same principle applies to a lawyer getting into a position of conflicting *fiduciary* duties. As Monarch's fiduciary, Strother's duty was to "avoid situations where he has, or potentially may, develop a conflict": *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), at para. 73, as cited in *Neil*, at para. 25. The general rule is of long standing but I do not think it applied here to prevent Davis and Strother from acting for Sentinel. As stated in *Neil*, at para. 15:

An unnecessary expansion of the duty may be as inimical to the proper functioning of the legal system as

conséquent, chaque dollar gagné dans le cadre de ce mandat constituait un manquement à une obligation fiduciaire.

(2) Monsieur Strother n'aurait pas dû accepter d'avoir un intérêt financier personnel dans Sentinel. Il ne devrait pas tirer profit de ce conflit d'intérêts et devrait donc restituer les profits que cela lui a permis de réaliser.

À mon avis, seule la demande relative à l'intérêt financier personnel de M. Strother est fondée. C'est cet intérêt personnel qui est entré en conflit avec le devoir fiduciaire de M. Strother d'éviter les conflits d'intérêts dans l'exécution des obligations contractuelles assumées en vertu du mandat de 1998.

1. Le cabinet Davis était libre de prendre M. Darc et Sentinel comme nouveaux clients

Monarch soutient (argument qu'a retenu la Cour d'appel) que, même après l'expiration du mandat « d'exclusivité » en 1997, le cabinet Davis était en conflit d'intérêts en agissant pour le compte de M. Darc et de Sentinel en raison de la relation avocat-client qui existait toujours entre le cabinet et Monarch. Comme l'a récemment fait remarquer la Chambre des lords au sujet des obligations *contractuelles* conflictuelles, [TRADUCTION] « un avocat qui a des obligations conflictuelles envers deux clients ne peut favoriser l'un au détriment de l'autre. [. . .] [L]e fait qu'il [l'avocat] a choisi de se placer dans une situation impossible ne l'exonère pas de toute responsabilité » (*Hilton*, par. 44). Le même principe s'applique à l'avocat qui se place dans une situation où il a des obligations *fiduciaires* conflictuelles. En tant que fiduciaire de Monarch, M. Strother devait [TRADUCTION] « éviter les situations où il se trouve[rait] en conflit d'intérêts ou celles qui pourraient donner naissance à un conflit d'intérêts » : *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), par. 73, cité dans l'arrêt *Neil*, par. 25. La règle générale existe depuis longtemps, mais je ne crois pas qu'elle empêchait en l'espèce le cabinet Davis et M. Strother d'agir pour le compte de Sentinel. Comme il est précisé dans l'arrêt *Neil*, par. 15 :

Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon

would its attenuation. The issue always is to determine what rules are sensible and necessary and how best to achieve an appropriate balance among the competing interests.

This is not to say that in *Neil* the Court advocated the resolution of conflict issues on a case-by-case basis through a general balancing of interests, the outcome of which would be difficult to predict in advance. In *MacDonald Estate*, similarly, the legal rule was arrived at after balancing various interests, including trading off a client's ability to choose counsel against other considerations such as lawyer mobility. Once arrived at, however, the *MacDonald Estate* rule protecting against disclosure of confidential information is applied as a "bright line" rule. The client's right to confidentiality trumps the lawyer's desire for mobility. So it is with *Neil*. The "bright line" rule is the product of the balancing of interests not the gateway to further internal balancing. In *Neil*, the Court stated (at para. 29):

> The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — *even if the two mandates are unrelated* — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other. [Emphasis in original.]

I agree with Strother's counsel when he writes that "[t]he retainer by Sentinel Hill was . . . not 'directly adverse' to any 'immediate interest' of Monarch". On the contrary, as Strother argues, "Sentinel Hill created a business opportunity which Monarch could have sought to exploit" (Strother factum, at para. 66). A Sentinel ruling that revived the TAPSF business even in modified form would indirectly help any firm whose tax syndication business had been ruined by the *ITA* amendments,

fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents.

Cela ne signifie pas que, dans l'arrêt *Neil*, la Cour préconisait de résoudre au cas par cas les situations de conflit au moyen d'une mise en balance générale des intérêts en cause, méthode dont il serait difficile de prédire l'issue. De même, dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la règle de droit a été établie à la suite d'une évaluation de divers intérêts, notamment à la suite d'un compromis entre la capacité d'un client de retenir les services de l'avocat de son choix et d'autres considérations telle la mobilité professionnelle des avocats. Toutefois, maintenant qu'elle a été établie, la règle de l'arrêt *Succession MacDonald* — qui interdit de divulguer des renseignements confidentiels — est appliquée comme une règle de « démarcation très nette ». Le droit à la confidentialité du client l'emporte sur le désir de mobilité de l'avocat. Il en va de même pour l'arrêt *Neil*. La règle de la « démarcation très nette » est le fruit de la mise en balance d'intérêts et non un mécanisme qui donne ouverture à une autre mise en balance interne. Dans l'arrêt *Neil*, la Cour a précisé ceci (par. 29) :

> Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel — *même si les deux mandats n'ont aucun rapport entre eux* — à moins que les deux clients n'y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l'avocat ou l'avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l'autre. [En italique dans l'original.]

52 Je partage l'avis de l'avocat de M. Strother lorsqu'il écrit que [TRADUCTION] « [l]e mandat confié par Sentinel Hill n'était pas [. . .] "directement opposé" à un "intérêt immédiat" de Monarch ». Au contraire, fait valoir M. Strother, « Sentinel Hill créait une occasion d'affaires que Monarch aurait pu vouloir exploiter » (mémoire de M. Strother, par. 66). Une décision relative à Sentinel qui relancerait les activités de SPCAF, même sous une nouvelle forme, serait indirectement utile à toute entreprise,

including Monarch. Representation of Sentinel was thus not "directly adverse" to representation of Monarch by Davis/Strother even though both mandates related to tax-assisted business opportunities in the film production services field. Strother's problem arose because despite his duty to an existing client, Monarch, he acquired a major personal financial interest (unknown to Davis) in another client, Sentinel, in circumstances where his prospects of personal profit were enhanced by keeping Monarch on the sidelines. In deference to the conclusion reached by the British Columbia Court of Appeal that Davis was *not* free to take on Darc and Sentinel as clients, however, I add the following observations.

(a) *Monarch Was a Current Client*

53 I agree with Newbury J.A. that too much was made in argument about the shift from the 1997 written retainer to the 1998 oral retainer. The trial judge in places referred to a *concluded* retainer. However, this is not a case where *a former* client alleges breach of the duty of loyalty, as in *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (O.S.C.), and *Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335 (S.C.J.). The issue of loyalty to a former client was dealt with in *MacDonald Estate* (not *Neil*), and raises complex issues not relevant here. Monarch was a *current* client and was unquestionably entitled to the continuing loyalty of Strother and Davis.

(b) *Acting for Clients With Competing Commercial Interests*

54 As recognized by both the trial judge and Newbury J.A., the conflict of interest principles do

y compris Monarch, dont les activités consortiales en matière fiscale avaient été réduites à néant par les modifications de la *LIR*. Pour le cabinet Davis et M. Strother, le fait de représenter Sentinel n'était donc pas « directement opposé » au fait de représenter Monarch, même si les deux mandats concernaient des occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale dans le domaine des services de production cinématographique. Le problème de M. Strother découlait du fait que, malgré le devoir qu'il avait envers un client actuel, Monarch, il avait acquis un intérêt financier personnel important (inconnu du cabinet Davis) dans un autre client, Sentinel, dans des circonstances où il aurait plus de chances de réaliser un profit personnel en gardant Monarch sur la touche. Toutefois, en toute déférence pour la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle le cabinet Davis *n'était pas* libre de prendre comme clients M. Darc et Sentinel, je vais faire les observations qui suivent.

a) *Monarch était une cliente actuelle*

Je partage l'opinion de la juge Newbury selon laquelle l'argumentation a trop porté sur le passage du mandat écrit de 1997 au mandat verbal de 1998. À certains endroits, le juge de première instance a parlé d'un mandat *terminé*. Il ne s'agit cependant pas d'un cas où *un ancien* client allègue un manquement au devoir de loyauté, comme dans les affaires *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (C. Ont. (Div. gén.)); *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (C.V.M.O.), et *Chiefs of Ontario c. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335 (C.S.J.). La question de la loyauté envers un ancien client, qui a été examinée dans l'arrêt *Succession MacDonald* (mais non dans l'arrêt *Neil*), soulève des questions complexes, non pertinentes en l'espèce. Monarch était une cliente *actuelle* et continuait indéniablement d'avoir droit à la loyauté de M. Strother et du cabinet Davis.

b) *Représentation de clients ayant des intérêts commerciaux divergents*

Comme l'ont reconnu le juge de première instance et la juge Newbury, les principes applicables

not generally preclude a law firm or lawyer from acting concurrently for different clients who are in the same line of business, or who compete with each other for business. There was no *legal* dispute between Monarch and Sentinel. Monarch relies on the "bright line" rule set out in *Neil* but (leaving aside, for the moment, Strother's personal financial stake) there is no convincing case for its application here.

The clients' respective "interests" that require the protection of the duty of loyalty have to do with the practice of law, not commercial prosperity. Here the alleged "adversity" between concurrent clients related to business matters. This is not to say that commercial interests can *never* be relevant. The *American Restatement* offers the example of two business competitors who seek to retain a single law firm in respect of competing applications for a single broadcast licence, i.e. a unique opportunity. The *Restatement* suggests that acting for both without disclosure and consent would be improper because the subject matter of both retainers is the same licence (*Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, at § 121 (2000)). The lawyer's ability to provide even-handed representation is put in issue. However, commercial conflicts between clients that do *not* impair a lawyer's ability to properly represent the legal interests of both clients will not generally present a conflict problem. Whether or not a real risk of impairment exists will be a question of fact. In my judgment, the risk did not exist here provided the necessary even-handed representation had not been skewed by Strother's personal undisclosed financial interest. Condominium lawyers act with undiminished vigour for numerous entrepreneurs competing in the same housing market; oil and gas lawyers advise without hesitation exploration firms competing in the oil patch, provided, of course, that information confidential to a particular client is kept confidential. There is no reason in general why a tax practitioner such as Strother should not take on different clients syndicating tax schemes to the same investor community, notwithstanding the restricted market for these services in a

en matière de conflit d'intérêts n'empêchent généralement pas un cabinet d'avocats ou un avocat de représenter simultanément différents clients qui œuvrent dans le même secteur d'activités ou qui se font concurrence. Aucun différend *juridique* n'opposait Monarch et Sentinel. Monarch invoque la règle de la « démarcation très nette » énoncée dans l'arrêt *Neil,* mais (si on fait abstraction, pour l'instant, de l'intérêt financier personnel de M. Strother) aucune preuve convaincante ne justifie l'application de cette règle en l'espèce.

55 Les « intérêts » respectifs des clients qui requièrent la protection du devoir de loyauté concernent la pratique du droit et non la prospérité commerciale. En l'espèce, la présumée « opposition » entre des clients concurrents portait sur des questions commerciales. Cela ne veut pas dire que les intérêts commerciaux ne peuvent *jamais* être pertinents. L'*American Restatement* donne l'exemple de deux concurrents commerciaux qui cherchent à retenir les services d'un même cabinet d'avocats relativement à des demandes concurrentes visant un seul permis de radiodiffusion, en d'autres mots une occasion unique. Selon le *Restatement*, il serait inapproprié d'agir simultanément pour le compte des deux concurrents sans préalablement leur faire part de la situation et obtenir leur consentement, du fait que les deux mandats portent sur le même permis (*Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121 (2000)). La capacité de l'avocat d'assurer une représentation impartiale est en cause. Toutefois, les conflits commerciaux entre clients qui *ne* compromettent *pas* la capacité d'un avocat de défendre correctement les intérêts juridiques des deux clients ne soulèvent généralement pas de problème de conflit. La question de savoir s'il existe un risque réel d'atteinte est une question de fait. À mon sens, ce risque n'aurait pas existé, en l'espèce, si la représentation impartiale requise n'avait pas été compromise par l'intérêt financier personnel non divulgué de M. Strother. Les avocats spécialisés en matière de copropriété déploient la même énergie pour les nombreux entrepreneurs qui se font concurrence dans le même marché de l'habitation; les avocats spécialisés dans le domaine du gaz et du pétrole n'hésitent pas à conseiller des entreprises de prospection pétrolière

business in which Sentinel and Monarch competed. In fact, in the case of some areas of high specialization, or in small communities or other situations of scarce legal resources, clients may be taken to have consented to a degree of overlapping representation inherent in such law practices, depending on the evidence: *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), at p. 235; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205 (P.C.). The more sophisticated the client, the more readily the inference of implied consent may be drawn. The thing the lawyer must *not* do is keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer: *Neil*, at para. 19. As Story J. commented almost two centuries ago:

> No man can be supposed to be indifferent to the knowledge of facts, which work directly on his interests, or bear on the freedom of his choice of counsel. When a client employs an attorney, he has a right to presume, if the latter be silent on the point, that he has no engagements, which interfere, in any degree, with his exclusive devotion to the cause confided to him; that he has no interest, which may betray his judgment, or endanger his fidelity.
>
> (*Williams v. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824))

The client cannot be taken to have consented to conflicts of which it is ignorant. The prudent practice for the lawyer is to obtain informed consent.

(c) *The Duty of Loyalty Is Concerned With Client Representation*

56 While the duty of loyalty is focussed on the lawyer's ability to provide proper client representation, it is not fully exhausted by the obligation to avoid conflicts of interest with other concurrent clients. A "conflict of interest" was defined in *Neil* as an interest that gives rise to a

concurrentes, pourvu évidemment que les renseignements confidentiels d'un client particulier ne soient pas divulgués. En général, rien n'empêche un fiscaliste comme M. Strother d'accepter différents clients qui proposent des arrangements consortiaux fiscaux à la même communauté d'investisseurs, malgré le marché restreint qui existe pour ces services dans le secteur où Sentinel et Monarch étaient en concurrence. En fait, dans certains domaines hautement spécialisés, dans de petites collectivités ou dans d'autres situations où les ressources juridiques sont rares, la preuve permet parfois de présumer que les clients ont consenti au chevauchement de représentation inhérent à une telle pratique du droit : *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), p. 235; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205 (C.P.). Plus le client est averti, plus il est facile d'inférer l'existence d'un consentement implicite. Ce que l'avocat doit *éviter* de faire est de maintenir son client dans l'ignorance au sujet de questions qu'il sait pertinentes quant au mandat : *Neil*, par. 19. Comme le juge Story l'a fait observer il y a presque deux siècles :

> [TRADUCTION] Personne n'est censé être indifférent à la connaissance de faits qui influent directement sur ses intérêts ou qui ont une incidence sur sa liberté de choisir un avocat. Quand il retient les services d'un avocat, le client a le droit de présumer, si l'avocat ne mentionne rien à cet égard, que celui-ci n'a aucun engagement qui l'empêche de quelque manière de se consacrer exclusivement à la cause qui lui est confiée, et qu'il n'a aucun intérêt susceptible de compromettre son jugement ou sa loyauté.
>
> (*Williams c. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824))

On ne saurait présumer qu'un client a consenti à des conflits dont il ignore l'existence. La prudence exige que l'avocat obtienne un consentement éclairé.

c) *Le devoir de loyauté vise la représentation du client*

Le devoir de loyauté est axé sur la capacité de l'avocat de bien représenter son client, mais il ne se limite pas à l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts avec d'autres clients concurrents. La notion de « conflit d'intérêts » a été définie dans l'arrêt *Neil* comme étant

substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person.

(*Neil*, at para. 31, adopting § 121 of the *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, at pp. 244-45)

In *Hilton*, relied on by Davis, failure to disclose to one client prejudicial (but not confidential) information about the other client in a case where the defendant law firm acted for both clients in a joint venture was held to be actionable in contract although the quality of the legal work, as such, was not the subject of criticism. The House of Lords awarded damages as a matter of contract law, but *Martin v. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161 (C.A.), suggests that in this country such a claim could also be brought for breach of fiduciary duty even in the absence of a client-to-client conflict. In that case, an Ontario lawyer was held liable in damages to a client for breach of his fiduciary duty of candour to disclose his knowledge that the client's business adviser had a criminal record.

Exceptional cases should not obscure the primary function of the "bright line" rule, however, which has to do with the lawyer's duty to avoid conflicts that impair the respective representation of the interest of his or her concurrent clients whether in litigation or in other matters, e.g., *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.).

(d) *The Impact on the Representation of Monarch Was "Material and Adverse"*

The spectre is flourished of long-dormant files mouldering away in a lawyer's filing cabinet that are suddenly brought to life for purposes of enabling a strategically minded client to assert a conflict for tactical reasons. But a court is well able to

un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat.

(*Neil*, adoptant, au par. 31, le § 121 de *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, p. 244-245)

57 Dans l'arrêt *Hilton*, invoqué par le cabinet Davis, la Chambre des lords a jugé que l'omission de divulguer à un client des renseignements préjudiciables (mais non confidentiels) concernant un autre client, dans un cas où le cabinet d'avocats défendeur représentait les deux clients dans le cadre d'une coentreprise, donnait ouverture à une action contractuelle même si, en soi, la qualité du travail juridique effectué n'était pas critiquée. La Chambre des lords a accordé des dommages-intérêts fondés sur le droit des contrats, mais l'arrêt *Martin c. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161 (C.A.), indique que, au Canada, une telle action pourrait également être fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire, même en l'absence de conflit entre clients. Dans cette affaire, un avocat ontarien a été condamné à verser des dommages-intérêts à un client pour le motif qu'il avait manqué à son devoir fiduciaire de franchise en ne révélant pas à ce client qu'il savait que son conseiller d'entreprise avait un casier judiciaire.

58 Des cas exceptionnels ne devraient toutefois pas occulter la principale fonction de la règle de la « démarcation très nette », qui concerne le devoir de l'avocat d'éviter les conflits qui compromettent la représentation respective des intérêts de ses clients concurrents, que ce soit dans le cadre d'un litige ou autrement; voir, par exemple, *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.).

d) *L'effet sur la représentation de Monarch a été « nuisible et appréciable »*

59 On brandit le spectre de dossiers inactifs qui moisissent dans le classeur d'un avocat et qui sont soudainement réactivés afin de permettre à un client astucieux d'invoquer l'existence d'un conflit pour des raisons stratégiques. Cependant, les

withhold relief from a claim clearly brought for tactical reasons. Conflict between concurrent clients where no confidential information is at risk can be handled more flexibly than *MacDonald Estate* situations because different options exist at the level of remedy, ranging from disqualification to lesser measures to protect the interest of the complaining client. In each case where no issue of confidential information arises, the court should evaluate whether there is a serious risk that the lawyer's ability to properly represent the complaining client may be adversely affected, and if so, what steps short of disqualification (if any) can be taken to provide an adequate remedy to avoid this result.

tribunaux sont bien en mesure de refuser d'accorder une réparation à l'égard d'une demande clairement présentée pour des raisons stratégiques. Un conflit entre clients concurrents dans lequel aucun renseignement confidentiel ne risque d'être divulgué peut être réglé d'une manière plus souple que les situations visées par l'arrêt *Succession MacDonald*, en raison des différentes réparations susceptibles d'être accordées, qui vont de la déclaration d'inhabilité à occuper à la prise de mesures moins draconiennes afin de protéger les intérêts du client plaignant. Dans chaque cas où aucune question de renseignement confidentiel ne se pose, le tribunal devrait se demander s'il existe un risque sérieux que la capacité de l'avocat de représenter correctement le client plaignant soit compromise et, dans l'affirmative, quelles réparations — sans aller jusqu'à la déclaration d'inhabilité à occuper — pourraient permettre d'éviter ce résultat.

60 There is no doubt that at all material times there was a "current meaningful" solicitor-client relationship between Monarch and Davis/Strother to ground the duty of loyalty (see, e.g., *Uniform Custom Countertops Inc. v. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL) (S.C.J.), at para. 54). The availability of Strother's ongoing tax advice was important to Monarch and is the cornerstone of its claim.

Il ne fait aucun doute qu'à tout moment pertinent le cabinet Davis et M. Strother avaient avec Monarch la relation avocat-client [TRADUCTION] « actuelle et concrète » justifiant le respect du devoir de loyauté (voir, par exemple, la décision *Uniform Custom Countertops Inc. c. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL) (C.S.J.), par. 54). La possibilité de continuer d'obtenir les conseils fiscaux de M. Strother était importante pour Monarch et constitue le fondement de sa demande.

61 Strother is dismissive of the impact his breach had on Monarch's interest (i.e. in obtaining proper legal advice). He is correct that the test requires that the impact must be "material and adverse" (as set out in the definition of conflict adopted in *Neil*). While it is sufficient to show a possibility (rather than a probability) of adverse impact, the possibility must be more than speculation (see *de Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36, at para. 27). That test is met here, for the reasons already discussed. Once the existence of Strother's personal financial interest in Sentinel was established, it was for Strother, not Monarch, to demonstrate the absence of any material adverse effect on Monarch's interest in receiving proper and timely legal advice (*Celanese Canada Inc. v.*

Monsieur Strother se montre indifférent à l'effet que son manquement a eu sur l'intérêt de Monarch (à obtenir des conseils juridiques appropriés). Il a raison de dire que le critère exige que cet effet soit « nuisible et appréciable » (comme le précise la définition de la notion de conflit adoptée dans l'arrêt *Neil*). Bien qu'il suffise de démontrer l'existence d'un risque (plutôt que d'une probabilité) d'effet nuisible, cette possibilité doit être davantage qu'une simple hypothèse (voir la décision *de Guzman c. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36, par. 27). Pour les raisons exposées précédemment, ce critère est respecté en l'espèce. Une fois établie l'existence de l'intérêt financier personnel de M. Strother dans Sentinel, il appartenait à M. Strother, et non à Monarch, de démontrer

Murray Demolition Corp., [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36).

(e) *Sentinel's Desire to Secure the Counsel of its Choice Was Also an Important Consideration*

The evidence showed that Strother's special expertise was available from few other firms. Sentinel's Paul Darc had worked successfully with Davis and Strother for years. Our legal system, the complexity of which perhaps reaches its apex in the *ITA*, depends on people with legal needs obtaining access to what they think is the best legal advice they can get. Sentinel's ability to secure the advice of Davis and Strother as counsel of choice is an important consideration (*MacDonald Estate*, at p. 1243; *R. v. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.); *Coutu v. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67, at para. 31; *Neil*, at para. 13). It does not trump the requirement to avoid conflicts of interest but it is nevertheless an important consideration.

2. The Difficulty in Representing Monarch Arose From a Strother Conflict Not a Davis Conflict

Davis did not appreciate what Strother was up to and had no reason to think the Sentinel retainer would interfere with the proper representation of Monarch.

The Court of Appeal upheld Monarch's claim that Strother/Davis was not free to take on Darc/Sentinel for the following reason:

In this case, Mr. Strother should have told Mr. Darc that he "could not accept this business". His failure to do so meant that he could not be candid with his existing client, Monarch, regarding a subject on which he had given clear and unequivocal advice. He would have to "hold back" on what he would normally advise Monarch,

l'absence d'effet nuisible appréciable sur l'intérêt qu'avait Monarch à recevoir des conseils juridiques appropriés en temps utile (*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36).

e) *Le désir de Sentinel de retenir les services de l'avocat de son choix était aussi un facteur important*

62 La preuve a démontré que peu d'autres cabinets étaient en mesure d'offrir l'expertise de M. Strother. Paul Darc de Sentinel avait pendant des années accompli un travail fructueux avec le cabinet Davis et M. Strother. Notre système juridique, dont la complexité atteint peut-être son apogée dans la *LIR*, repose sur la capacité des gens ayant des besoins juridiques d'avoir accès à ce qu'ils considèrent comme les meilleurs conseils juridiques qu'ils puissent obtenir. La capacité de Sentinel d'obtenir les conseils du cabinet Davis et de M. Strother en tant qu'avocat de son choix est un facteur important (*Succession MacDonald*, p. 1243; *R. c. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.); *Coutu c. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67, par. 31; *Neil*, par. 13). Elle ne l'emporte pas sur l'exigence d'éviter les conflits d'intérêts, mais elle demeure néanmoins un facteur important.

2. La difficulté de représenter Monarch découlait d'un conflit de M. Strother et non d'un conflit du cabinet Davis

63 Le cabinet Davis n'était pas conscient de ce que faisait M. Strother et n'avait aucune raison de croire que le mandat de Sentinel empêcherait de représenter correctement Monarch.

64 La Cour d'appel a retenu pour le motif suivant l'argument de Monarch selon lequel M. Strother et le cabinet Davis n'étaient pas libres de prendre pour clients M. Darc et Sentinel :

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Strother aurait dû dire à M. Darc qu'il « ne pouvait pas accepter ce mandat ». Son omission de le faire signifie qu'il ne pouvait être franc avec sa cliente actuelle, Monarch, à l'égard d'une question au sujet de laquelle il avait donné un avis clair et non équivoque. Pour protéger la confidentialité de

in order to protect the confidentiality of his other client, Mr. Darc (and the Sentinel Hill companies).

(BCCA #1, at para. 25)

65 I believe, with respect, that this draws the prohibition too broadly. In general, Davis and Strother were free to take on Darc and Sentinel as new clients once the "exclusivity" arrangement with Monarch expired at the end of 1997. Issues of confidentiality are routinely dealt with successfully in law firms. Strother could have managed the relationship with the two clients as other specialist practitioners do, by being candid with their legal advice while protecting from disclosure the confidential details of the other client's business. If the two are so inextricably bound together that legal advice is impossible, then of course the duty to respect confidentiality prevails, but there is nothing here to justify Strother's artful silence. Strother accepted Sentinel as a new client and the Davis firm was given no reason to think that he and his colleagues could not provide proper legal advice to both clients.

3. Strother Was Not Free to Take a Personal Financial Interest in the Darc/Sentinel Venture

66 The trial judge found that Strother agreed to pursue the tax ruling on behalf of Sentinel in return for an interest in the profits that would be realized by Sentinel if the ruling was granted:

Mr. Strother prepared the request for the ruling without charge in return for Mr. Darc's agreement that Mr. Strother would participate equally (55% on the first $2 million) [and 50% thereafter] in any profit realized through a share option should the desired ruling be granted. Responsibility for expenses associated with the request would be equally borne. . . .

. . .

son autre client, M. Darc (et les sociétés Sentinel Hill) se devait alors d'« éviter » de donner à Monarch les conseils qu'il lui donnerait normalement.

(C.A.C.-B. nº 1, par. 25)

Avec égards pour l'opinion contraire, je crois que cette conclusion confère à l'interdiction une portée trop large. De façon générale, le cabinet Davis et M. Strother étaient libres de prendre M. Darc et Sentinel comme nouveaux clients dès l'expiration de leur entente d'« exclusivité » avec Monarch à la fin de 1997. Les cabinets d'avocats règlent habituellement avec succès les questions de confidentialité. Monsieur Strother aurait pu gérer la relation avec les deux clients comme le font d'autres avocats spécialisés, c'est-à-dire en donnant des conseils juridiques d'une manière franche tout en évitant de divulguer les aspects confidentiels des activités de l'autre client. Si les deux clients sont si inextricablement liés qu'il est impossible de donner un conseil juridique, il est alors évident que le devoir de respecter la confidentialité l'emporte, mais rien en l'espèce ne justifie le silence astucieux de M. Strother. Celui-ci a accepté de prendre Sentinel comme nouvelle cliente et le cabinet Davis n'avait aucune raison de penser que M. Strother et ses collègues ne pourraient pas conseiller adéquatement les deux clients.

3. Monsieur Strother n'était pas libre d'acquérir un intérêt financier personnel dans l'entreprise Darc/Sentinel

Le juge de première instance a conclu que M. Strother avait accepté de solliciter la décision fiscale pour le compte de Sentinel en échange d'une part des profits qui seraient réalisés par Sentinel si la décision demandée était obtenue :

[TRADUCTION] M. Strother a préparé gratuitement la demande de décision en échange de quoi M. Darc acceptait que M. Strother touche une part égale (55 pour 100 du premier 2 millions de dollars) [et la moitié par la suite] des profits réalisés grâce à une option d'achat d'actions, si la décision souhaitée était accordée. Les dépenses liées à la demande seraient supportées en parts égales. . .

. . .

. . . Mr. Strother agreed to seek for him an advance tax ruling and, as indicated, to prepare the request without charge, in return for an equal share in any success ultimately realized. [paras. 23 and 57]

. . . M. Strother a accepté de solliciter pour lui une décision anticipée en matière d'impôt et, comme nous l'avons vu, de préparer gratuitement la demande en échange d'une part égale des profits qui pourraient être réalisés en définitive. [par. 23 et 57]

Strother had *at least* an "option" interest in Sentinel from January 30th until at least August 1998 (when he was told by Davis to give up *any* interest). This was during a critical period when Monarch was looking to Strother for advice about what tax-assisted business opportunities were open. The precise nature of Strother's continuing financial interest in Sentinel between August 1998 and March 31, 1999 (when Strother left Davis) is unclear, but whatever it was it came to highly profitable fruition in the months that followed. The difficulty is not that Sentinel and Monarch were potential competitors. The difficulty is that Strother aligned his personal financial interest with the former's success. By acquiring a substantial and direct financial interest in one client (Sentinel) seeking to enter a very restricted market related to film production services in which another client (Monarch) previously had a major presence, Strother put his personal financial interest into conflict with his duty to Monarch. The conflict compromised Strother's duty to "zealously" represent Monarch's interest (*Neil*, at para. 19), a delinquency compounded by his lack of "candour" with Monarch "on matters relevant to the retainer" (*ibid.*), i.e. his own competing financial interest: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.); *R. v. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1, at paras. 42-43; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455 (Que. C.A.), at p. 465. See generally R. F. Devlin and V. Rees, "Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil*" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 433.

67 Monsieur Strother avait *au moins* un intérêt constitué d'une « option » dans Sentinel du 30 janvier jusqu'en août 1998 tout au moins (lorsque le cabinet Davis lui a demandé de renoncer à *tout* intérêt). Cela s'est passé pendant une période cruciale où Monarch s'adressait à M. Strother pour obtenir des conseils sur les occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale qui pouvaient se présenter. La nature précise de l'intérêt financier que M. Strother a possédé dans Sentinel entre août 1998 et le 31 mars 1999 (date à laquelle M. Strother a quitté le cabinet Davis) n'est pas claire, mais quel qu'il puisse avoir été, cet intérêt a grandement porté fruits au cours des mois qui ont suivi. Le problème tient non pas à ce que Sentinel et Monarch étaient des concurrentes potentielles, mais plutôt au fait que M. Strother a aligné son intérêt financier personnel sur la réussite de Sentinel. En acquérant un intérêt financier direct et important dans une cliente (Sentinel) qui cherchait à accéder au marché très restreint des services de production cinématographique dont une autre cliente (Monarch) avait déjà occupé une part importante, M. Strother a fait entrer son intérêt financier personnel en conflit avec son devoir envers Monarch. Ce conflit compromettait le devoir de M. Strother de représenter « avec zèle » les intérêts de Monarch (*Neil*, par. 19), problème aggravé par son manque de « franchise » envers Monarch sur des « questions pertinentes quant au mandat » (*ibid.*), c'est-à-dire son propre intérêt financier divergent : *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.); *R. c. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1, par. 42-43; *R. c. Henry*, [1990] A.Q. nº 1629 (QL) (C.A.). Voir, de façon générale, R. F. Devlin et V. Rees, « Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty : from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil* » (2005), 84 *R. du B. can.* 433.

As we have seen, the tax-assisted film production services business was very competitive. Monarch's TAPSF market share had been cut by 80 percent when Grosvenor and other competitors entered the

68 Comme nous l'avons vu, le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale était très concurrentiel. Monarch a connu une réduction de 80 pour 100 de sa part du

field. If his "fix" worked, Strother had every incentive to distance Monarch as a potential competitor to Sentinel. The bigger Sentinel's market share, the more business it did, the more assured would be the initial $2 million profit and the faster Strother would pocket it.

69 In these circumstances, taking a direct and significant interest in the potential profits of Monarch's "commercial competito[r]" (as described by Lowry J., at para. 113) created a substantial risk that his representation of Monarch would be materially and adversely affected by consideration of his own interests (*Neil*, at para. 31). As Newbury J.A. stated, "Strother . . . *was* 'the competition'" (BCCA #1, at para. 29 (emphasis in original)). It gave Strother a reason to keep the principals of Monarch "in the dark" (*ibid.*), in breach of his duty to provide candid advice on his changing views of the potential for film production services tax shelters. I agree with Newbury J.A. that Monarch was "*entitled* to candid and complete advice from a lawyer who was not in a position of conflict" (*ibid.*, at para. 17 (emphasis in original)).

70 Strother could not with equal loyalty serve Monarch and pursue his own financial interest which stood in obvious conflict with Monarch making a quick re-entry into the tax-assisted film financing business. As stated in *Neil*, at para. 24, "[l]oyalty includes putting the client's business ahead of the lawyer's business". It is therefore my view that Strother's failure to revisit his 1997 advice in 1998 at a time when he had a personal, undisclosed financial interest in Sentinel Hill breached his duty of loyalty to Monarch. The duty was further breached when he did not advise Monarch of the successful tax ruling when it became public on October 6, 1998. Why would a rainmaker like Strother not make rain with as many clients (or

marché des SPCAF lorsque Grosvenor et d'autres concurrents ont accédé à ce marché. Si sa « solution » fonctionnait, M. Strother avait toutes les raisons de tenir Monarch à distance du fait qu'elle était une concurrente potentielle de Sentinel. Plus la part de marché de Sentinel serait grande, plus d'affaires elle ferait, plus les premiers 2 millions de dollars de profits seraient assurés et plus vite M. Strother toucherait la somme à laquelle il aurait droit.

Dans ces circonstances, le fait pour M. Strother d'avoir un intérêt direct et important dans les profits potentiels de la [TRADUCTION] « concurrent[e] commercial[e] » de Monarch (pour reprendre l'expression du juge Lowry, au par. 113) créait un risque sérieux que ses intérêts personnels nuisent de façon appréciable à sa représentation de Monarch (*Neil*, par. 31). Comme l'a affirmé la juge Newbury, [TRADUCTION] « M. Strother [. . .] *était* "la concurrence" » (C.A.C.-B. n° 1, par. 29 (en italique dans l'original)). Cela donnait à M. Strother un motif de maintenir « dans l'ignorance » les dirigeants de Monarch (*ibid.*), contrairement au devoir qu'il avait de les informer en toute franchise de l'évolution de son opinion sur les abris fiscaux potentiels pour les services de production cinématographique. Je suis d'accord avec la juge Newbury pour dire que Monarch était en [TRADUCTION] « *droit* d'obtenir d'un avocat qui ne se trouvait pas en situation de conflit d'intérêts des conseils complets donnés en toute franchise » (*ibid.*, par. 17 (en italique dans l'original)).

Monsieur Strother ne pouvait pas servir avec la même loyauté Monarch et son propre intérêt financier, lequel entrait clairement en conflit avec la reprise rapide des activités de Monarch dans le domaine du financement cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Comme il est précisé dans l'arrêt *Neil*, au par. 24, « [l]a loyauté signifie notamment que l'avocat place les affaires de son client au premier rang, en priorité sur ses propres affaires ». J'estime donc que l'omission de M. Strother de revenir en 1998 — au moment où il avait un intérêt financier personnel non divulgué dans Sentinel Hill — sur l'avis qu'il avait donné en 1997 constituait un manquement à son devoir de loyauté envers Monarch. Il a encore manqué à

potential clients) as possible when the opportunity presented itself (whether or not existing retainers required him to do so)? The unfortunate inference is that Strother did not tell Monarch because he did not think it was in his personal financial interest to do so.

ce devoir en omettant d'informer Monarch de la décision fiscale favorable lorsqu'elle est devenue publique le 6 octobre 1998. Pourquoi un avocat hyperperformant comme M. Strother n'aurait-il pas fait profiter le plus de clients (ou clients potentiels) possible de ses conseils lorsque l'occasion se présentait (peu importe que des mandats existants l'obligeaient à le faire)? La conclusion qu'il faut malheureusement tirer est que M. Strother n'a rien dit à Monarch parce qu'il ne croyait pas qu'il était dans son intérêt financier personnel de le faire.

4. Davis Did Not Participate in Strother's Disabling Conflict of Interest

4. Le cabinet Davis n'a pas pris part au conflit d'intérêts entraînant l'inhabilité de M. Strother

As discussed, Strother did not advise Davis of his January 1998 deal with Darc until August 1998, and even then he did so inaccurately. On the basis of what Davis was told, Davis's managing partner instructed Strother not to exercise the "option" to acquire an interest in Sentinel. Whatever financial arrangement Strother had with Darc and Sentinel, Davis was not aware of it or a party to it.

71 Comme nous l'avons vu, ce n'est qu'en août 1998 que M. Strother a mentionné au cabinet Davis le marché qu'il avait conclu en janvier 1998 avec M. Darc et, même là, il ne l'a pas fait de manière précise. Se fondant sur ce qui avait été dit au cabinet Davis, l'associé directeur général du cabinet Davis a demandé à M. Strother de ne pas exercer l'« option » d'acquisition d'une participation dans Sentinel. Quel qu'ait été l'arrangement financier que M. Strother a conclu avec M. Darc et Sentinel, le cabinet Davis n'était pas au courant de cet arrangement ou n'y était pas partie.

The conversation between Strother and McLeod, mentioned earlier, is not sufficient to implicate either McLeod or the firm in that breach. Monarch claims that 28 of the same Davis lawyers and students that worked on Sentinel Hill in 1998-1999 had previously worked on Monarch from 1993-1997; and 11 lawyers worked on both Monarch and Sentinel in 1998. Moreover, Monarch points out that several partners and senior officers at Davis appear to have had some level of knowledge about Sentinel, such as McLeod (the "commercial partner in charge" (BCCA #2, at para. 6)), Mr. Elischer (Davis's managing director (BCCA #2, at para. 8)), and, by the summer of 1998, Mr. Buchanan (Davis's managing partner (BCCA #2, at para. 10)). However, there is no evidence that any of these people were aware of Strother's personal financial interest

72 La conversation susmentionnée entre MM. Strother et McLeod n'est pas suffisante pour impliquer M. McLeod ou le cabinet dans ce manquement. D'après Monarch, 28 des avocats et étudiants du cabinet Davis qui ont travaillé sur les dossiers de Sentinel Hill en 1998-1999 avaient déjà travaillé sur ceux de Monarch de 1993 à 1997, et 11 avocats avaient travaillé sur les dossiers de Monarch et Sentinel en 1998. Monarch ajoute que plusieurs associés et hauts dirigeants du cabinet Davis semblaient renseignés jusqu'à un certain point au sujet de Sentinel, dont M. McLeod ([TRADUCTION] « l'associé commercial responsable » (C.A.C.-B. n° 2, par. 6)), M. Elischer (le directeur général du cabinet Davis (C.A.C.-B. n° 2, par. 8)), et, dès l'été de 1998, M. Buchanan (l'associé directeur général du cabinet Davis (C.A.C.-B. n° 2, par. 10)). Toutefois, rien ne prouve que ces personnes étaient au courant

before August 1998, at which point it was forbidden.

73 Monarch's failure to establish knowledge on the part of other Davis partners of the circumstances giving rise to the conflict is crucial to an assessment of their potential liability as fiduciaries. The Davis firm was as much an innocent victim of Strother's financial conflict as was Monarch. However, though not party to Strother's breach of fiduciary duty, Davis may still be vicariously liable for Strother's "wrongful act" under s. 12 of the *Partnership Act*, as will be discussed.

D. *Fiduciary Remedies*

74 This Court has repeatedly stated that "[e]quitable remedies are always subject to the discretion of the court". See, e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 107; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 444; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-89, and *Côté*, at paras. 9-14. In *Neil*, the Court stated emphatically: "It is one thing to demonstrate a breach of loyalty. It is quite another to arrive at an appropriate remedy" (para. 36).

75 Monarch seeks "disgorgement" of profit earned by Strother and Davis. Such a remedy may be directed to either or both of two equitable purposes. Firstly, is a *prophylactic* purpose, aptly described as appropriating

> for the benefit of the person to whom the fiduciary duty is owed any benefit or gain obtained or received by the fiduciary in circumstances where there existed a conflict of personal interest and fiduciary duty or a significant possibility of such conflict: the objective is to preclude the fiduciary from being swayed by considerations of personal interest.
>
> (*Chan v. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178, *per* Deane J., at p. 198)

de l'intérêt financier personnel de M. Strother avant août 1998, au moment où lui était interdit de posséder un tel intérêt.

Le défaut de Monarch d'établir que les autres associés du cabinet Davis étaient au fait des circonstances à l'origine du conflit est crucial pour apprécier leur responsabilité potentielle à titre de fiduciaires. Le cabinet Davis était tout autant que Monarch une victime innocente du conflit financier de M. Strother. Cependant, bien qu'il n'ait pas participé au manquement à l'obligation fiduciaire de M. Strother, le cabinet Davis peut quand même, comme nous le verrons, être responsable du fait d'autrui relativement à l'« acte fautif » — visé par l'art. 12 de la *Partnership Act* — que M. Strother a accompli.

D. *Recours fiduciaires*

Notre Cour a à maintes reprises affirmé que « [les recours en equity] dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal ». Voir, par exemple, les arrêts *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 107; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 444; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 587-589, et *Côté*, par. 9-14. Dans l'arrêt *Neil*, la Cour a affirmé catégoriquement que « [d]émontrer l'existence d'un manquement au devoir de loyauté est une chose, mais [que] c'en est une autre que de déterminer quel est le recours approprié » (par. 36).

Monarch sollicite la « restitution » des profits réalisés par M. Strother et le cabinet Davis. Un tel recours peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs d'equity, ou les deux à la fois. Il y a d'abord l'objectif de *prévention*, décrit avec justesse comme étant l'appropriation

> [TRADUCTION] au profit du bénéficiaire de l'obligation fiduciaire de tout avantage ou gain obtenu ou reçu par le fiduciaire dans des circonstances où il existait un conflit ou un risque important de conflit entre un intérêt personnel et l'obligation fiduciaire : le but est d'empêcher le fiduciaire de se laisser influencer par des considérations d'intérêt personnel.
>
> (*Chan c. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178, le juge Deane, p. 198)

The second potential purpose is *restitutionary*, i.e. to restore to the beneficiary profit which properly belongs to the beneficiary, but which has been wrongly appropriated by the fiduciary in breach of its duty. This rationale is applicable, for example, to the wrongful acquisition by a fiduciary of assets that should have been acquired for a beneficiary, or wrongful exploitation by the defendant of the plaintiff's intellectual property. The restitutionary purpose is not at issue in the case of Strother's profit. The trial judge rejected Monarch's claim that Darc usurped a corporate opportunity belonging to Monarch (paras. 128, 179 and 187). This finding was upheld on appeal (para. 73).

The concept of the *prophylactic* purpose is well summarized in the Davis factum as follows:

> [W]here a conflict or significant possibility of conflict existed between the fiduciary's duty and his or her personal interest in the pursuit or receipt of such profits . . . equity requires disgorgement of any profits received even where the beneficiary has suffered no loss because of the need to deter fiduciary faithlessness and preserve the integrity of the fiduciary relationship. [Emphasis omitted; para. 152.]

Where, as here, disgorgement is imposed to serve a prophylactic purpose, the relevant causation is the breach of a fiduciary duty and the defendant's gain (not the plaintiff's loss). Denying Strother profit generated by the financial interest that constituted his conflict teaches faithless fiduciaries that conflicts of interest do not pay. The *prophylactic* purpose thereby advances the policy of equity, even at the expense of a windfall to the wronged beneficiary.

1. Monarch's Claims

I proceed to consider the claims for disgorgement made by Monarch against Strother and Davis:

(a) All legal fees paid by Monarch since 1993;

(b) all legal fees paid by Darc and Sentinel to Davis;

Le deuxième objectif possible est l'objectif de *restitution*, qui consiste à restituer au bénéficiaire les profits qui lui appartiennent à bon droit, mais que le fiduciaire s'est arrogés contrairement à son obligation. Ce raisonnement s'applique notamment à l'acquisition illicite par un fiduciaire de biens qui auraient dû être acquis pour un bénéficiaire ou à l'exploitation illicite par le défendeur de la propriété intellectuelle du demandeur. L'objectif de restitution n'est pas en cause en ce qui concerne le profit réalisé par M. Strother. Le juge de première instance a rejeté l'argument de Monarch selon lequel M. Darc s'est arrogé une occasion d'affaires appartenant à Monarch (par. 128, 179 et 187). Cette conclusion a été maintenue en appel (par. 73). 76

La notion de l'objectif de *prévention* est bien résumée dans le mémoire du cabinet Davis : 77

> [TRADUCTION] [L]orsqu'il existe un conflit ou un risque important de conflit entre le devoir du fiduciaire et son intérêt personnel dans la quête ou la réception de tels profits [. . .] l'equity exige la restitution de tout profit reçu même si le bénéficiaire n'a subi aucune perte, en raison de la nécessité de décourager la déloyauté fiduciaire et de maintenir l'intégrité de la relation fiduciaire. [Italique omis; par. 152.]

Lorsque, comme en l'espèce, la restitution est ordonnée dans un but de prévention, le lien de causalité pertinent est le manquement à une obligation fiduciaire et le gain réalisé par le défendeur (et non la perte subie par le demandeur). Refuser à M. Strother de toucher les profits générés par l'intérêt financier qui le plaçait en situation de conflit montre aux fiduciaires déloyaux que le conflit d'intérêts ne paie pas. L'objectif de *prévention* favorise l'équité, même au prix d'un gain inattendu pour le bénéficiaire lésé.

1. Les demandes de Monarch

Je passe à l'examen des demandes de restitution que Monarch a présentées contre M. Strother et le cabinet Davis : 78

a) Tous les honoraires d'avocat versés par Monarch depuis 1993;

b) tous les honoraires d'avocat versés au cabinet Davis par M. Darc et Sentinel;

(c) all profits earned by Strother.

I will address each in turn.

(a) *Legal Fees Paid by Monarch*

79 A causal relationship between the breach of fiduciary duty and the profits is required in order for an accounting to be ordered. Monarch paid approximately $85,000 to Davis in legal fees during 1998. Monarch's claim for the return of these fees rests on the proposition that Davis earned these profits in consequence of Strother's failure to advise Monarch properly or refer it elsewhere. The Court of Appeal ordered "that Davis must return to Monarch all fees (not including disbursements) paid by it from and after January 1, 1998" (BCCA #2, at para. 56).

80 Davis charged Monarch for general corporate services and "clean-up" work on prior transactions. This work was not tainted and I would not order a return of such fees charged to Monarch in 1998 or 1999. However, to the extent Strother personally made a profit under the Davis firm allocation process attributable to hours docketed to Monarch's account, or to fees paid to the firm by Monarch, such profit (earned at a time when Strother was in a position of conflict, and derelict in his duty to Monarch) should form part of Strother's accounting to Monarch.

81 As Davis committed no breach of fiduciary duty to Monarch, and is not responsible for Strother's breach as discussed below, there can be no order for equitable relief against Davis in this or other respects.

c) tous les profits réalisés par M. Strother.

Je vais examiner à tour de rôle chacune de ces demandes.

a) *Honoraires d'avocat versés par Monarch*

Pour qu'une reddition de compte soit ordonnée, il doit exister un lien de causalité entre le manquement à l'obligation fiduciaire et les profits réalisés. En 1998, Monarch a versé au cabinet Davis environ 85 000 $ à titre d'honoraires d'avocat. La demande de Monarch visant à obtenir la restitution de ces honoraires repose sur la prémisse selon laquelle le cabinet Davis a réalisé ces profits en raison de l'omission de M. Strother de conseiller correctement Monarch ou de la diriger ailleurs. La Cour d'appel a ordonné [TRADUCTION] « que le cabinet Davis rembourse à Monarch tous les honoraires (excluant les débours) que celle-ci lui a versés depuis le 1er janvier 1998 » (C.A.C.-B. nº 2, par. 56).

Le cabinet Davis a facturé à Monarch des services administratifs généraux et d'autres services de règlement de questions en suspens relatives à des opérations antérieures. Ce travail n'était pas entaché d'irrégularité et je suis d'avis de ne pas ordonner la restitution de ces honoraires facturés à Monarch en 1998 ou 1999. Cependant, dans la mesure où M. Strother a personnellement réalisé des profits dans le cadre de la répartition par le cabinet Davis des heures facturées au compte de Monarch ou des honoraires que Monarch a versés au cabinet, ces profits (réalisés à un moment où M. Strother était en situation de conflit d'intérêts et manquait à son devoir envers Monarch) devraient faire partie de la reddition de compte que M. Strother devra faire à Monarch.

Étant donné que le cabinet Davis n'a manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch et qu'il n'est pas, comme nous l'avons vu, responsable du manquement de M. Strother, aucune ordonnance accordant une réparation en equity ne peut être rendue contre le cabinet Davis à cet égard ou à d'autres égards.

(b) *Legal Fees Paid by Sentinel to Davis*

The Court of Appeal ordered Davis to "account for and disgorge the profits it earned from acting for Sentinel Hill in breach of its duty to Monarch from and after January 1, 1998" (BCCA #2, at para. 50). Newbury J.A. added:

> I am not persuaded there is any principled reason for a cut-off of such accounting as of the date Monarch withdrew from Davis's clientele . . . in a very real sense, all the fees earned by the firm thereafter [late 1997 or early 1998] from Sentinel Hill were rooted in Mr. Strother's (and hence Davis's) preparation of the ruling request. For similar reasons, a cut-off date as of March 1999 when Mr. Strother left Davis must also be rejected, in my view: the foundation for the firm's substantial fees had been laid the previous year.

In my view, with respect, there was no *Neil*-type conflict *known to Davis* that prevented it from acting for both Sentinel and Monarch. The legal fees paid by Sentinel to Davis cannot therefore be said to be "in consequence" of breaches of fiduciary duties owed by Davis to Monarch. My conclusion on this point differs from that of the Court of Appeal because in my view it was not a breach of fiduciary duty for Davis to take on Sentinel as a client. Profits earned by Davis on the fees paid by Sentinel were a result of Davis properly accepting the Sentinel retainer and Davis lawyers providing the legal services for which the fees were charged. The profits were produced by the skill and expertise of the lawyers at Davis who worked on the Sentinel files. The result well might be different had it been a breach for Davis and Strother to take on Sentinel as a client, but that issue does not arise here.

b) *Honoraires d'avocat versés par Sentinel au cabinet Davis*

82 La Cour d'appel a ordonné au cabinet Davis de [TRADUCTION] « rendre compte des profits qu'il a réalisés à partir du 1er janvier 1998 en agissant pour le compte de Sentinel Hill contrairement à son obligation envers Monarch, et de restituer ces profits » (C.A.C.-B. nº 2, par. 50). La juge Newbury a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Je ne suis pas convaincue qu'il existe quelque principe justifiant de fixer au moment où Monarch a cessé d'être cliente du cabinet Davis la date butoir applicable à la reddition de compte [. . .] en réalité, tous les honoraires que le cabinet a reçus de Sentinel Hill par la suite [fin de 1997 ou début de 1998] résultaient de la préparation de la demande de décision par M. Strother (et donc par le cabinet Davis). Pour les mêmes raisons, j'estime que la date butoir de mars 1999, correspondant au moment où M. Strother a quitté le cabinet Davis, doit elle aussi être rejetée : les assises des honoraires élevés du cabinet avaient été établies l'année précédente.

83 En toute déférence pour l'opinion contraire, j'estime qu'il n'existait pas de conflit de type *Neil*, *connu du cabinet Davis*, qui empêchait celui-ci d'agir à la fois pour le compte de Sentinel et pour celui de Monarch. On ne saurait donc affirmer que les honoraires d'avocat versés au cabinet Davis par Sentinel résultent de manquements aux obligations fiduciaires que le cabinet Davis avait envers Monarch. Ma conclusion à cet égard diffère de celle de la Cour d'appel du fait que j'estime que le cabinet Davis n'a pas manqué à une obligation fiduciaire en prenant Sentinel comme cliente. Les profits réalisés par le cabinet Davis grâce aux honoraires que lui a versés Sentinel découlaient de son acceptation, à bon droit, du mandat de Sentinel et des services juridiques que ses avocats avaient fournis en échange de ces honoraires. Ils ont été réalisés grâce à la compétence et à l'expertise des avocats du cabinet Davis qui ont travaillé sur les dossiers de Sentinel. Le résultat pourrait bien être différent si le cabinet Davis et M. Strother avaient commis un manquement en prenant Sentinel comme cliente, mais la question ne se pose pas en l'espèce.

(c) *Profits Earned by Strother*

84 The expert's final report on the entitlement of Strother and Darc to financial benefits from Sentinel Hill established that the share for the two of them was $4,132,131 in 1998 and $22,818,028 in 1999.

85 Strother must account for profit earned from the personal financial opportunity he pursued in breach of his fiduciary duty to Monarch. Whatever form his ongoing relationship or understanding with Sentinel took after August 1998, he had sowed the seeds of Sentinel's success before that date and reaped his reward when the harvest ripened in 1999 and 2000. Sentinel advanced Strother almost $1 million in February and early March 1999. This was before Strother resigned from the Davis firm on March 31, 1999.

86 Strother characterizes these advances as "loans" which were set off against management fees that serendipitously became payable to Strother later that year. Monarch contends it was Strother's share of the profits earned on the transactions that Sentinel had closed. The fact is that Strother received $1 million. Even as a "loan" that was a significant benefit. The money was in fact never repaid. If the prophylactic purpose of the equitable remedy is to be achieved, Strother cannot be permitted to pocket the money thus derived from a personal interest in conflict with his fiduciary duty.

87 Once it is determined that Strother must disgorge profits related to his breaches of loyalty to Monarch, and is therefore subject to an accounting in that regard, it is also necessary to determine whether the period during which Strother should be obliged to account extends beyond the date when the tax ruling was made public (October 6, 1998). A further issue on remedy is Strother's request for an apportionment of whatever profits are awarded. His counsel points out, correctly, that "[e]ven where it is found that profits have been derived from a breach, they may nonetheless be apportioned . . . depend-

c) *Profits réalisés par M. Strother*

Le rapport final de l'expert sur le droit de MM. Strother et Darc de tirer des avantages financiers de Sentinel Hill a établi que la part leur revenant s'élevait à 4 132 131 $ en 1998 et à 22 818 028 $ en 1999.

Monsieur Strother doit rendre compte des profits réalisés en raison des avantages financiers personnels qu'il a obtenus en manquant à son obligation fiduciaire envers Monarch. Quelle que soit la forme qu'ait revêtu sa relation ou son entente avec Sentinel après août 1998, M. Strother avait, avant cette date, pavé la voie au succès de Sentinel, dont il a récolté les fruits en 1999 et 2000. Sentinel a avancé à M. Strother près d'un million de dollars en février et au début de mars 1999, soit avant que celui-ci démissionne de son poste dans le cabinet Davis le 31 mars 1999.

Monsieur Strother qualifie ces avances de « prêts » qui ont été déduits des frais de gestion, lesquels, par un heureux hasard, lui sont devenus payables plus tard cette année-là. Monarch soutient qu'il s'agissait de la part revenant à M. Strother des profits tirés des opérations effectuées par Sentinel. Il reste que M. Strother a touché un million de dollars. Même comme « prêt », cela représentait un avantage important. En fait, cette somme n'a jamais été remboursée. Si l'objectif de prévention du recours en equity doit être atteint, on ne saurait permettre à M. Strother de toucher l'argent ainsi gagné grâce à un intérêt personnel incompatible avec son obligation fiduciaire.

Une fois qu'il a été établi que M. Strother doit restituer les profits liés aux manquements à son devoir de loyauté envers Monarch et qu'il est, par conséquent, astreint à une reddition de compte à cet égard, il devient également nécessaire de déterminer si la période visée par la reddition de compte de M. Strother devrait s'étendre au-delà de la date à laquelle la décision fiscale est devenue publique (6 octobre 1998). Une autre question qui se pose au sujet de la réparation à accorder concerne la demande de M. Strother qu'il y ait répartition des profits, quel qu'en soit le montant. Son avocat

ing on the extent to which the profits are attributable to the breach" (Strother factum, at para. 132). I will deal first with the issue of a cut-off date and then return to the question of apportionment.

souligne à juste titre que, [TRADUCTION] « [m]ême lorsqu'on conclut que des profits ont résulté d'un manquement, il est néanmoins possible de les répartir [. . .] selon la mesure dans laquelle ils sont attribuables au manquement » (mémoire de M. Strother, par. 132). Je vais d'abord examiner la question de la date butoir et je reviendrai ensuite à celle de la répartition.

2. The "Accounting Period" Defined

The Court of Appeal, despite its observation that the accounting remedy itself should not become "an instrument of injustice" (BCCA #1, at para. 52), nevertheless concluded that the "accounting period" should be open-ended:

> After much anxious consideration, I have therefore concluded that Mr. Strother must be required to account for and disgorge to Monarch all benefits, profits, interests and advantages he has received or which he may hereafter be entitled to receive, directly or indirectly (i.e., through a corporation, trust, or other vehicle), from or through any of the Sentinel Hill Entities. [Emphasis added.]

(BCCA #1, at para. 61, *per* Newbury J.A.)

An accounting of profits is an equitable remedy and, as La Forest J. noted in a different context:

> . . . equity is not so rigid as to be susceptible to being used as a vehicle for punishing defendants with harsh damage awards out of all proportion to their actual behaviour.

(*Hodgkinson*, at p. 444)

To the same effect, the High Court of Australia noted in *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201, at pp. 211-12:

> . . . the stringent rule requiring a fiduciary to account for profits can be carried to extremes and . . . in cases outside the realm of specific assets, the liability of the fiduciary should not be transformed into a vehicle for the unjust enrichment of the plaintiff.

2. Définition de la « période visée par la reddition de compte »

88 Même si elle a fait remarquer que la reddition de compte ne devrait pas devenir un [TRADUCTION] « un instrument d'injustice » (C.A.C.-B. nº 1, par. 52), la Cour d'appel a néanmoins conclu que la « période visée par la reddition de compte » devrait être indéterminée :

> [TRADUCTION] Après mûre réflexion, je conclus donc que M. Strother doit être tenu de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices, profits, intérêts et avantages qu'il a reçus ou qu'il peut dorénavant avoir le droit de recevoir, directement ou indirectement (c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une société, d'une fiducie ou d'un autre vecteur), des entités Sentinel Hill ou par l'intermédiaire de celles-ci, et de les lui restituer. [Je souligne.]

(C.A.C.-B. nº 1, par. 61, la juge Newbury)

Une reddition de compte est une réparation en equity et, comme le juge La Forest l'a fait observer dans un autre contexte :

> . . . l'*equity* n'est pas rigide au point de pouvoir être utilisée pour imposer à des défendeurs de lourds dommages-intérêts disproportionnés à leur conduite véritable.

(*Hodgkinson*, p. 444)

89 Dans le même ordre d'idées, la Haute Cour d'Australie a dit ceci dans l'arrêt *Warman International Ltd. c. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201, p. 211-212 :

> [TRADUCTION] . . . la règle stricte qui exige qu'un fiduciaire rende compte des profits peut être poussée à l'extrême et [. . .] dans les cas qui débordent le domaine des éléments d'actif précis, la responsabilité du fiduciaire ne devrait pas être transformée en un vecteur d'enrichissement sans cause du demandeur.

In *Warman* itself, the Court found that two years was the appropriate period for which defendants should be ordered to account. From the profits so determined, an allowance for the expenses, skill, expertise, effort and resources contributed by the defendants was to be deducted.

90 In my view, a "cut off" is appropriate in this case as well. At some point, intervention of other events and actors (as well as the behaviour of the claimant) dissipates the effect of the breach. A number of cut-off dates are suggested:

(i) the date the advance tax ruling was issued (October 6, 1998) plus a reasonable time for Monarch to put its house in order to pursue tax-assisted film production services opportunities;

(ii) the date Monarch actually learned of the tax ruling (February or early March 1999) plus time to put its house in order, etc.;

(iii) the date Monarch fired Davis (on or about March 8, 1999, when Monarch sent a claim letter to Davis);

(iv) the date Sherman and other participants in the Sentinel group transformed Darc's original structure into its eventual highly profitable form in the late spring of 1999;

(v) the date Strother left Davis and ceased to have a solicitor-client relationship with Monarch (March 31, 1999);

(vi) the date Monarch ceased serious efforts to get back into the tax-assisted film production services business in September 1999.

Dans l'arrêt *Warman*, la cour a conclu qu'une période de deux ans était la période à l'égard de laquelle il convenait d'ordonner aux défendeurs de rendre compte. Une fois le montant des profits ainsi établi, il fallait déduire de ceux-ci une somme pour les dépenses, la compétence, l'expertise et les efforts des défendeurs, ainsi que les ressources mises à contribution par ceux-ci.

À mon avis, il convient également en l'espèce d'établir une « date butoir ». À un certain moment, le concours d'autres événements ou acteurs (ainsi que le comportement du demandeur) vient dissiper l'effet du manquement. Un certain nombre de dates butoirs sont proposées :

(i) la date à laquelle a été rendue la décision anticipée en matière d'impôt (6 octobre 1998), plus un délai raisonnable pour que Monarch puisse mettre de l'ordre dans ses affaires afin de poursuivre ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale;

(ii) la date à laquelle Monarch a réellement pris connaissance de la décision en matière d'impôt (février ou début de mars 1999), plus un délai pour qu'elle puisse mettre de l'ordre dans ses affaires, etc.;

(iii) la date à laquelle Monarch a mis fin à sa relation avec le cabinet Davis (le 8 mars 1999 ou vers cette date, lorsque Monarch a fait envoyer par ses avocats une mise en demeure au cabinet Davis);

(iv) la date à laquelle M. Sherman et d'autres participants du groupe Sentinel ont modifié la structure initiale de M. Darc pour lui faire prendre une forme qui s'est révélée très rentable en définitive, à la fin du printemps de 1999;

(v) la date à laquelle M. Strother a quitté le cabinet Davis et a cessé d'avoir une relation avocat-client avec Monarch (31 mars 1999);

(vi) la date à laquelle Monarch a cessé de s'efforcer sérieusement de reprendre ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale en septembre 1999.

By failing to advise Monarch, or at the very least to refer it elsewhere in the spring of 1998, Strother pursued his own interest and denied Monarch the timely opportunity to find new counsel and advance the possibility of reviving in modified form its tax-assisted film production services business. Further, in October 1998, Strother failed to advise his client of the tax ruling when it was made public. Strother denies that Monarch would have benefited from the opportunity even if it had been offered in a timely way, but the evidence is that Monarch *did* try to get back into the tax-assisted film business through another law firm once it found out about the Sentinel ruling, as noted by the trial judge (paras. 33 and 182). By September 1999, Monarch's new tax counsel, Allan Beach, had prepared a structure that could have been used to obtain a tax ruling. However, the trial judge found that after September 1999, Monarch did not proceed with serious diligence (para. 182). By that time, of course, Strother had long since left the Davis firm (March 1999) thus terminating the conflict.

91 En omettant de conseiller Monarch ou à tout le moins de la diriger ailleurs au printemps de 1998, M. Strother a servi ses propres intérêts et a privé Monarch de la possibilité de se trouver un nouvel avocat en temps utile et de reprendre, sous une nouvelle forme, ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. De plus, M. Strother n'a pas avisé sa cliente de la décision fiscale au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Monsieur Strother nie que Monarch aurait profité de l'occasion même si elle lui avait été offerte en temps utile, mais la preuve révèle que, comme l'a souligné le juge de première instance (par. 33 et 182), Monarch a *effectivement* tenté de réintégrer le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale en recourant aux services d'un autre cabinet d'avocats dès qu'elle a entendu parler de la décision relative à Sentinel. Dès septembre 1999, le nouvel avocat fiscaliste de Monarch, Allan Beach, avait conçu une structure qui aurait pu servir à obtenir une décision en matière d'impôt. Le juge de première instance a toutefois conclu qu'après septembre 1999 Monarch n'avait pas vraiment agi avec diligence (par. 182). Il va sans dire qu'à l'époque M. Strother avait quitté depuis longtemps le cabinet Davis (mars 1999), ce qui avait eu pour effet de mettre mis fin au conflit.

I now propose to consider which of the options represents the most appropriate cut off.

92 Je compte maintenant examiner quelle option présente la date butoir la plus convenable.

The advance tax ruling became public shortly after it was issued on October 6, 1998. Counsel to Monarch's former competitors seized upon it, advised their clients, and began developing structures to re-enter the market. However, Strother was counsel to Monarch and said nothing. As the evidence indicated, the silence was deliberate at a time when his financial interests were now aligned with Sentinel. In the absence of that conflict it is difficult to believe that Strother, as an experienced and successful rainmaker for the Davis firm, would not have picked up the telephone and called Monarch to give them the good news and correct the earlier negative advice he had provided. At least by the time the ruling became public, whatever the duty of confidentiality Strother believed he owed

93 La décision anticipée en matière d'impôt est devenue publique peu après avoir été rendue le 6 octobre 1998. Les avocats des anciennes concurrentes de Monarch en ont pris connaissance, ont conseillé leurs clientes et ont commencé à concevoir des structures qui leur permettraient de réintégrer le marché. Toutefois, M. Strother était l'avocat de Monarch et n'a rien dit. Comme l'indiquait la preuve, le silence était délibéré à un moment où les intérêts financiers de M. Strother étaient alignés sur ceux de Sentinel. Il est difficile de croire qu'en l'absence de ce conflit M. Strother, avocat chevronné, prospère et hyperperformant du cabinet Davis, n'aurait pas téléphoné à Monarch pour lui annoncer la bonne nouvelle et corriger l'avis négatif qu'il lui avait donné antérieurement. Tout devoir

to Sentinel in relation to the prospective ruling had disappeared.

94 Bradley Sherman became a consultant to Sentinel in February 1999. The trial judge found that Sentinel would not have been as successful as it became without his innovations. At some point, profits earned by Strother were attributable in substantial part to Sherman's business acumen and Sentinel's later affiliation with Alliance. Disgorgement of that money to Monarch would be punitive, not prophylactic.

95 In my view, the prophylactic purpose would be served if Strother is required to account to Monarch for all monies (including the $1 million "loan" which should be treated as monies beneficially received by Strother on the date "loaned") received during or attributable to his period with Davis between January 1, 1998 and March 31, 1999. At that point, both Monarch and Strother had severed their links with Davis. The conflict was spent.

3. Should Strother's Profit Be Apportioned?

96 In my view, this is not a case for apportionment. The Court's purpose here is prophylactic rather than restitutionary. We are not therefore engaged in allocating an amount of profit amongst different contributing sources (or "profit drivers"). Strother acquired a personal financial interest in one client that conflicted with his duty to provide full and candid advice to another concurrent client. He should not be permitted to profit from that conflicting interest even though it is justly said that his own skill and experience were major contributors to those profits. Apportionment in these circumstances would reward the breach and undermine achievement of the *prophylactic* purpose.

de confidentialité que M. Strother croyait avoir envers Sentinel quant à la décision éventuelle avait cessé d'exister au plus tard lorsque cette décision est devenue publique.

Bradley Sherman a commencé à agir comme consultant de Sentinel en février 1999. Le juge de première instance a conclu que Sentinel n'aurait pas connu autant de succès sans son apport créatif. À un certain moment, les profits réalisés par M. Strother étaient attribuables en grande partie au sens des affaires de M. Sherman et à l'affiliation subséquente de Sentinel avec Alliance. La restitution de cet argent à Monarch serait punitive et non préventive.

J'estime que l'objectif de prévention serait atteint si M. Strother était tenu de rendre compte à Monarch de toutes les sommes (y compris le « prêt » d'un million de dollars qui devrait être considéré comme une somme que M. Strother a reçue à titre bénéficiaire à la date où elle lui a été « prêtée ») reçues pendant son séjour dans le cabinet Davis entre le 1er janvier 1998 et le 31 mars 1999, ou attribuables à ce séjour. À ce moment, Monarch et M. Strother avaient rompu tous leurs liens avec le cabinet Davis. Il n'y avait plus de conflit.

3. Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par M. Strother?

À mon avis, il ne s'agit pas d'une affaire où il y a lieu de procéder à une répartition. En l'espèce, la Cour vise un objectif de prévention plutôt qu'un objectif de restitution. Il n'est donc pas question que nous répartissions un profit entre différentes sources qui ont contribué à le réaliser (ou différents « générateurs de profits »). Monsieur Strother a acquis, dans un client, un intérêt financier personnel qui entrait en conflit avec le devoir qu'il avait de conseiller, de manière franche et complète, un autre client concurrent. Il ne devrait pas pouvoir profiter de cet intérêt conflictuel même si on a raison d'affirmer que ses propres compétence et expérience ont contribué de façon importante à la réalisation de ces profits. Procéder à une répartition dans de telles circonstances aurait pour effet de récompenser le manquement et de compromettre la réalisation de l'objectif de *prévention*.

4. Strother May Be Entitled to Reasonable Deductions

Monarch is awarded, within the limits stated above, "profits". From whatever portion of profit is awarded to Monarch should be deducted, if established, Strother's reasonable and necessary expenses incurred by him to earn the profit: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255 (B.C.S.C.), at p. 294. The parties have agreed that such deductions are to be determined in a post-trial reference.

4. Monsieur Strother pourrait avoir droit à des déductions raisonnables

97 Monarch aura droit, dans les limites susmentionnées, à des « profits ». Quelle que soit la part des profits qui sera accordée à Monarch, il faut déduire de celle-ci, si elles sont par ailleurs établies, les dépenses raisonnables et nécessaires engagées par M. Strother pour réaliser ces profits : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255 (C.S.C.-B.), p. 294. Les parties ont convenu que le montant de ces déductions devra être déterminé dans le cadre d'un renvoi postérieur au procès.

5. Is Davis Liable for Strother's Fiduciary Breach and if so to What Extent?

I have already concluded that Davis did not breach its fiduciary duty to Monarch. The Davis partners were innocent of Strother's breach. The firm cannot be held to have breached a fiduciary duty on the basis of facts of which its partners were ignorant. Nevertheless, Monarch claims that Davis is vicariously liable for Strother's personal profits. This aspect of the claim was rejected by the Court of Appeal on the basis that Strother was "on a frolic of his own" (BCCA #2, at para. 42). Newbury J.A. concluded that:

> . . . the partners of Davis were not shown to have known of, or to have been wilfully blind to, or reckless regarding, Mr. Strother's taking an interest in Sentinel Hill. When Mr. Strother informed his firm of a supposed option, the managing partner clearly forbade his having *any* interest, and he appeared to accept that direction. Whilst in hindsight it might be said the firm should have been alerted to the possibility that Mr. Strother would nevertheless proceed to take (or retain) an interest, the authorities are clear that the test is not an objective one. [Emphasis in original; BCCA #2, at para. 63.]

5. Le cabinet Davis est-il responsable du manquement à l'obligation fiduciaire de M. Strother et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point l'est-il?

98 J'ai déjà conclu que le cabinet Davis n'avait pas manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch. Les associés du cabinet Davis n'avaient rien à se reprocher en ce qui concernait le manquement de M. Strother. On ne saurait considérer que le cabinet a manqué à une obligation fiduciaire en raison de faits dont ses associés ignoraient l'existence. Monarch prétend néanmoins que le cabinet Davis est responsable du fait d'autrui à l'égard des profits personnels de M. Strother. La Cour d'appel a rejeté cet aspect de la demande pour le motif que M. Strother agissait [TRADUCTION] « uniquement de son propre chef » (C.A.C.-B. nº 2, par. 42). La juge Newbury a tiré la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] . . . on n'a pas démontré que les associés du cabinet Davis savaient que M. Strother acquérait une participation dans Sentinel Hill, ni qu'ils ont fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance à cet égard. Quand M. Strother a fait part d'une supposée option à son cabinet, l'associé directeur général lui a clairement interdit de détenir *toute* participation et M. Strother a paru accepter cette directive. Même si, après coup, on pouvait dire que le cabinet aurait dû être conscient de la possibilité que M. Strother décide malgré tout d'acquérir (ou de conserver) une participation, la jurisprudence indique clairement que le critère applicable n'est pas un critère objectif. [En italique dans l'original; C.A.C.-B. nº 2, par. 63.]

99 I agree that not only was Davis unaware of Strother's financial interest but Davis had no reason to think that Strother had failed to comply with the managing partner's direction not to take an interest in Sentinel. Nevertheless, Monarch contends that even in the absence of direct fault on the part of Davis and its partners, it is entitled to a statutory recovery under the following provisions of the B.C. *Partnership Act*:

11 A partner in a firm is liable jointly with the other partners for all debts and obligations of the firm incurred while he or she is a partner, and after his or her death his or her estate is also severally liable in a due course of administration for those debts and obligations, so far as they remain unsatisfied, but subject to the prior payment of his or her separate debts.

12 If, by any wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the firm or with the authority of his or her partners, loss or injury is caused to any person who is not a partner in the firm or any penalty is incurred, the firm is liable for that loss, injury or penalty to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

. . .

14 A partner is jointly and severally liable with his or her partners for everything for which the firm, while he or she is a partner in it, becomes liable under either section 12 or 13.

Monarch's claim in this respect extends both to Strother's profit under his arrangement with Darc/Sentinel as well as Strother's share of the Davis profits from billings to Monarch. The claim is purely statutory.

100 The words "wrongful act or omission" in s. 12 are broad enough to embrace an equitable wrong. There is nothing in the language of s. 12 to confine vicarious liability to common law torts: *McDonic*

Je suis d'accord pour dire que non seulement le cabinet Davis n'était pas au courant de l'intérêt financier personnel de M. Strother, mais encore qu'il n'avait aucune raison de croire que celui-ci n'avait pas suivi la directive de l'associé directeur général de ne pas acquérir une participation dans Sentinel. Monarch prétend néanmoins que, même en l'absence de faute directe de la part du cabinet Davis et de ses associés, elle a le droit d'être indemnisée en vertu des dispositions suivantes de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION]

11 L'associé d'une entreprise est responsable, conjointement avec ses coassociés, de toutes les dettes et obligations de l'entreprise contractées pendant qu'il est associé, et, après son décès, sa succession est solidairement responsable dans le cours normal de l'administration de ces dettes et obligations dans la mesure où il n'y est pas satisfait, sous réserve toutefois du paiement préalable de ses dettes personnelles.

12 Si, à la suite d'un acte ou d'une omission fautifs d'un associé agissant dans le cours normal des affaires de l'entreprise ou avec l'autorisation de ses coassociés, une perte ou un préjudice est causé à une personne qui n'est pas un associé de l'entreprise ou encore une pénalité est imposée, l'entreprise est responsable de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité dans la même mesure que l'associé qui a ainsi agi ou omis d'agir.

. . .

14 L'associé est responsable, conjointement et solidairement avec ses coassociés, de tout ce dont l'entreprise devient responsable aux termes de l'article 12 ou 13, pendant qu'il en est un des associés.

La demande de Monarch à cet égard vise à la fois le profit que M. Strother a réalisé en vertu de son entente avec M. Darc et Sentinel et la part des profits revenant à M. Strother que le cabinet Davis a tiré des services facturés à Monarch. Cette demande repose purement et simplement sur la loi.

Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 sont assez généraux pour englober une faute en equity. Rien dans le libellé de l'art. 12 ne limite la responsabilité du fait d'autrui aux délits

Estate v. Hetherington (Litigation Guardian of) (1997), 31 O.R. (3d) 577 (C.A.), at p. 580; *Dubai Aluminium Co. v. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366 (H.L.), at p. 375.

de common law : *McDonic Estate c. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577 (C.A.), p. 580; *Dubai Aluminium Co. c. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366 (H.L.), p. 375.

The legislature has imposed liability where "loss or injury is caused". The trial judge found that Monarch had not proven that Strother's breaches of fiduciary duty had caused it financial loss, but Monarch certainly suffered *injury* by being denied the legal advice to which it was entitled, and the compensation at issue was awarded in relation to that injury. Section 12 differentiates between a "loss" and an "injury". The legislature has said that a "loss" is not necessary to ground recovery under s. 12. An injury without loss is sufficient.

101 Le législateur a prévu qu'il y a responsabilité lorsque « une perte ou un préjudice est causé ». Le juge de première instance a conclu que Monarch n'avait pas prouvé qu'elle a subi une perte financière par suite des manquements de M. Strother à une obligation fiduciaire. Cependant, Monarch a sûrement subi un *préjudice* en étant privée des conseils juridiques auxquels elle avait droit, et l'indemnité en cause a été accordée en fonction de ce préjudice. L'article 12 établit une différence entre « perte » et « préjudice ». Le législateur a affirmé qu'une « perte » n'est pas nécessaire pour justifier une indemnisation fondée sur l'art. 12. La seule existence d'un préjudice, même sans perte, suffit.

What then is the nature and extent of the innocent partners' liability? The firm is liable "for that loss, injury or penalty". The inclusion of a "penalty" in s. 12 indicates that even statutory impositions are included (*Dubai Aluminium*, at para. 103). The combination of "loss, injury or penalty" suggests that the legislative purpose is to ensure that a delinquent partner's liability incurred "to any person who is not a partner", with the firm's authority or in the ordinary course of the firm's business, is to be treated as the obligation of the firm regardless of its legal origin. A money judgment resulting from an accounting of profits against the delinquent partner comes within this description, in my opinion.

102 Quelles sont alors la nature et l'étendue de la responsabilité des associés innocents? Le cabinet est responsable « de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité ». L'inclusion du terme « pénalité » à l'art. 12 indique que même les sommes découlant d'obligations imposées par la loi sont visées (*Dubai Aluminium*, par. 103). La combinaison de « perte, [. . .] préjudice ou [. . .] pénalité » tend à indiquer que l'objectif du législateur est de faire en sorte que toute obligation assumée par un associé fautif à l'endroit d'« une personne qui n'est pas un associé », avec l'autorisation du cabinet ou dans le cours normal de ses affaires, soit considérée comme une obligation du cabinet, peu importe son origine légale. J'estime que cette description vise un jugement pécuniaire résultant d'un recours en reddition de compte relative à des profits exercé contre l'associé fautif.

Davis argues that where a partner's fault has not occasioned economic loss to the client, and the accounting of profit is imposed for *prophylactic* rather than restitutionary purposes, vicarious liability serves no useful purpose. Davis argues:

103 Le cabinet Davis fait valoir que, dans le cas où la faute d'un associé n'a causé aucune perte financière au client, et où la reddition de compte est ordonnée dans un but de *prévention* plutôt que de restitution, la responsabilité du fait d'autrui n'est d'aucune utilité. Le cabinet Davis prétend ceci :

The rule is intended to deter and not to punish. It seeks to deter fiduciaries from breach of their duty by

[TRADUCTION] La règle a pour but de dissuader et non de punir. Elle vise à dissuader les fiduciaires de

making them aware that they cannot retain any profit made thereby, thus removing any incentive to disloyalty. That purpose can be achieved only when the fiduciary [i.e., the other partners] is sufficiently knowledgeable of the facts on which breach of duty is alleged to realize that a breach has occurred, or may occur.

(Davis factum, at para. 154)

This argument is persuasive as a matter of equity but at this point Monarch is demanding a *statutory* remedy. Nowhere in s. 12 is it suggested that prior knowledge of the delinquency by the other partners is a condition precedent to liability. On the contrary, proof of prior knowledge by the partners would raise questions of direct liability and, if found, would render unnecessary resort to vicarious liability under s. 12 of the *Partnership Act*. It is in the nature of vicarious liability under s. 12 that the firm may be innocent of any fault other than the misfortune of having on board a rogue partner at the time of his or her delinquency.

104 Monarch must still show that Strother acted "with the authority of his or her partners" *or* "in the ordinary course of the business of the firm" (s. 12).

105 Clearly, Strother did not act "with the authority" of his partners. The more difficult question is whether it can be said that Strother's wrongful act was "in the ordinary course of the business" of Davis. The Court of Appeal held that it was not, but I do not think that such a conclusion is consistent with the now well-established principles of vicarious liability established in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and applied in cases such as *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58, and *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British*

manquer à leur devoir en leur faisant prendre conscience qu'ils ne peuvent pas conserver un profit réalisé de cette manière, et à éliminer ainsi tout intérêt à être déloyaux. Cet objectif ne peut être atteint que si le fiduciaire [c'est-à-dire les autres associés] connaît suffisamment les faits qui donneraient lieu à un manquement à un devoir pour se rendre compte qu'un manquement est survenu ou peut survenir.

(mémoire du cabinet Davis, par. 154)

Cet argument est convaincant du point de vue de l'equity, mais, à ce stade-ci, Monarch sollicite une réparation *légale*. Rien dans le libellé de l'art. 12 n'indique que la responsabilité est assujettie à la connaissance préalable de la faute par les autres associés. Au contraire, la preuve de la connaissance préalable par les coassociés soulèverait des questions relatives à la responsabilité directe et, si la connaissance préalable était établie, il deviendrait inutile de recourir à la responsabilité du fait d'autrui prévue à l'art. 12 de la *Partnership Act*. Il est normal, de par la nature de la responsabilité du fait d'autrui prévue à l'art. 12, que le seul reproche qui puisse être fait à l'entreprise soit d'avoir eu la malchance de compter dans ses rangs l'associé peu scrupuleux au moment où celui-ci a commis sa faute.

Monarch doit encore démontrer que M. Strother a agi « avec l'autorisation de ses coassociés » *ou* « dans le cours normal des affaires [du cabinet] » (art. 12).

Il est évident que M. Strother n'a pas agi « avec l'autorisation » de ses coassociés. La question plus difficile est de savoir si l'on peut dire que l'acte fautif de M. Strother a été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet Davis. La Cour d'appel a conclu par la négative, mais je ne crois pas que cette conclusion soit conforme aux principes désormais bien établis de la responsabilité du fait d'autrui qui ont été formulés dans l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et appliqués notamment dans les arrêts *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58, et *E.B. c. Order*

Columbia, [2005] 3 S.C.R. 45, 2005 SCC 60. In *Dubai Aluminium*, the House of Lords, at para. 23, referred with approval to the principles of vicarious liability set out by McLachlin J. in *Bazley* as an aid to the interpretation of the English equivalent of s. 12. These principles were summarized by McLachlin J. (as she then was) in *Bazley*, at paras. 37 and 41, as follows:

> . . . the policy purposes underlying the imposition of vicarious liability on employers are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization).
>
> . . .
>
> Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated to the employer's desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of provision of an adequate and just remedy and deterrence. [Emphasis in original.]

Section 12 of the *Partnership Act* should be interpreted in a manner consistent with these principles. The "ordinary course of the business" test thus requires Strother's wrong to be "so connected" with the partnership business that it can be said that Davis introduced the risk of the wrong that befell its client Monarch and is thereby fairly and usefully charged "with its management and minimization".

While, of course, the Court of Appeal is correct that acceptance of personal financial benefits by a rogue partner was not in the ordinary course of the business of Davis, the fact is that the wrongful act in this case was "so connected" with Davis's ordinary business that it led to a contractual breach of Monarch's retainer of Davis. *Both* Monarch and Sentinel retained Davis to provide professional services. Darc did not approach Strother in January

of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, [2005] 3 R.C.S. 45, 2005 CSC 60. Dans le cadre de l'interprétation d'une disposition législative anglaise correspondant à l'art. 12, au par. 23 de l'arrêt *Dubai Aluminium*, la Chambre des lords s'est référée, en les approuvant, aux principes de la responsabilité du fait d'autrui formulés par la juge McLachlin dans l'arrêt *Bazley*. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a résumé ainsi ces principes dans l'arrêt *Bazley*, aux par. 37 et 41 :

> . . . les objectifs de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire).
>
> . . .
>
> La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle, même si elle n'a rien à voir avec les souhaits de l'employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d'autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. [Souligné dans l'original.]

L'article 12 de la *Partnership Act* doit être interprété d'une manière conforme à ces principes. Le critère du « cours normal des affaires » exige donc que la faute de M. Strother soit « si étroitement liée » aux affaires de la société de personnes qu'il est possible de dire que le cabinet Davis a créé le risque de faute pour sa cliente Monarch et qu'il est donc équitablement et utilement chargé « de le gérer et de le réduire ».

106 Bien que la Cour d'appel ait évidemment raison d'affirmer que l'acceptation d'avantages financiers personnels par un associé peu scrupuleux ne faisait pas partie du cours normal des affaires du cabinet Davis, il reste que l'acte fautif en l'espèce était « si étroitement lié » aux affaires normales du cabinet Davis qu'il a entraîné une violation contractuelle du mandat confié à ce dernier par Monarch. Monarch et Sentinel ont *toutes les deux* retenu les services

1998 to do a little frolic on the side. The January 30, 1998 memo between Darc and Strother called for the provision by the Davis firm of legal services, e.g.:

> Davis & Company will form two limited partnerships and two corporations as the initial entities which will be used in the structure. . . .
>
> Davis & Company will apply for an advance income tax ruling, the application for which will be supported by draft agreements, reviewed by you and the participating film or television studio (likely a Viacom entity). . . .
>
> . . .
>
> If we are successful in obtaining an advance income tax ruling from Revenue Canada, we will retain Davis & Company to prepare and file an offering memorandum and prepare relevant transaction documents to effect a syndication offering to implement the transactions described in the ruling. . . .

(Monarch's A.R., at pp. 888-89)

107 As to Monarch, the provision of timely and candid legal advice was the essence of the retainer. Davis's failure to perform this retainer properly is explicable, as Newbury J.A. found, by Strother's decision to keep Monarch "in the dark", which resulted from his conflicting personal financial interest. It is not possible, in my view, to disentangle Strother's wrongful act from the "ordinary business" of Davis so as to hold that Strother was off "on a frolic of his own". In these circumstances the "twin objectives" of compensation of the wronged client and deterrence of faithless fiduciaries will generally be furthered by vicarious liability, e.g., by encouraging greater vigilance by other partners, even though in some cases (as here) it may be difficult to know what more the other partners ought to have done to keep Strother out of trouble.

professionnels du cabinet Davis. Monsieur Darc ne s'est pas adressé à M. Strother en janvier 1998 pour lui confier un petit travail d'appoint. Dans la note de service du 30 janvier 1998 échangée entre MM. Darc et Strother, on sollicitait la prestation de services juridiques par le cabinet Davis :

> [TRADUCTION] Davis & Company formera deux sociétés en commandite et deux sociétés par actions étant donné que les entités initiales seront utilisées dans la structure. . .
>
> Davis & Company présentera une demande de décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, laquelle demande sera appuyée d'avant-projets de contrat, examinés par vous et le studio cinématographique ou de télévision participant (vraisemblablement une entité Viacom). . .
>
> . . .
>
> Si nous réussissons à obtenir de Revenu Canada une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nous retiendrons les services de Davis & Company pour qu'il rédige et dépose une notice d'offre et prépare les documents relatifs à des opérations requis pour présenter une offre de consortialisation applicable aux opérations décrites dans la décision. . .

(d.a. Monarch, p. 888-889)

Quant à Monarch, la fourniture de conseils juridiques en temps utile et en toute franchise constituait l'élément fondamental du mandat. Comme l'a conclu la juge Newbury, le défaut du cabinet Davis d'exécuter correctement ce mandat peut s'expliquer par la décision de M. Strother de maintenir Monarch « dans l'ignorance », décision qui résultait de son intérêt financier personnel conflictuel. Il n'est pas possible, selon moi, de dissocier l'acte fautif de M. Strother du « cours normal des affaires » du cabinet Davis et de conclure, sur cette base, que M. Strother agissait « uniquement de son propre chef ». Dans ces circonstances, la responsabilité du fait d'autrui favorisera généralement l'atteinte du « double objectif » de l'indemnisation du client lésé et de la dissuasion des fiduciaires déloyaux, en encourageant notamment les autres associés à être plus vigilants, même si dans certains cas (comme en l'espèce) il peut se révéler difficile de savoir ce que les autres associés auraient dû faire de plus pour éviter que M. Strother s'attire des ennuis.

If Davis is called on to pay monies to Monarch on the basis of vicarious liability, Davis will no doubt seek to claim indemnity from Strother. If, in the circumstances, the claim is allowed and the rogue partner can pay, the firm is protected. If the rogue partner cannot pay, the legislature has decided that there is no good reason why the loss or injury should be inflicted on the innocent client rather than on the partnership which put the rogue partner in a professional position to do what he or she did.

Si le cabinet Davis est appelé à verser de l'argent à Monarch sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, il n'y a pas de doute qu'il cherchera à se faire indemniser par M. Strother. Si, dans ces circonstances, cette demande était accueillie et que l'associé peu scrupuleux était en mesure de payer, le cabinet serait alors protégé. Le législateur a décidé que, si l'associé peu scrupuleux n'est pas en mesure de payer, rien ne justifie de faire supporter la perte ou le préjudice par le client innocent plutôt que par la société de personnes qui, en tant qu'employeur de l'associé peu scrupuleux, a placé ce professionnel dans une situation où il a pu faire ce qu'il a fait. 108

6. Abuse of Monarch's Confidential Information

6. Abus des renseignements confidentiels de Monarch

It is common ground that while Davis and Strother were free to put their legal skills at the service of their other clients, they could not in doing so make use of information provided in confidence by Monarch (or, for that matter, Sentinel).

Nul ne conteste que si le cabinet Davis et M. Strother étaient libres de mettre leurs compétences juridiques au service d'autres clients, ils ne pouvaient toutefois pas le faire en utilisant des renseignements confidentiels fournis par Monarch (ou, du reste, par Sentinel). 109

The Court of Appeal agreed with the trial judge that "no real element of confidentiality had been proven by Monarch as inherent in the transactional documents created by Davis for Monarch and that Monarch had not succeeded in establishing a breach of confidence 'based on similarity of documentation alone'" (BCCA #2, at para. 62). However, it did conclude with respect to Monarch's "production services deal memo" (or as it was later called, the "Production Services Agreement") that

La Cour d'appel a souscrit à l'opinion du juge de première instance voulant que [TRADUCTION] « Monarch n'[ait] pas prouvé que les documents relatifs à des opérations que le cabinet Davis avait préparés pour elle comportaient un véritable élément de confidentialité et que Monarch n'[ait] pas réussi à établir l'existence d'un abus de confiance "en se fondant uniquement sur la similitude de certains documents" » (C.A.C.-B. nº 2, par. 62). Toutefois, en ce qui concerne le [TRADUCTION] « protocole d'entente sur les services de production » de Monarch (par la suite appelé l'« accord relatif aux services de production »), la cour a tiré la conclusion suivante : 110

> some of the clauses in the Sentinel Hill documents are almost identical. In respect of this document as well, the evidence seems clear that it originated with Mr. Cheikes, as Mr. Darc admitted using the "Production Services Agreement" to create Monarch documents before leaving that company's employ.
>
> (BCCA #2, at para. 60)

> [TRADUCTION] . . . certaines clauses des documents de Sentinel Hill sont presque identiques. En ce qui concerne ce document aussi, la preuve semble clairement indiquer qu'il provenait de M. Cheikes, étant donné que M. Darc a admis avoir utilisé l'« accord relatif aux services de production » pour préparer les documents de Monarch avant de cesser de travailler pour cette société.
>
> (C.A.C.-B. nº 2, par. 60)

111 The Court of Appeal went on to conclude that "the production services deal memorandum of Sentinel Hill had its genesis in the 'Cheikes package' of documents" (BCCA #2, at para. 61). In my view, with respect, it is not enough to show that a particular transaction document has its "genesis" in a prior transaction document. Recycling precedents is the life-blood of corporate law practice. A document prepared for Client A is part of the lawyer's work product and may go through numerous iterations in the service of other clients. The practice of law would be hopelessly inefficient and costly for clients if transactional documents had to be reinvented rather than customized. Provided confidential information is not employed, it seems to me that Monarch cannot complain on this account. I would not give Monarch relief on the basis of the genesis of a document where the successor document does not itself disclose confidential information of the claimant contained in the earlier document.

La Cour d'appel a ajouté que [TRADUCTION] « le protocole d'entente sur les services de production de Sentinel Hill émanait de l'"ensemble des documents" de M. Cheikes » (C.A.C.-B. nº 2, par. 61). Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'il ne suffit pas de démontrer qu'un document relatif à une opération « émane » d'un document antérieur de même nature. La réutilisation de précédents est un aspect essentiel de la pratique du droit des sociétés. Un document préparé pour le client A fait partie des préparatifs de l'avocat et peut être modifié de nombreuses fois pour servir d'autres clients. La pratique du droit serait désespérément inefficace et coûteuse pour les clients s'il fallait chaque fois recréer des documents relatifs à des opérations plutôt que de personnaliser ceux qui existent déjà. À moins que des renseignements personnels n'aient été utilisés, il me semble que Monarch ne peut pas se plaindre à cet égard. J'estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder à Monarch une réparation fondée sur les origines d'un document si le document en question ne divulgue pas au sujet de Monarch des renseignements confidentiels qui figuraient dans le document antérieur.

E. *Monarch's Cross-Appeal Against Paul Darc*

112 I would dismiss Monarch's claim against Darc for the reasons given by Newbury J.A.

E. *Pourvoi incident de Monarch contre Paul Darc*

Pour les motifs exposés par la juge Newbury, je suis d'avis de rejeter la demande de Monarch visant M. Darc.

V. Disposition

113 I would dismiss the Strother appeals against the finding that, in 1998, Strother put himself in a position of conflict between his duty to Monarch and his personal financial interest. To further this interest, he failed to provide Monarch in 1998 with the legal advice to which Monarch was entitled. With respect to remedy, the Strother appeals are allowed in part. Strother must account to Monarch for the personal profit gained directly from the Sentinel group and indirectly through his earnings as a Davis partner on account of billings to Monarch, but only for the period January 1, 1998 to March 31, 1999. As agreed by the parties, a reference is directed to determine the appropriate calculation

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois formés par M. Strother à l'égard de la conclusion selon laquelle, en 1998, il s'est placé en situation de conflit d'intérêts du fait de son obligation envers Monarch et de son intérêt financier personnel. Pour favoriser cet intérêt, il a omis, en 1998, de donner à Monarch les conseils juridiques auxquels celle-ci avait droit. Quant à la réparation, les pourvois de M. Strother sont accueillis en partie. Monsieur Strother doit rendre compte à Monarch du profit personnel qu'il a tiré directement du groupe Sentinel et indirectement grâce au revenu qu'il a touché en tant qu'associé du cabinet Davis pour les services facturés à Monarch, mais uniquement pour la période du

of Strother's profit. Monarch is to have a money judgment against Strother in the sum thus ascertained.

The appeal by Davis against the decision of the Court of Appeal is allowed in part. Davis committed no breach of fiduciary duty to Monarch and is not liable for Strother's breaches of fiduciary duty, of which its partners are innocent, except under the terms of s. 12 of the *Partnership Act*. The liability of Davis is limited to vicarious liability for the sum found to be due by Strother to Monarch under the preceding paragraph.

Monarch's cross-appeal is dismissed with costs.

Except as aforesaid, all parties and the intervener will bear their own costs in light of the divided success.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part on the appeals) —

I. Introduction

It is fundamental to the practice of law that a lawyer acts for many clients. It is equally basic that specialized lawyers act for many clients in the same line of business, some of whom may be competitors. Lawyers and law firms are permitted to act for multiple clients in the same line of business, provided they avoid conflicts of interest.

The issue before us is whether, on the facts of this case, a conflict arose. Justice Binnie concludes that it did, and holds as a consequence that the

1er janvier 1998 au 31 mars 1999. Comme l'ont convenu les parties, un renvoi est ordonné aux fins de détermination du profit réalisé par M. Strother. Un jugement condamnant M. Strother à verser à Monarch la somme ainsi déterminée sera rendu.

114 Le pourvoi du cabinet Davis contre la décision de la Cour d'appel est accueilli en partie. Le cabinet Davis n'a manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch et n'est pas responsable des manquements de M. Strother à cet égard, au sujet desquels ses associés n'ont rien à se reprocher, sous réserve des dispositions de l'art. 12 de la *Partnership Act*. Le cabinet Davis est uniquement responsable du fait d'autrui à l'égard de la somme qui, dans le paragraphe précédent, est déclarée due à Monarch par M. Strother.

115 Le pourvoi incident de Monarch est rejeté avec dépens.

116 Sous réserve de ce qui précède, toutes les parties et l'intervenante supporteront leurs propres dépens compte tenu du succès partagé obtenu en l'espèce.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel et Abella rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie quant aux pourvois) —

I. Introduction

117 Un aspect fondamental de la pratique du droit est qu'un avocat agit pour le compte de nombreux clients. Il est également normal que les avocats spécialisés représentent de nombreux clients dans un même secteur d'activité, dont certains peuvent être des concurrents. Les avocats et les cabinets d'avocats ont le droit d'agir pour le compte de multiples clients œuvrant dans un même secteur d'activité, pourvu toutefois qu'ils évitent les conflits d'intérêts.

118 La question que nous devons trancher est de savoir si, à la lumière des faits de la présente affaire, il y avait conflit. Le juge Binnie conclut que oui

lawyer, Mr. Robert C. Strother, must pay to his first client, Monarch, a significant portion of the money he earned with the second client. I respectfully disagree. In my view, whether a conflict between two clients exists is dependent on the scope of the retainer between the lawyer and the client in question. The fiduciary duties owed by the lawyer are molded by this retainer, as they must be in a world where lawyers represent more than one client.

119 The trial judge made clear findings of fact as to the limited scope of the retainer between Davis and Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, at paras. 10 and 106-8), and on this basis concluded that no conflict arose when Strother took on a second client in the same line of business. It is not open to this Court to revisit the trial judge's findings, absent a palpable and overriding error. There are no such errors. Nor is it open to us to superimpose a broad fiduciary obligation independent of and inconsistent with the retainer. It follows that the trial judge's conclusion that no conflict arose should be upheld and Strother's appeals allowed. I would dismiss the cross-appeal.

II. Background

120 The *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), in the 1990s permitted tax-sheltered investments in Canadian-made films. Monarch established a business putting together film makers and investors who wished to take advantage of such tax shelters. Strother, a tax lawyer in the firm Davis & Company, a partnership (also referred to as "Davis"), acted as Monarch's lawyer in connection with this business; indeed, in the mid-90s Monarch was Strother's biggest client.

121 Effective October 1997, the government ended the tax-shelter scheme by introducing new

et statue, en conséquence, que l'avocat, Robert C. Strother, doit verser à sa première cliente, Monarch, une partie importante de l'argent qu'il a gagné avec sa deuxième cliente. En toute déférence, je suis en désaccord avec mon collègue. À mon avis, la question de savoir s'il existe un conflit entre deux clients dépend de la portée du mandat conclu entre l'avocat et le client concerné. Les obligations fiduciaires de l'avocat sont façonnées par ce mandat, comme elles doivent l'être dans un milieu où les avocats représentent plus d'un client.

Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait claires sur la portée limitée du mandat conclu entre le cabinet Davis et Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, par. 10 et 106-108) et a, sur ce fondement, estimé qu'aucun conflit n'a pris naissance lorsque M. Strother a accepté une deuxième cliente provenant du même secteur d'activité. Il n'appartient pas à notre Cour de revenir sur les conclusions du juge de première instance, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Aucune erreur de cette nature n'a été commise. Il ne nous est pas non plus loisible de superposer au mandat une obligation fiduciaire générale qui soit indépendante de ce mandat et incompatible avec celui-ci. Il s'ensuit que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y avait pas de conflit devrait être maintenue, et que les pourvois de M. Strother devraient être accueillis. Je rejetterais le pourvoi incident.

II. Contexte

Au cours des années 1990, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), permettait d'effectuer des investissements exempts d'impôt dans la production de films canadiens. Monarch a mis sur pied une entreprise qui réunissait des cinéastes et des investisseurs qui souhaitaient profiter de ces abris fiscaux. Monsieur Strother, avocat fiscaliste du cabinet Davis & Company, société de personnes (ci-après le « cabinet Davis »), a agi pour le compte de Monarch à cet égard; en fait, au milieu des années 1990, Monarch était la principale cliente de M. Strother.

Le gouvernement a mis fin à ce régime d'abris fiscaux en introduisant de nouvelles règles sur les

Matchable Expenditures Rules. Strother advised Monarch that he saw no way to get around these rules. He had no technical fix, and even if he could devise one, he did not consider that any advance tax ruling could be obtained, given the new rules. This advice was consistent with advice being given by other tax lawyers to other clients at the time. The trial judge found that the advice Strother gave Monarch at the end of 1997 was correct at the time and that Strother "concealed nothing from Monarch in 1997 in order to take a benefit for himself" (para. 91).

dépenses à rattacher, qui ont pris effet en octobre 1997. Monsieur Strother a informé Monarch qu'il ne voyait aucun moyen de contourner ces règles. Il n'avait pas de solution technique à proposer, et même s'il pouvait en trouver une, il n'estimait pas pouvoir obtenir une décision anticipée en matière d'impôt en raison des nouvelles règles. Cet avis concordait avec celui que d'autres avocats fiscalistes donnaient à d'autres clients à l'époque. Le juge de première instance a conclu que l'avis que M. Strother a donné à Monarch à la fin de 1997 était juste à l'époque et que [TRADUCTION] « en 1997 M. Strother n'[avait] rien dissimulé à Monarch dans le but de tirer un avantage personnel » (par. 91).

Monarch wound down its business. Its exclusive written retainer with Davis ended as of December 31, 1997 and was not renewed. That retainer had been a comprehensive written document addressing all aspects of the legal services Davis was to provide to Monarch. It required Strother to stay apprised, and to keep Monarch apprised, of all legal developments that could affect Monarch's ability to continue to promote tax-assisted film production services, and remunerated him for this duty. The new retainer was, as the trial judge put it, "decidedly different" (para. 104).

122 Monarch a mis fin à ses activités. Le mandat d'exclusivité écrit qu'elle avait conclu avec le cabinet Davis a expiré le 31 décembre 1997 et n'a pas été renouvelé. Ce mandat expiré était un document exhaustif qui régissait tous les aspects des services juridiques que le cabinet Davis devait fournir à Monarch. Aux termes de ce document, M. Strother devait, contre rémunération, rester informé et garder Monarch informée de toute évolution de la loi qui pourrait avoir une incidence sur la capacité de Monarch de continuer à faire la promotion d'investissements dans les services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Comme l'a affirmé le juge de première instance, le nouveau mandat était [TRADUCTION] « nettement différent » (par. 104).

The trial judge made the following specific findings on the terms of the new retainer between Davis and Monarch. It did not provide for ongoing remuneration. Strother was to provide advice to Monarch only if Monarch specifically asked for it, and only if Strother agreed to provide it. Strother was free to act for competitors and was not obliged to disclose any information of a competitive nature to Monarch.

123 Le juge de première instance a tiré les conclusions particulières suivantes au sujet des conditions du nouveau mandat conclu entre le cabinet Davis et Monarch. Ce mandat ne prévoyait pas de rémunération continue. Monsieur Strother devrait donner des conseils à Monarch uniquement si celle-ci les sollicitait expressément et s'il acceptait de les lui donner. Celui-ci était libre d'agir pour le compte de concurrents et n'était pas tenu de divulguer à Monarch des renseignements de nature concurrentielle.

Throughout 1998 and into 1999, Davis & Company performed "clean-up" and corporate services for Monarch, for which it was paid approximately $98,000. Monarch's executives testified

124 Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet Davis a fourni à Monarch, moyennant la somme approximative de 98 000 $, des services administratifs et d'autres services de règlement

that they relied on Strother during this period to advise if there was a way around the new rules. The trial judge held, however, that under the narrow 1998 retainer, Strother was under no on-going duty to provide Monarch with any advice on these matters. The trial judge saw Strother's fiduciary duty as tied to the limited duties imposed by the retainer. In his view, Strother's fiduciary duty "did not serve to broaden his contractual duty in the sense of requiring him to give advice or [to] provide information beyond what his firm's retainer required" (para. 45).

de questions en suspens. Les cadres de Monarch ont témoigné que, pendant cette période, ils comptaient sur M. Strother pour les informer s'il existait un moyen de contourner les nouvelles règles. Le juge de première instance a cependant conclu que, aux termes du mandat limité de 1998, M. Strother n'avait aucune obligation continue de donner à Monarch des conseils à cet égard. Le juge de première instance considérait que l'obligation fiduciaire de M. Strother était liée aux devoirs limités imposés par le mandat. À son avis, l'obligation fiduciaire de M. Strother [TRADUCTION] « n'avait pas pour effet d'élargir son obligation contractuelle au point de l'obliger à donner des conseils ou à fournir des renseignements au-delà de ce qui était requis par le mandat confié à son cabinet » (par. 45).

125 In late 1997 or early 1998, a new client, Mr. J. Paul Darc, a former employee of Monarch, approached Strother with a new idea that he had come up with on his own for a film production tax-shelter business that he believed might not be barred by the government's new rules. The trial judge found that the limited terms of the Davis-Monarch retainer at this time permitted Strother to take Darc on as a new client and to act for his company, Sentinel Hill Entertainment Corporation ("Sentinel Hill" or "Sentinel"), and that Strother was not obliged to advise Monarch of anything he learned from this new client. While skeptical of Darc's idea (the trial judge found Strother honestly believed the film production tax-shelter business dead for good), Strother agreed to help Darc. In lieu of fees, Strother agreed to take a percentage of any profit. Strother drafted a proposal based on Darc's idea and submitted it in the name of Sentinel Hill to Revenue Canada in March 1998.

À la fin de 1997 ou au début de 1998, un nouveau client, J. Paul Darc, ancien employé de Monarch, s'est adressé à M. Strother pour lui faire part d'une nouvelle idée qu'il avait eue concernant des activités relatives à des abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique qui, selon lui, ne seraient peut-être pas interdites par les nouvelles règles du gouvernement. Le juge de première instance a estimé que les conditions limitées du mandat qui liait alors Monarch et le cabinet Davis permettaient à M. Strother de prendre M. Darc comme nouveau client et d'agir pour le compte de son entreprise Sentinel Hill Entertainment Corporation (« Sentinel Hill » ou « Sentinel »), et que M. Strother n'était pas tenu d'informer Monarch de ce qu'il apprendrait de ce nouveau client. Bien que M. Strother ait accueilli avec scepticisme l'idée de M. Darc (le juge de première instance a conclu que M. Strother croyait sincèrement que les activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique avaient cessé définitivement), il a accepté d'aider M. Darc. Au lieu d'honoraires, il a consenti à toucher un pourcentage des profits qui pourraient être réalisés. Il a rédigé une proposition fondée sur l'idée de M. Darc, qu'il a soumise, au nom de Sentinel Hill, à Revenu Canada en mars 1998.

126 In October 1998, Revenue Canada responded to the Sentinel Hill proposal with a favourable ruling, followed by a further ruling addressing studio

En octobre 1998, Revenu Canada a répondu à la proposition de Sentinel Hill en rendant une décision favorable à cette dernière, laquelle décision a

concerns in December 1998. Acting on these rulings, Sentinel Hill closed $260 million in studio production transactions by the end of 1998. Strother's involvement with Sentinel's business led to his leaving Davis & Company as of March 31, 1999. Ultimately, Strother's share of Sentinel's profits appears to have been about $32 million.

été suivie, en décembre 1998, d'une autre décision portant sur les préoccupations des studios. Forte de ces décisions, Sentinel Hill avait effectué, à la fin de 1998, des opérations de production en studio de 260 millions de dollars. La participation de M. Strother aux activités de Sentinel a amené celui-ci à quitter le cabinet Davis le 31 mars 1999. En définitive, la part des profits de Sentinel touchée par M. Strother paraît s'être élevée à environ 32 millions de dollars.

Strother never told Monarch about Darc's idea. Monarch learned of the favourable tax ruling obtained by Sentinel four months after its issuance. The trial judge found that even if Monarch had been told of the new possibility, it would not have re-entered the film production tax-shelter business in 1998. Monarch was less competitive than others at the time, in part because it had dismantled its operations. The trial judge found that Monarch's claim was essentially based on hindsight.

127 Monsieur Strother n'a jamais fait part à Monarch de l'idée de M. Darc. Monarch a entendu parler de la décision fiscale favorable obtenue par Sentinel quatre mois après qu'elle eut été rendue. Le juge de première instance a estimé que, même si on lui avait parlé de la nouvelle possibilité, Monarch n'aurait pas repris, en 1998, ses activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique. À l'époque, Monarch était moins compétitive que d'autres entreprises, notamment parce qu'elle avait mis fin à ses activités. Le juge de première instance a conclu que la demande de Monarch était essentiellement fondée sur la connaissance d'événements ultérieurs.

Monarch's case rests on its contention that it continued to look to Strother for advice on film tax shelters in late 1997 and up to September 1998. The trial judge accepted that there were some conversations between Strother and Monarch's principals, Harry Knutson and Stephen Cheikes, in this period. However, consistent with his finding that Monarch had effectively wound up its film production tax-shelter business, he concluded the conversations related to other kinds of business. Because they are critical to the case, I set out the trial judge's findings on the issue:

128 La thèse de Monarch repose sur sa prétention qu'elle a continué de s'adresser à M. Strother pour obtenir des conseils sur les abris fiscaux dans le domaine cinématographique à partir de la fin de 1997 jusqu'en septembre 1998. Le juge de première instance a reconnu que, pendant cette période, M. Strother avait eu des conversations avec les dirigeants de Monarch, Harry Knutson et Stephen Cheikes. Toutefois, conformément à sa conclusion que Monarch avait effectivement cessé ses activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique, il a jugé que ces conversations avaient porté sur d'autres sujets. En raison de leur caractère crucial en l'espèce, je reproduis les conclusions du juge de première instance à cet égard :

What was said at the meetings in 1997 and 1998 was obviously said in the context of the government's termination of tax shelters and of Monarch having stopped doing that business in the same way as had both Grosvenor Park and Alliance. In other words, Mr. Knutson and Mr. Cheikes were not consulting

[TRADUCTION] Les propos échangés lors des réunions de 1997 et de 1998 l'ont de toute évidence été au moment où le gouvernement mettait fin aux abris fiscaux et après que Monarch eut cessé ses activités dans ce domaine, comme l'avaient fait Grosvenor Park et Alliance. Autrement dit, MM. Knutson et Cheikes ne

Mr. Strother for advice on the Rules that had put an end to their tax shelter business or to explore whether there was any possibility of that business in some way being continued. They had no reason to do so and had no expectation of receiving any advice in that regard. What they wanted to know was whether Monarch could do anything else apart from tax-sheltered financing. Mr. Strother says that, in general terms, the focus of the meetings he had with Mr. Knutson in January was to consider what Monarch might do, and Mr. Knutson says that it was not until the end of January that he was able to get Mr. Strother to sit down and focus on talking about new business opportunities. The subject of tax-shelter financing never arose. The only real advice Mr. Strother appears to have given was with respect to the loss-co idea. He was not asked to advise on tax-shelters and he did not do so. [Emphasis added; para. 100.]

129 Monarch sued Strother and Davis & Company for breach of fiduciary duty and breach of confidence. (Other claims and counter-claims need not be considered here.) The trial judge dismissed these claims on the basis of the 1998 Davis-Monarch retainer, and on the basis that nothing confidential to Monarch had been used in services provided to Darc and Sentinel Hill.

130 The Court of Appeal, *per* Newbury J.A., allowed Monarch's appeal in part ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35). It held that the trial judge erred in holding that Strother's duty did not extend beyond what the firm's retainer required. Since Monarch was still a client of the firm, Strother had an ongoing duty to advise Monarch of any developments in the field even under the narrow 1998 retainer. Taking Darc and Sentinel on as clients thus resulted in a conflict of interest: he had a duty to Monarch to tell it about Darc's idea, and a duty to Darc and Sentinel not to do so. In the court's view, the trial judge's conclusion that Monarch would likely not have taken up the opportunity to re-enter the business, had it been advised of the possibility in 1998, did not prevent recovery of equitable remedies against Strother for breach of his fiduciary duty. The court ordered disgorgement

consultaient pas M. Strother pour obtenir un avis sur les règles qui avaient mis fin à leurs activités relatives aux abris fiscaux ni pour étudier la possibilité de poursuivre de quelque façon ces activités. Ils n'avaient aucune raison de le faire et ne s'attendaient pas à recevoir des conseils à cet égard. Ce qu'ils voulaient savoir c'était si Monarch pouvait faire autre chose que du financement exonéré d'impôt. Monsieur Strother dit que, de façon générale, les rencontres qu'il a eues en janvier avec M. Knutson portaient sur la question de savoir ce que Monarch pourrait faire, et M. Knutson affirme que ce n'est qu'à la fin de janvier qu'il a réussi à s'asseoir avec M. Strother pour parler de nouvelles occasions d'affaires. La question du financement exonéré d'impôt n'a jamais été soulevée. Le seul véritable conseil que M. Strother paraît avoir donné concernait l'idée de la « société-perte ». On ne lui a pas demandé son avis sur les abris fiscaux et il ne l'a pas donné. [Je souligne; par. 100.]

Monarch a intenté contre M. Strother et le cabinet Davis une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance. (Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner les autres demandes et demandes reconventionnelles.) Le juge de première instance a rejeté ces demandes en raison du mandat de 1998 liant le cabinet Davis et Monarch et parce que les services fournis à M. Darc et à Sentinel Hill n'avaient comporté l'utilisation d'aucun renseignement confidentiel de Monarch.

La Cour d'appel a, sous la plume de la juge Newbury, accueilli en partie l'appel de Monarch ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35). Elle a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que l'obligation de M. Strother n'allait pas au-delà de ce qui était requis par le mandat du cabinet. Comme Monarch était toujours une cliente du cabinet, M. Strother avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine, et ce, même suivant les termes du mandat limité de 1998. Ainsi, le fait de prendre M. Darc et Sentinel comme clients a donné naissance à un conflit d'intérêts : M. Strother avait, envers Monarch, le devoir de l'informer de l'idée de M. Darc et, envers M. Darc et Sentinel, le devoir de ne pas informer Monarch de son idée. Selon la cour, la conclusion du juge de première instance, selon laquelle Monarch n'aurait probablement pas

to Monarch of all benefit and profit, direct and indirect, received from Sentinel Hill.

saisi l'occasion de reprendre les activités en question si elle avait été informée de la possibilité qui s'offrait en 1998, n'empêchait pas d'exercer contre M. Strother des recours en equity fondés sur le manquement à son obligation fiduciaire. La cour a ordonné la restitution à Monarch de tous les bénéfices et profits reçus directement et indirectement de Sentinel Hill.

III. Analysis

III. Analyse

In my view, the Court of Appeal erred in holding that Strother's duty to Monarch extended beyond the terms of the 1998 retainer agreement with Monarch, grounding an on-going duty to advise Monarch of any developments in the film production tax-shelter business.

131 À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en jugeant que le devoir de M. Strother envers Monarch débordait les conditions du mandat de 1998 confié par celle-ci et faisait qu'il avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique.

A. *Strother's Duty to Monarch*

A. *L'obligation de M. Strother envers Monarch*

When does a conflict of interest arise? This is the question at the heart of Strother's appeals. The answer is that a conflict arises when a lawyer puts himself or herself in a position of having irreconcilable duties or interests: *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.); *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70. It follows that the first question where conflict of interest is alleged is what duty the lawyer owed to the client alleging the conflict. The second question is whether the lawyer owed a duty to another client, or held a personal interest, that conflicted with the first duty.

132 Dans quelles circonstances un conflit d'intérêts prend-il naissance? Cette question est au cœur des pourvois de M. Strother. La réponse est qu'un conflit prend naissance lorsqu'un avocat se place dans une situation où il a des obligations ou intérêts inconciliables : *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.); *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70. Il s'ensuit que, en cas d'allégation de conflit d'intérêts, il faut d'abord déterminer la nature de l'obligation que l'avocat avait envers le client qui allègue l'existence du conflit. Il faut ensuite se demander si l'avocat avait envers un autre client une obligation ou encore un intérêt personnel qui entrait en conflit avec la première obligation.

Turning to the first question, how is the fiduciary duty owed to a particular client to be determined? In a case such as this, one looks to the contract between the parties. As La Forest J. put it in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 407:

133 En ce qui concerne la première question, comment détermine-t-on la nature de l'obligation fiduciaire d'un avocat envers un client donné? Dans un cas comme la présente affaire, il faut examiner le contrat conclu par les parties. Comme l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 407 :

> ... many contractual agreements are such as to give rise to a fiduciary duty. The paradigm example of this class of contract is the agency agreement, in which the allocation of rights and responsibilities in the contract

> ... de nombreux contrats sont de nature à faire naître une obligation fiduciaire. L'exemple type de cette catégorie de contrats est le mandat dans lequel la répartition des droits et responsabilités donne lieu à des attentes

itself gives rise to fiduciary expectations; see *Johnson v. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod v. Sweezey*, [1944] S.C.R.111; P. D. Finn, "Contract and the Fiduciary Principle" (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.

A retainer between lawyer and client is essentially an agency agreement, albeit a special one attracting a duty of loyalty. The lawyer commits to doing certain things for the client. It is to this commitment that the fiduciary duty of loyalty attaches.

134 It follows that in a case such as this, one begins by asking what the lawyer and client have agreed the lawyer will do and on what terms. Where the retainer is written, one looks to the words of the retainer. Where it is oral, one asks what the oral terms were. Sometimes, where duties are attached to a task for which the lawyer is retained, but not precisely specified, it may be a question of implying duties. Where, as here, the lawyer and the client do not agree on the terms of the retainer, the trial judge must determine what they are and the case must be judged on that basis unless a palpable and overriding error is established. As Laskin C.J. stated, the nature and scope of a lawyer's retainer is "purely a factual question on which the findings of the trial judge should not ordinarily be upset on appeal save for error arising from misapprehension of the evidence" (*Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357, at pp. 1360-61). This is especially true where, as in this case, the alleged breach is an ethical one. The inquiry is inherently fact-based, within the domain of the trial judge.

135 The lawyer owes the client a duty to act loyally for the client in performing as agreed in the retainer. The duty of loyalty is not a duty in the air. It is attached to the obligations the lawyer has undertaken pursuant to the retainer. It is not conflict of loyalties in the abstract that raises problems, but conflicting *duties* — duties that are determined by the retainer. The problem, to use the language

de nature fiduciaire; voir *Johnson c. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod c. Sweezey*, [1944] R.C.S. 111; P. D. Finn, « Contract and the Fiduciary Principle » (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.

Un mandat entre un avocat et son client est essentiellement une entente de représentation, entente particulière qui commande certes un devoir de loyauté. L'avocat s'engage à faire certaines choses pour son client. C'est à cet engagement que se rapporte le devoir fiduciaire de loyauté.

Il s'ensuit que, dans un cas comme la présente affaire, il faut commencer par se demander ce que l'avocat et le client ont convenu que l'avocat ferait et à quelles conditions. Si le mandat est écrit, il faut en regarder le libellé. S'il est verbal, il faut s'interroger sur les conditions fixées verbalement. Parfois, lorsque des obligations se rattachent à une tâche pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus, mais que ces obligations n'ont pas été expressément définies, il peut se révéler nécessaire de déduire quelles sont ces obligations. Lorsque, comme dans le présent pourvoi, l'avocat et le client ne s'entendent pas sur les conditions du mandat, le juge de première instance doit déterminer quelles sont ces conditions et trancher l'affaire en fonction de celles-ci, à moins que l'existence d'une erreur manifeste et dominante ne soit établie. Comme l'a affirmé le juge en chef Laskin, la nature et la portée du mandat d'un avocat est « une simple question de fait; les conclusions du juge de première instance ne doivent ordinairement pas être infirmées en appel sauf s'il y a eu erreur dans l'interprétation de la preuve » (*Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357, p. 1361). Cela est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, le manquement reproché est un manquement à la déontologie. L'examen est essentiellement factuel et relève de la compétence du juge de première instance.

L'avocat a, envers son client, le devoir d'agir loyalement en fournissant les services convenus dans le mandat. Ce devoir de loyauté n'est pas quelque chose de vague. Il se rattache aux obligations que l'avocat a assumées conformément au mandat. Ce ne sont pas les conflits de loyauté dans l'abstrait qui posent des problèmes, mais les *obligations* conflictuelles — des obligations qui sont

of *Hilton*, arises when the lawyer "has conflicting duties to two clients" (para. 44) and cannot prefer one to the other — that in performing his "contractual duties" (para. 35) to one (or taking a personal interest in the matter), he will be in breach of his contractual duties to the other.

Insistence on actual conflicting duties or interests based on what the lawyer has contracted to do in the retainer is vital. If the duty of loyalty is described as a general, free-floating duty owed by a lawyer or law firm to every client, the potential for conflicts is vast. Indeed, it is difficult to see how a lawyer or law firm could ever act for two competitors. Consider, as in this case, a specialized tax lawyer who acts for client A and B, where A and B are competitors. Client A may ask for help in minimizing capital gains tax. Client B may seek advice on a tax shelter. The lawyer owes both A and B contractual and associated fiduciary duties. If the duty that the lawyer owes to each client is conceived in broad general terms, it may well preclude the lawyer from acting for each of them; at the very least, it will create uncertainty. If the duty is referenced to the retainer, by contrast, these difficulties do not arise. The lawyer is nonetheless free to act for both, provided the duties the lawyer owes to client A do not conflict with the duties he owes to client B.

This manner of viewing a lawyer's duties conforms to the realities of the legal profession and the needs of clients. Modern commerce, taxation and regulation flow together in complex, sometimes murky streams. To navigate these waters, clients require specialized lawyers. The more specialized the field, the more likely that the lawyer will act for clients who are in competition with each other. Complicating this reality is the fact that particular types of economic activity may be concentrated in

déterminées par le mandat. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Hilton*, le problème se pose lorsque l'avocat [TRADUCTION] « a des obligations conflictuelles envers deux clients » (par. 44) et ne peut favoriser l'un au détriment de l'autre — en ce sens que, s'il s'acquitte de ses « obligations contractuelles » (par. 35) envers l'un (ou qu'il acquiert un intérêt personnel dans l'affaire), il manquera alors à ses obligations contractuelles envers l'autre.

136 Il est essentiel de mettre l'accent sur l'existence d'un conflit d'obligations ou d'intérêts fondé sur ce que l'avocat s'est engagé à faire dans le mandat. Si le devoir de loyauté est décrit comme un devoir général et variable qu'un avocat ou un cabinet d'avocats a envers chacun de ses clients, le risque de conflit est élevé. En fait, il est difficile d'imaginer comment un avocat ou un cabinet d'avocats pourrait, à quelque moment que ce soit, agir pour le compte de deux concurrents. Prenons l'exemple, comme en l'espèce, d'un avocat fiscaliste qui agit pour le compte des clients A et B, des concurrents. Le client A peut lui demander de l'aider à réduire au minimum son impôt sur les gains en capital. Le client B peut solliciter un avis sur un abri fiscal. L'avocat a, tant envers A qu'envers B, des obligations contractuelles et des obligations fiduciaires connexes. Si l'obligation que l'avocat a envers chaque client est formulée en des termes larges et généraux, il est fort possible qu'elle empêche l'avocat d'agir pour chacun d'eux; à tout le moins, elle créera de l'incertitude. Par contre, si cette obligation est rattachée au mandat, ces problèmes ne se posent pas. L'avocat est néanmoins libre d'agir pour les deux clients, pourvu que les obligations qu'il a envers le client A n'entrent pas en conflit avec celles qu'il a envers le client B.

137 Cette conception des obligations de l'avocat tient compte des réalités de la profession juridique et des besoins des clients. De nos jours, le commerce, la fiscalité et la réglementation des différents secteurs d'activité forment des méandres complexes et parfois obscurs. Pour naviguer dans ces eaux, les clients ont besoin d'avocats spécialisés. Plus le domaine est spécialisé, plus l'avocat est susceptible d'agir éventuellement pour le compte de clients concurrents. Le fait que certaines formes d'activité

particular regions. The obligation of the legal profession is to provide the required services. Yet in doing so, lawyers and law firms must inevitably act for competitors.

138 Practical considerations such as these cannot be used to dilute the rigor of the fiduciary duties that the law rightly demands of lawyers. Rather, they explain why the law has developed a precise conception of the lawyer's duty grounded in the contract of retainer. Our law rightly imposes rigorous fiduciary duties on lawyers, but it also recognizes the need to ensure that fiduciary obligations remain realistic and meaningful in the face of the realities of modern practice.

139 Binnie J., speaking for the Court, captured these realities when he wrote in *Neil*, at para. 29:

> . . . a bright line is required. The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client . . . . [Emphasis added.]

140 Whether an interest is "directly" adverse to the "immediate" interests of another client is determined with reference to the duties imposed on the lawyer by the relevant contracts of retainer. This precision protects the clients, while allowing lawyers and law firms to serve a variety of clients in the same field. This is in the public interest. As Binnie J. observed in *Neil*, at para. 15:

> An unnecessary expansion of the duty may be as inimical to the proper functioning of the legal system as would its attenuation. The issue always is to determine what rules are sensible and necessary and how best to achieve an appropriate balance among the competing interests.

141 This view of the matter does not conflict with the traditional view of the fiduciary duty owed by lawyer to client. The fiduciary duty between lawyer and client is rooted in the contract between them.

économique puissent être concentrées dans certaines régions vient compliquer encore davantage cette réalité. Les membres de la profession juridique ont l'obligation de fournir les services requis. Cependant, lorsqu'ils s'acquittent de cette obligation, les avocats et cabinets d'avocats sont inévitablement appelés à agir pour le compte de concurrents.

De telles considérations pratiques ne sauraient être invoquées pour atténuer les obligations fiduciaires que le droit impose à juste titre aux avocats. Elles expliquent plutôt pourquoi le droit a adopté une conception précise de l'obligation de l'avocat qui repose sur le mandat. Notre droit impose à juste titre aux avocats des obligations fiduciaires strictes, tout en reconnaissant la nécessité de faire en sorte que ces obligations demeurent réalistes et utiles eu égard aux réalités de la pratique moderne.

S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a cerné ainsi ces réalités dans l'arrêt *Neil*, par. 29 :

> . . . une ligne de démarcation très nette est requise. Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel . . . [Je souligne.]

Pour déterminer si un intérêt est « directement » opposé aux intérêts « immédiats » d'un autre client, il faut se reporter aux obligations que les mandats pertinents imposent à l'avocat. Cette précision protège les clients tout en permettant aux avocats et aux cabinets d'avocats de fournir leurs services à divers clients du même secteur. Il est dans l'intérêt public qu'il en soit ainsi. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans l'arrêt *Neil*, par. 15 :

> Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents.

Cette façon d'envisager la question n'entre pas en conflit avec la perception traditionnelle de l'obligation fiduciaire de l'avocat envers son client. L'obligation fiduciaire qui existe entre un avocat et

It enhances the contract by imposing a duty of loyalty with respect to the obligations undertaken, but it does not change the contract's terms. Rather, it must be molded to those terms. The classic statement of Mason J. of the High Court of Australia in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, at p. 97, has been endorsed by the Privy Council in *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205, at p. 215 (*per* Lord Browne-Wilkinson), and in *Hilton*, at para. 30:

> . . . the existence of a basic contractual relationship has in many situations provided a foundation for the erection of a fiduciary relationship. In these situations it is the contractual foundation which is all important because it is the contract that regulates the basic rights and liabilities of the parties. The fiduciary relationship, if it is to exist at all, must accommodate itself to the terms of the contract so that it is consistent with, and conforms to, them. The fiduciary relationship cannot be superimposed upon the contract in such a way as to alter the operation which the contract was intended to have according to its true construction. [Emphasis added.]

For these reasons, I conclude that the starting point in determining whether a conflict of interest arose in a particular case is the contract of retainer between the lawyer and the complaining party. The question then is whether these duties conflicted with the lawyer's duties to a second client, or with his personal interests. If so, the lawyer's duty of loyalty is violated, and breach of fiduciary duty is established. This is the position on the authorities which the courts must follow. This does not, of course, preclude law societies from imposing additional ethical duties on lawyers. They are better attuned than the courts to the modern realities of legal practice and to the needs of clients. If the obligations of lawyers are to be extended beyond their established bounds, it is for these bodies, not the courts, to do so.

Here, the trial judge was correct to begin by asking what the contract obliged Strother to do for

son client trouve sa source dans le contrat qui les lie. Elle renforce le contrat en imposant un devoir de loyauté à l'égard des obligations contractées, mais elle ne change rien aux conditions du contrat. Au contraire, elle doit être adaptée à ces conditions. L'énoncé classique du juge Mason de la Haute Cour d'Australie dans la décision *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, p. 97, a été approuvé par le Conseil privé dans l'arrêt *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205, p. 215 (lord Browne-Wilkinson), et dans l'arrêt *Hilton*, par. 30 :

> [TRADUCTION] . . . l'existence d'une relation contractuelle de base a, dans de nombreux cas, servi de fondement à l'établissement d'une relation fiduciaire. Dans ces cas, c'est le fondement contractuel qui importe, car c'est le contrat qui régit les droits et obligations fondamentaux des parties. Si elle doit exister, la relation fiduciaire doit s'adapter aux conditions du contrat de façon à être compatible avec celles-ci et à s'y conformer. Elle ne peut pas se superposer au contrat de façon à modifier l'effet qu'il est censé avoir selon son sens véritable. [Je souligne.]

142 Pour ces motifs, j'estime que, pour décider si un conflit d'intérêts a pris naissance dans un cas donné, il faut commencer par examiner le mandat liant l'avocat et la partie plaignante. Il s'agit alors de déterminer si ces obligations entraient en conflit soit avec les obligations que l'avocat avait envers un deuxième client soit avec les intérêts personnels de cet avocat. Dans l'affirmative, il y a manquement au devoir de loyauté de l'avocat et l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire est établie. Tel est le point de vue que la jurisprudence a adopté et que les tribunaux doivent suivre. Il est évident que cela n'empêche pas les barreaux d'imposer à leurs membres des obligations déontologiques supplémentaires. Ils sont plus au fait que les tribunaux des réalités modernes de la pratique du droit et des besoins des clients. S'il se révèle nécessaire d'élargir au-delà des limites existantes les obligations des avocats, il appartient à ces organismes, et non aux tribunaux, de le faire.

143 En l'espèce, le juge de première instance a eu raison de commencer par se demander ce que le

Monarch. Whatever he undertook to do, he was bound to do it with complete loyalty in accordance with his fiduciary obligation. He could not acquire other duties to other clients or personal interests that might conflict with his duties to Monarch under the retainer. But by the same token, he was entitled to take on duties to other clients or acquire personal interests that were not directly adverse to his duties to Monarch, as defined by the firm's contract of retainer with Monarch.

144 The trial judge, as discussed, found that after the end of 1997, a new and limited retainer was in effect with Monarch. He found that the retainer was "decidedly different" from what it was in 1997 in a number of important respects. Monarch was completely out of the tax-shelter business and the whole basis for the pre-1998 retainer had disappeared. There was no contractual obligation for Strother to provide any advice to Monarch that was not specifically sought and no longer any provision for Davis to be remunerated for advice that was not specifically sought. Strother's only duty on this retainer was to do what Monarch specifically requested and what he, Strother, agreed to take on. There was no duty to provide continuing advice on developments of interest, and no provision for remuneration for being available to provide such advice. There was no contractual requirement for Strother to act exclusively for Monarch, and Strother was free to take on competing clients.

145 The trial judge did not misapprehend the evidence and therefore there is no basis to overturn his findings. Accepting the limited nature of the Davis-Monarch retainer as found by the trial judge, the remaining question is whether Strother's obligation to Darc and Sentinel Hill, or his taking of a personal interest in Sentinel Hill's profits, directly

contrat obligeait M. Strother à faire pour Monarch. Peu importe ce qu'il entreprenait de faire, il devait le faire en toute loyauté conformément à son obligation fiduciaire. Il devait s'abstenir d'assumer d'autres obligations envers d'autres clients ou d'acquérir des intérêts personnels susceptibles d'entrer en conflit avec les obligations qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat. Mais, du même coup, il pouvait assumer des obligations envers d'autres clients ou acquérir des intérêts personnels qui n'étaient pas directement opposés aux obligations qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat que cette dernière avait confié au cabinet d'avocats.

Comme nous l'avons vu, le juge de première instance a conclu qu'après la fin de 1997 il existait un nouveau mandat limité avec Monarch. Le juge a estimé que ce mandat était, à un certain nombre d'égards importants, [TRADUCTION] « nettement différent » de celui de 1997. Monarch avait complètement cessé ses activités dans le domaine des abris fiscaux, de sorte que toute la raison d'être du mandat antérieur à 1998 avait disparu. Monsieur Strother n'avait aucune obligation contractuelle de donner à Monarch des conseils qu'elle n'avait pas expressément sollicités et plus rien n'obligeait Monarch à rémunérer le cabinet Davis pour des conseils non sollicités expressément. Aux termes de ce nouveau mandat, M. Strother était uniquement tenu de faire ce que Monarch lui demandait expressément de faire et ce que lui-même acceptait de faire. Il n'existait aucune obligation continue de fournir des conseils sur des changements intéressants et aucune rémunération n'était prévue pour la fourniture de tels conseils sur une base continue. Monsieur Strother n'avait aucune obligation contractuelle d'agir exclusivement pour le compte de Monarch et il était libre de représenter des clients qui étaient ses concurrents.

Le juge de première instance n'a pas mal saisi la preuve et il n'y a donc aucune raison d'écarter ses conclusions. Une fois admise la nature limitée du mandat liant le cabinet Davis et Monarch à laquelle a conclu le juge de première instance, il reste à se demander si l'obligation de M. Strother envers M. Darc et Sentinel Hill ou l'acquisition par le premier

conflicted with his duties to Monarch. The trial judge correctly answered this question in the negative. The retainer permitted Strother to take on new clients or interests. Only if Monarch had specifically asked Strother for advice on new film tax-shelter opportunities and Strother had agreed to give that advice, could Strother have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel Hill. On the trial judge's findings, these things never happened. Unlike Binnie J., I accept the trial judge's findings of fact and conclude that there was no conflict between what Strother agreed to do for Monarch and what he was doing for Darc and himself with Sentinel Hill. Given the changed nature of the lawyer-client relationship, there is no reason to conclude that Strother's capacity to loyally and zealously perform the very limited duties owed to Monarch under the 1998 oral retainer would be affected by his taking a personal interest in Sentinel Hill.

d'un intérêt personnel dans les profits de Sentinel Hill entrait directement en conflit avec ses obligations envers Monarch. Le juge de première instance a eu raison de répondre à cette question par la négative. Le mandat permettait à M. Strother de prendre de nouveaux clients ou d'acquérir de nouveaux intérêts. Ce n'est que si Monarch avait expressément demandé à M. Strother de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d'abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que M. Strother aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l'aurait placé en situation de conflit d'intérêts avec Sentinel Hill. Selon les conclusions du juge de première instance, cela ne s'est jamais produit. Contrairement au juge Binnie, je retiens les conclusions de fait du juge de première instance et je conclus qu'il n'y avait pas de conflit entre ce que M. Strother a accepté de faire pour Monarch et ce qu'il faisait pour M. Darc et lui-même avec Sentinel Hill. Vu la nature nouvelle de la relation avocat-client, il n'y a aucune raison de conclure que la capacité de M. Strother de s'acquitter avec loyauté et zèle des obligations très limitées qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat verbal de 1998 était compromise par le fait qu'il avait acquis un intérêt personnel dans Sentinel Hill.

The findings of fact that compel this conclusion were open to the trial judge and have not been impugned. The Court of Appeal was bound to proceed on the basis of these findings, unless there was a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. It purported to do so (para. 3). However, and with great respect, it went on to commit critical errors. It held, in effect, that Strother owed Monarch a duty of loyalty that extended beyond the retainer. Instead of asking what duties Strother owed Monarch under the contract of retainer, it simply asked whether Strother was "still acting for" Monarch when he went into business with Sentinel Hill (para. 3). The Court of Appeal did not ask whether the *actual duties* Strother owed to Monarch and to Sentinel Hill respectively, conflicted, as the authorities discussed above required it to do. Rather, it simply asked whether Strother and Davis were in some broad sense "acting for" Monarch and Sentinel Hill

146 Les constatations de fait qui commandent cette conclusion pouvaient être tirées par le juge de première instance et elles n'ont pas été contestées. La Cour d'appel était tenue de se fonder sur ces constatations, sauf s'il y avait erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. La cour a voulu le faire (par. 3), mais, en toute déférence, elle a en ce faisant commis des erreurs déterminantes. En effet, elle a estimé que M. Strother avait envers Monarch un devoir de loyauté qui débordait le cadre du mandat. Au lieu de se demander quelles étaient les obligations que l'avocat avait envers Monarch aux termes du mandat, la Cour d'appel s'est seulement demandé si M. Strother [TRADUCTION] « agissait encore pour le compte de » Monarch lorsqu'il a commencé à faire affaire avec Sentinel Hill (par. 3). Elle ne s'est pas demandé — comme elle aurait dû le faire selon la jurisprudence analysée plus haut — si les *obligations réelles* que M. Strother avait

at the same time. Nor, as required by the authorities, did the Court of Appeal mold Strother's duty of loyalty to the terms of the contract of retainer; instead, it envisioned an abstract duty of loyalty that would preclude lawyers acting for two competing clients, even though the particular duties owed to each of them do not in fact conflict. Grounding its reasoning in the wrong question and uprooting the duty of loyalty from its contractual context, the Court of Appeal inevitably arrived at the erroneous conclusion that Strother was in breach of his fiduciary duty to Monarch.

147 In this Court, Binnie J. essentially concurs in this reasoning, although he places greater emphasis on Strother's interest in Sentinel Hill, which in his view made Strother a competitor of Monarch, for whom he was "still acting". But the underlying difficulty is the same as in the Court of Appeal, in my respectful opinion; the reasons do not ask whether there was a direct conflict between Strother's duties under his retainer with Monarch and what he was doing, but rather whether there was a decontextualized potential or past conflict.

148 Binnie J. seeks to deal with the trial judge's findings on Strother's limited duties to Monarch by stating that the retainer was not reduced to writing and suggesting that "no exclusions [were] agreed upon", leading him to conclude that "the scope of the retainer may be unclear" — a situation in which one "should not . . . strain to resolve the ambiguities in favour of the lawyer over the client" (para. 40). The trial judge erred in so straining, he concludes (para. 41). But the trial judge expressly found that exclusions were agreed upon, and found no ambiguity. Having made clear, unambiguous findings as to the precise scope of the retainer, he can hardly be accused of failing to resolve non-existent ambiguity in the wrong way. At the end of the day, the

envers Monarch et Sentinel Hill, respectivement, entraient en conflit. Elle s'est plutôt simplement demandé si, de manière générale, M. Strother et le cabinet Davis « agissaient » en même temps pour le compte de Monarch et pour celui de Sentinel Hill. Contrairement à ce qu'exigeait la jurisprudence, la Cour d'appel n'a pas non plus adapté aux conditions du mandat le devoir de loyauté de M. Strother; elle a plutôt pris en compte un devoir de loyauté abstrait qui empêcherait un avocat de représenter deux clients concurrents, même si, en fait, ses obligations particulières envers chacun d'eux n'entraient pas en conflit. En fondant son raisonnement sur la mauvaise question et en sortant le devoir de loyauté de son contexte contractuel, la Cour d'appel est forcément arrivée à la conclusion erronée que M. Strother avait manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch.

Devant notre Cour, le juge Binnie souscrit pour l'essentiel à ce raisonnement, quoiqu'il insiste davantage sur l'intérêt de M. Strother dans Sentinel Hill, qui, selon lui, en faisait un concurrent de Monarch, pour le compte de qui M. Strother « agissait encore ». Cependant, j'estime que cela pose le même problème fondamental qu'en Cour d'appel : dans ses motifs, le juge Binnie se demande non pas s'il existait un conflit direct entre les obligations de M. Strother aux termes de son mandat avec Monarch et ce que M. Strother faisait, mais plutôt si, dans l'abstrait, il avait pu exister un conflit ou s'il pourrait en exister un.

Le juge Binnie tente de régler la question des constatations du juge de première instance sur les obligations limitées de M. Strother envers Monarch en affirmant que le mandat n'était pas consigné par écrit et en indiquant qu'« aucune exclusion n'[avait été] convenue », ce qui l'amène à conclure que « la portée du mandat peut être ambiguë » — situation dans laquelle on « ne devrait pas s'efforcer de dissiper les ambiguïtés d'une manière favorable à l'avocat, au détriment du client » (par. 40). Selon lui, le juge de première instance a commis une erreur en s'efforçant de faire cela (par. 41). Cependant, le juge de première instance a expressément conclu que des exclusions avaient été convenues et il n'a décelé aucune ambiguïté. Comme il a tiré des conclusions

trial judge's findings of fact stand firm and unimpeached, and must be accepted as the foundation of the case.

Binnie J. argues that it was wrong for Strother to take an interest in a competitor's business when his firm had worked for Monarch in the past and, indeed, was still continuing to do "clean-up" work for Monarch. The fact that Strother stood to make a great deal of money from the business interest he took in Sentinel Hill might well raise a concern that his personal interest might have led him to be less diligent than he should have been to potential competitors like Monarch. Careful scrutiny is justified when a lawyer takes a personal interest in a business in which a client was previously engaged. Monarch's difficulty is that the trial judge subjected Strother's conduct to this scrutiny, and found no fault in his dealings with Monarch. He found that Strother had honestly and competently advised Monarch that there was no more film production tax-shelter business to be had in the autumn of 1997. He found that Strother believed this to be true, and that other advisers were giving the same advice at the time. He concluded that "the origin of the Sentinel Hill tax credit/shelter concept, which underlay its request for an advance tax ruling based on the s. 15(b) exception, was substantially as described by Mr. Darc and Mr. Strother" (para. 91) and that it was Darc's novel idea, an idea not previously contemplated by anyone. It was not until the tax ruling was issued that Strother knew about the exception (para. 94). Finally, he found that after the expiry of the retainer in 1997, Strother owed no duty to Monarch to advise it of business opportunities, and that the only discussions he had with Monarch related to other types of business, Monarch by then being out of the film production tax-shelter business. The fact that Strother took an interest in Darc's business instead of charging fees, whether one approves of this or not, does not change the trial judge's finding that Strother completely fulfilled his duty to Monarch and was free

claires et nettes sur la portée précise du mandat, on peut difficilement lui reprocher d'avoir dissipé de la mauvaise façon des ambiguïtés inexistantes. En fin de compte, les conclusions du juge de première instance sont solides et incontestées et elles doivent être reconnues comme constituant les assises de l'affaire.

149 Le juge Binnie soutient que M. Strother a eu tort d'acquérir une participation dans l'entreprise d'un concurrent alors que son cabinet d'avocats avait travaillé pour Monarch dans le passé et qu'il continuait, en fait, de lui fournir des services de règlement de questions en suspens. Le fait que M. Strother avait la possibilité de gagner beaucoup d'argent en raison de l'intérêt financier qu'il avait acquis dans Sentinel Hill pourrait bien faire craindre que son intérêt personnel l'ait amené à se montrer moins diligent qu'il devait l'être à l'égard de concurrents potentiels comme Monarch. Un examen attentif est justifié lorsqu'un avocat acquiert un intérêt personnel dans un secteur dans lequel un client faisait antérieurement affaires. La difficulté à laquelle se bute Monarch réside dans le fait que le juge de première instance a examiné attentivement la conduite de M. Strother et n'a relevé aucune faute dans les rapports que celui-ci a eus avec cette société. Il a estimé que M. Strother avait, de façon honnête et compétente, avisé Monarch que les activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique n'étaient plus possibles à l'automne de 1997. Il a conclu que M. Strother s'était alors exprimé de façon sincère et que cet avis concordait avec celui que d'autres conseillers donnaient à l'époque. Il a ajouté que [TRADUCTION] « MM. Darc et Strother ont décrit pour l'essentiel l'origine du concept "abri fiscal-crédit d'impôt" de Sentinel Hill, qui sous-tend la demande présentée par celle-ci en vue d'obtenir une décision anticipée en matière d'impôt fondée sur l'exception prévue à l'al. 15b) » (par. 91), et qu'il s'agissait d'une idée nouvelle de M. Darc, une idée que personne n'avait eue auparavant. Ce n'est que lorsque la décision en matière d'impôt a été rendue que M. Strother a pris connaissance de l'exception (par. 94). Enfin, il a conclu qu'après l'expiration du mandat en 1997 M. Strother n'était plus tenu d'informer Monarch de l'existence d'occasions

to engage in the new endeavour with Darc and Sentinel Hill.

d'affaires et que les seules discussions qu'il avait eues avec elle avaient porté sur d'autres sujets, Monarch ayant alors déjà cessé d'œuvrer dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique. Qu'on approuve ou non la décision de M. Strother d'acquérir une participation dans l'entreprise de M. Darc au lieu d'exiger des honoraires, cette décision ne change rien à la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Strother s'était entièrement acquitté de son obligation envers Monarch et était libre de se lancer dans la nouvelle entreprise avec M. Darc et Sentinel Hill.

150 I conclude that the trial judge's findings stand unimpeached and that on the applicable law, he correctly concluded that Strother did not breach his contractual or fiduciary duty to Monarch.

J'estime que les constatations du juge de première instance demeurent valides et que, selon le droit applicable, il a eu raison de conclure que M. Strother n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire envers Monarch.

B. *Remedy*

B. *Réparation*

151 The Court of Appeal ordered Strother to account for all profits made as a result of his participation in Sentinel Hill. It based this on the traditional order for accounts imposed by equity on a trustee who uses the beneficiary's property for his own interest, according to the general rule that when "a fiduciary reaps a benefit as a result of a breach of the duty of loyalty owed to the principal, an action for an accounting of profits will lie": P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), at § 27:500.

La Cour d'appel a ordonné à M. Strother de rendre compte de tous les profits découlant de sa participation dans Sentinel Hill. Elle s'est alors fondée sur l'obligation traditionnelle de reddition de compte à laquelle est tenu, en equity, le fiduciaire qui utilise à des fins personnelles les biens du bénéficiaire, conformément à la règle générale selon laquelle le [TRADUCTION] « fiduciaire qui récolte un bénéfice en raison d'un manquement au devoir de loyauté qu'il a envers le mandant peut faire l'objet d'une action en reddition de compte relative aux profits qu'il a réalisés » : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), § 27:500.

152 The conclusion that Strother did not breach his contractual or fiduciary duty makes it unnecessary to consider whether the Court of Appeal's remedy was appropriate. However, it may not be amiss to suggest that it is far from clear that an accounting for profits is the appropriate remedy for the breach alleged by Monarch. For the reasons that follow, and without deciding the issue, I simply wish to register the caveat that the matter may not be as free from doubt as the Court of Appeal assumed.

Compte tenu de la conclusion que M. Strother n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire, il n'est pas nécessaire de se demander si la réparation ordonnée par la Cour d'appel était convenable. Toutefois, il n'est peut-être pas inopportun d'affirmer qu'il est loin d'être clair qu'une reddition de compte relative à des profits soit la réparation convenable pour le manquement reproché par Monarch. Pour les motifs qui suivent, et sans trancher cette question, je tiens simplement à préciser que l'affaire n'est peut-être pas aussi claire que ce qu'a supposé la Cour d'appel.

The trial judge, after a careful review of the evidence, found that even if Strother had acted as Monarch contends he should have, and even if Strother had never taken an interest in Sentinel Hill, Monarch's position would be the same as it is today. The alleged breach, even if it were made out, caused Monarch no loss, since it would not have gone into the business in any event. The question is whether the remedy of account and disgorgement of profits is appropriate in a case where the breach did not arise from the management of property, where it did not cause the plaintiff any loss, and where viewing the same facts through the lens of contract law, the plaintiff would have recovered nothing.

153 Après avoir examiné attentivement la preuve, le juge de première instance a conclu que, même si M. Strother avait agi comme il aurait dû le faire, selon ce que prétend Monarch, et même s'il n'avait jamais acquis une participation dans Sentinel Hill, Monarch aurait été dans la même situation que celle dans laquelle elle se trouve aujourd'hui. Même s'il était établi, le manquement reproché n'a causé aucune perte à Monarch, étant donné que de toute façon celle-ci n'aurait pas exercé les activités en question. La question est de savoir si la réparation consistant à rendre compte des profits et à les restituer est convenable dans un cas où le manquement ne découlait pas de la gestion de biens, où il n'a causé aucune perte au demandeur et où, dans les mêmes circonstances, ce dernier n'aurait rien recouvré en vertu du droit des contrats.

The first question is whether the remedy of account is appropriate where the breach related not to the management of the plaintiff's assets, but to an opportunity that arises to him as trustee or fiduciary.

154 La première question consiste à se demander si la reddition de compte est une réparation appropriée lorsque le manquement reproché concernait non pas la gestion des biens du demandeur, mais plutôt une occasion qui s'offrait à lui en sa qualité de fiduciaire.

There is some doubt on this matter. It is clear that an accounting for profits is available for breach of fiduciary duty in the classic situation of the management of assets. "However, where the trustee's profit is not made out of the trust property but out of an opportunity that arises to him in his office as trustee . . . many have questioned whether it is equitable or fair that the trust beneficiaries should have a proprietary interest in that profit (rather than a mere personal claim)" (D. Hayton, "Unique Rules for the Unique Institution, the Trust", in S. Degeling and J. Edelman, eds., *Equity in Commercial Law* (2005), 279, at p. 284). Where a fiduciary uses the plaintiff's asset to make a profit for himself, the logic of the remedy of account is clear; presumptively the profits the trustee earned would have been earned for the plaintiff, but for the breach. The plaintiff is simply claiming what is rightfully his. The link between the breach and the remedy of account is arguably less clear where the breach involves using information or an opportunity which the plaintiff would not have enjoyed in any event (as is the case with the profit Strother earned from

155 Il existe des doutes à cet égard. Il est clair qu'un recours en reddition de compte relative à des profits peut être exercé pour manquement à une obligation fiduciaire dans le cas classique de la gestion de biens. [TRADUCTION] « Cependant, lorsque le profit du fiduciaire résulte non pas du bien en fiducie, mais d'une occasion qui s'offre à lui en sa qualité de fiduciaire, [. . .] plusieurs se sont demandé s'il était juste ou équitable que les bénéficiaires de la fiducie aient à l'égard de ce profit un intérêt propriétal (plutôt qu'un simple recours personnel) » (D. Hayton, « Unique Rules for the Unique Institution, the Trust », dans S. Degeling et J. Edelman, dir., *Equity in Commercial Law* (2005), 279, p. 284). Lorsqu'un fiduciaire utilise les biens du demandeur pour réaliser un profit personnel, la logique de la réparation que constitue la reddition de compte est claire; on présume que, n'eût été le manquement, c'est le demandeur qui aurait réalisé les profits réalisés par le fiduciaire. Le demandeur ne fait que réclamer ce qui lui revient de droit. On peut soutenir que le lien entre le manquement et la réparation que constitue la reddition de compte est

Darc's idea). Moreover, as Hayton and others have pointed out, the effect may be to give the plaintiff priority over other creditors, should the trustee be insolvent, heightening the unfairness of the remedy of account in these circumstances. See R. Goode, "Proprietary Restitutionary Claims", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future* (1998), 63, at p. 69; S. Worthington, *Equity* (2003), at pp. 125-26. It thus may be questioned whether a non-proprietary claim such as Monarch's should attract the remedy of an account for profits.

156 This particular debate is part of a larger discussion throughout the Commonwealth as to the role causation, and other limiting factors used at common law should play in devising appropriate remedies for breach of equitable or fiduciary duties, particularly where, as here, the fiduciary duty arises from the same facts as a concomitant contractual duty. Underlying this debate is the tension between the need to deter fiduciaries from abusing their trust on the one hand, and the goal of achieving a remedy that is fair to all those affected, on the other. Complicating this discussion is the suggestion that if an accounting is ordered without a corresponding loss to the plaintiff, the award takes on the appearance of punitive damages. Where extra deterrence is required, it is better achieved by remedies such as exemplary damages, which unlike account, can be tailored to the particular situation.

157 In England, a distinction is now made between contractual duties of skill and care, and the fiduciary duties that may accompany them: *Bristol and West Building Society v. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698 (C.A.); *Armitage v. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705

moins clair lorsque le manquement consiste à utiliser des renseignements ou à saisir une occasion dont le demandeur n'aurait de toute façon pas profité (comme dans le cas du profit que M. Strother a tiré de l'idée de M. Darc). De plus, comme l'ont souligné Hayton et d'autres auteurs, cela peut avoir pour effet de conférer au demandeur priorité de rang sur d'autres créanciers en cas d'insolvabilité du fiduciaire, et d'accroître l'iniquité de la réparation que constitue la reddition de compte accordée dans ces circonstances. Voir R. Goode, « Proprietary Restitutionary Claims », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future* (1998), 63, p. 69; S. Worthington, *Equity* (2003), p. 125-126. Par conséquent, on peut se demander si une action non fondée sur un droit de propriété, comme celle de Monarch, peut donner lieu à une reddition de compte relative à des profits.

Ce débat particulier s'inscrit dans un débat plus large, à l'échelle du Commonwealth, sur le rôle que la causalité et d'autres facteurs limitatifs utilisés en common law devraient jouer dans la conception de réparations convenables pour le manquement à une obligation d'equity ou fiduciaire, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, l'obligation fiduciaire découle des mêmes faits qu'une obligation contractuelle concomitante. L'élément qui sous-tend ce débat est la tension entre, d'une part, la nécessité de dissuader les fiduciaires d'abuser de la fiducie dont il sont responsables et, d'autre part, l'objectif de trouver une réparation juste pour toutes les parties visées. Ce qui complique la présente analyse, c'est l'idée que, si une reddition de compte est ordonnée sans que le demandeur ait subi une perte correspondante, la somme accordée s'apparente alors à des dommages-intérêts punitifs. Lorsqu'il est nécessaire de dissuader davantage, il vaut mieux accorder des réparations comme des dommages-intérêts exemplaires qui, contrairement à une reddition de comptes, peuvent être adaptés à la situation particulière.

En Angleterre, on fait maintenant une distinction entre les obligations contractuelles d'aptitude et de diligence et les obligations fiduciaires dont elle peuvent être assorties : *Bristol and West Building Society c. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698 (C.A.);

(C.A.), *per* Lord Millett. This position, now seen as "close to orthodoxy", has been described as "the first and essential doctrinal step in opening the way to common law control mechanisms within equitable compensation", inviting "the application of like rules for gauging causation and measure of damages": J. Getzler, "Am I My Beneficiary's Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies", in *Equity in Commercial Law*, 239, at p. 251. Lord Millett himself has stated:

> We should not integrate equity and the common law by fusing them; but we should seek to harmonise them wherever possible. . . . There is no justification for retaining different rules to deal with the same factual situation, which may happen where the case falls within equity's concurrent jurisdiction. [Emphasis added.]

(P. Millett, "Proprietary Restitution", in *Equity in Commercial Law*, 309, at p. 311)

In Canada, this Court in recent cases has likewise emphasized the need for harmonizing common law and equitable remedies where the same facts give rise to concurrent duties at equity and law. In *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, the majority, *per* La Forest J., rejected full equitable compensation in favour of the tort measure of damages for deceit, while the dissent, *per* McLachlin J., insisted on a causal connection between the wrongdoing and the equitable compensation awarded. This fair, flexible approach was affirmed in *Hodgkinson*, *per* La Forest J. where compensation for breach of fiduciary duty was awarded on a contractual basis, on the principle that the party wronged is entitled to be put in as good a position as it would have been in had the breach not occurred. These cases were concerned with equitable compensation, not the equitable remedy of account. But at the very least they raise the question whether the remedy of account, like equitable compensation, should be harmonized with common law remedies where the facts support concurrent equitable and legal claims. Since Monarch would have recovered nothing at common

Armitage c. Nurse, [1997] 2 All E.R. 705 (C.A.), lord Millett. Cette position, maintenant considérée comme « proche de l'orthodoxie », a été décrite comme étant, [TRADUCTION] « sur le plan doctrinal, le premier pas essentiel vers l'application à l'indemnisation en equity des mécanismes de contrôle de la common law », situation qui ouvre la voie à « l'application de règles semblables pour jauger la causalité et calculer les dommages-intérêts » : J. Getzler, « Am I My Beneficiary's Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies », dans *Equity in Commercial Law*, 239, p. 251. Lord Millett a lui-même affirmé :

> [TRADUCTION] Nous ne devrions pas intégrer l'equity et la common law en les fusionnant; nous devrions plutôt chercher à les harmoniser chaque fois que c'est possible. [. . .] Rien ne justifie que l'on retienne des règles différentes pour traiter de la même situation factuelle, ce qui peut arriver lorsque l'affaire relève également de l'equity. [Je souligne.]

(P. Millett, « Proprietary Restitution », dans *Equity in Commercial Law*, 309, p. 311)

158 Au Canada, notre Cour a également insisté, dans des arrêts récents, sur la nécessité d'harmoniser les réparations de common law et d'equity lorsque les mêmes faits donnent naissance à des obligations concurrentes en equity et en common law. Dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, le juge La Forest, qui s'exprimait au nom des juges majoritaires, a rejeté l'indemnisation complète fondée sur l'equity au profit d'un mode de calcul des dommages-intérêts fondé sur la responsabilité délictuelle pour le délit de dol, alors que, dans des motifs dissidents, la juge McLachlin a insisté sur l'existence d'un lien de causalité entre l'acte fautif et l'indemnité accordée en equity. Le juge La Forest a confirmé cette méthode juste et souple dans l'arrêt *Hodgkinson* où l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire a été accordée sur une base contractuelle, conformément au principe selon lequel la partie lésée a le droit d'être placée dans une situation aussi avantageuse que celle dans laquelle elle se serait trouvée n'eût été le manquement. Ces arrêts portaient sur l'indemnisation en equity et non sur la reddition de compte en tant que réparation en equity. Mais

law given the trial judge's finding that the alleged breach caused it no loss, the result of harmonization would be to deny Monarch the remedy of account and disgorgement of profits.

ils soulèvent à tout le moins la question de savoir si, à l'instar de l'indemnisation en equity, la reddition de compte devrait être harmonisée avec des réparations de common law lorsque les faits justifient des recours concurrents fondés sur l'equity et la common law. Comme Monarch n'aurait rien recouvré en common law en raison de la conclusion du juge de première instance selon laquelle le manquement reproché ne lui avait fait subir aucune perte, l'harmonisation aurait pour résultat de priver Monarch de la réparation que constituent la reddition de compte et la restitution de profits.

C. *Other Issues*

C. *Autres questions*

159 My conclusion that breach of fiduciary duty resulting in a loss to Monarch has not been established makes it unnecessary to consider the position of Davis & Company. However, I would like to address a question of interpretation in relation to the *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348.

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire ayant fait subir une perte à Monarch n'a pas été établie, il n'est nécessaire d'examiner la position du cabinet Davis. J'aimerais toutefois aborder une question d'interprétation relative à la *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 348.

160 Section 12 of the *Partnership Act* provides:

L'article 12 de la *Partnership Act* prévoit :

[TRADUCTION]

> **12** If, by any wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the firm or with the authority of his or her partners, loss or injury is caused to any person who is not a partner in the firm or any penalty is incurred, the firm is liable for that loss, injury or penalty to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

> **12** Si, à la suite d'un acte ou d'une omission fautifs d'un associé agissant dans le cours normal des affaires de l'entreprise ou avec l'autorisation de ses coassociés, une perte ou un préjudice est causé à une personne qui n'est pas un associé de l'entreprise ou encore une pénalité est imposée, l'entreprise est responsable de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité dans la même mesure que l'associé qui a ainsi agi ou omis d'agir.

161 I note first that in the absence of loss or injury, there can be no claim under s. 12 against Davis. The trial judge concluded that Monarch had not suffered any loss or injury (para. 186) and even if it had learned of the advance tax ruling in 1998, Monarch's position would be the same as it is today (paras. 180 ff.). His findings stand unimpeached. This renders academic the question of whether Davis is vicariously liable.

Je souligne d'abord que, en l'absence d'une perte ou d'un préjudice, le cabinet Davis ne peut faire l'objet d'aucun recours fondé sur l'art. 12. Le juge de première instance a conclu que Monarch n'avait subi aucune perte ni aucun préjudice (par. 186) et que, même si l'entreprise avait connu la décision anticipée en matière d'impôt en 1998, sa situation serait la même aujourd'hui (par. 180 et suiv.). Sa conclusion est incontestée. La question de savoir si le cabinet Davis est responsable du fait d'autrui devient en conséquence théorique.

162 However, a few words may be apt in relation to the approach taken by Binnie J. In considering

Cependant, il n'est peut-être pas inutile d'ajouter quelques mots au sujet de l'approche adoptée

Davis' liability under the *Partnership Act*, Binnie J. looks to the principles of vicarious liability established by this Court in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and subsequent cases. In my respectful opinion, it may not be helpful or necessary to look to these principles when considering the partnership's liability under the *Partnership Act*. In *Bazley*, and the other cases referred to by Binnie J., the Court was considering when to impose, at common law, vicarious liability on employers for the acts of employees. Here, however, the basis for vicarious liability of the partnership for an act of a partner is contained in the statute.

In determining whether Strother was acting in the ordinary course of Davis' business when he committed the allegedly wrongful act or omission, the nature of the activity, and not the manner in which that activity is performed will determine whether that activity falls within the scope of the firm's ordinary business. As the authors note in *Lindley & Banks on Partnership* (18th ed. 2002), at p. 308, "[i]t is perfectly possible for a solicitor to commit a fraud or other wrong in the usual course of his firm's practice"; it is the nature of the underlying transaction that is critical. See also R. Burgess and G. Morse, *Partnership Law and Practice* (1980), at pp. 118-19.

On the cross-appeal, I agree with the Court of Appeal and Binnie J.

IV. Conclusion

I would allow the appeals and restore the order of the trial judge dismissing all claims against Strother and Davis & Company. I would also dismiss Monarch's cross-appeal and award Strother and Davis & Company their costs in this Court and in the courts below.

par le juge Binnie. Dans l'examen de la question de la responsabilité du cabinet Davis au regard de la *Partnership Act*, le juge Binnie évoque les principes de la responsabilité du fait d'autrui que notre Cour a établis dans l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et d'autres arrêts subséquents. À mon humble avis, il n'est peut-être pas utile ou nécessaire de considérer ces principes dans l'examen de la responsabilité de la société de personnes au regard de la *Partnership Act*. Dans l'arrêt *Bazley* et les autres arrêts mentionnés par le juge Binnie, la Cour se demandait dans quels cas, en common law, l'employeur doit être tenu responsable du fait d'autrui des actes accomplis par ses employés. En l'espèce, cependant, le fondement de la responsabilité du fait d'autrui de la société de personnes à l'égard d'un acte accompli par un associé est prévu par le texte de loi.

163 Pour déterminer si M. Strother agissait dans le cours normal des affaires du cabinet Davis au moment de l'acte ou de l'omission fautifs qu'on lui reproche, c'est la nature de l'activité — et non la manière de l'exercer — qui détermine si cette activité se situe dans le cours normal des affaires du cabinet. Comme le font observer les auteurs dans *Lindley & Banks on Partnership* (18e éd. 2002), p. 308, [TRADUCTION] « [i]l est tout à fait possible qu'un avocat commette une fraude ou une autre faute dans le cours normal des affaires de son cabinet »; c'est la nature de l'opération en cause qui est cruciale. Voir également R. Burgess et G. Morse, *Partnership Law and Practice* (1980), p. 118-119.

164 Pour ce qui est du pourvoi incident, je partage l'opinion de la Cour d'appel et du juge Binnie.

IV. Conclusion

165 Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance rejetant toutes les demandes présentées contre M. Strother et le cabinet Davis. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident de Monarch et d'accorder à M. Strother et au cabinet Davis leurs dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Appeals allowed in part, McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE, LEBEL *and* ABELLA JJ. *dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.*

Pourvois accueillis en partie, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE, LEBEL *et* ABELLA *sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.*

Solicitors for the appellant/respondent Davis & Company, a partnership: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureurs de l'appelante/intimée Davis & Company, société de personnes : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant 3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation): Holmes & King, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante 3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) : Holmes & King, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent Robert C. Strother, the appellants Strother Family Trust (Trust No. 1) and University Hill Holdings Inc. (formerly known as 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), and the respondents Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'appelant/intimé Robert C. Strother, des appelantes Strother Family Trust (Trust No. 1) et University Hill Holdings Inc. (auparavant connue sous le nom de 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), et des intimées Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10 : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 and Company No. 10: Macaulay McColl, Vancouver.

Procureurs des intimés J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 et Company No. 10 : Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitors for the respondents Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill

Procureurs des intimées Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill

1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership and Sentinel Hill GP Corporation: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership et Sentinel Hill GP Corporation : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2007 Vol. 2

2e cahier, 2007 Vol. 2

Cited as [2007] 2 S.C.R. 267-516

Renvoi [2007] 2 R.C.S. 267-516

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

R. *v.* Teskey **267**

Criminal law — Trial — Judgments — Trial judge delivering extensive written reasons 11 months after guilty verdicts rendered — Whether Court of Appeal erred in considering written reasons when deciding accused's appeal from convictions — Whether reasonable person would apprehend that trial judge's written reasons did not reflect real basis for convictions.

R. *v.* Hape **292**

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Searches and seizures outside Canada — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extraterritorial searches and seizures conducted by Canadian police officers — If not, whether evidence obtained abroad ought to be excluded because its admission would render trial unfair — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d), 24(2), 32.

Legislation — Interpretation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Scope of extraterritorial application of Charter — Presumption of conformity with international law.

Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. *v.* British Columbia **391**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to bargain collectively — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether constitutional guarantee of freedom of association includes procedural right to collective bargaining — If so, whether legislation infringes right to bargain collectively — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Health care workers — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether effects of legislation on health care workers constitute discrimination under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

SOMMAIRE

R. *c.* Teskey **267**

Droit criminel — Procès — Jugements — Dépôt de motifs écrits détaillés 11 mois après le prononcé de verdicts de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en prenant ces motifs en considération lorsqu'elle a statué sur l'appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité? — Une personne raisonnable craindrait-elle que les motifs écrits du juge du procès ne reflètent pas les véritables raisons sur lesquelles reposaient les déclarations de culpabilité?

R. *c.* Hape **292**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à ces mesures? — Dans la négative, la preuve obtenue à l'étranger doit-elle être écartée au motif que son admission rendrait le procès inéquitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11d), 24(2), 32.

Législation — Interprétation — Charte canadienne des droits et libertés — Portée de l'application extraterritoriale de la Charte — Présomption de conformité au droit international.

Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. *c.* Colombie-Britannique **391**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — La liberté d'association garantie par la Constitution comprend-elle le droit procédural de négociation collective? — Dans l'affirmative, la loi porte-t-elle atteinte au droit de négocier collectivement? — Cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Travailleurs de la santé — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — Les effets de la loi sur les travailleurs de la santé constituent-ils de la discrimination selon l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Leo Matthew Teskey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TESKEY

Neutral citation: 2007 SCC 25.

File No.: 31544.

2007: February 22; 2007: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Judgments — Trial judge delivering extensive written reasons 11 months after guilty verdicts rendered — Whether Court of Appeal erred in considering written reasons when deciding accused's appeal from convictions — Whether reasonable person would apprehend that trial judge's written reasons did not reflect real basis for convictions.

The accused was charged with aggravated assault, break and enter, and possession of stolen property. The evidence given during the five-day trial was complex, almost entirely circumstantial and contained some contradictions. The trial judge reserved his decision and, four months later, after repeated adjournments, convicted the accused on all charges, in each case essentially saying only that the Crown had proved all the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt. The trial judge also mentioned his intention to issue written reasons, which were eventually delivered, more than 11 months after the verdicts and long after the accused's notice of appeal had been filed. The Court of Appeal found that the oral reasons did not pass the test of sufficiency, but a majority applied the presumption of regularity, considered the extensive written reasons and upheld the convictions. The dissenting judge would not have considered the written reasons. The accused appealed to this Court as of right and the only issue was whether the Court of Appeal should have considered the trial judge's written reasons.

Leo Matthew Teskey *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* TESKEY

Référence neutre : 2007 CSC 25.

N° du greffe : 31544.

2007 : 22 février; 2007 : 7 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Jugements — Dépôt de motifs écrits détaillés 11 mois après le prononcé de verdicts de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en prenant ces motifs en considération lorsqu'elle a statué sur l'appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité? — Une personne raisonnable craindrait-elle que les motifs écrits du juge du procès ne reflètent pas les véritables raisons sur lesquelles reposaient les déclarations de culpabilité?

L'accusé a été inculpé de voies de fait graves, d'introduction par effraction et de possession de biens volés. La preuve présentée au cours des cinq jours du procès était complexe et presque entièrement circonstancielle, en plus de comporter certaines contradictions. Le juge du procès a mis l'affaire en délibéré et, quatre mois plus tard, après maints ajournements, il a déclaré l'accusé coupable de tous les chefs d'accusation, disant simplement dans chaque cas que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels des infractions. Le juge du procès a également fait part de son intention de déposer des motifs écrits, ce qu'il a finalement fait, plus de 11 mois après le prononcé des verdicts et longtemps après le dépôt de l'avis d'appel. La Cour d'appel a conclu que les motifs exposés de vive voix à l'audience ne satisfaisaient pas au critère du caractère suffisant, mais les juges majoritaires ont appliqué la présomption de régularité, pris en considération les motifs écrits et confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge dissident n'aurait quant à lui pas pris les motifs écrits en considération. L'accusé se pourvoit de plein droit devant notre Cour et la seule question en litige consiste à décider si la Cour d'appel devait prendre en considération les motifs écrits du juge du procès.

Held (Bastarache, Deschamps and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the convictions set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ.: Although not precluded from announcing a verdict with "reasons to follow", a trial judge in all cases should be mindful of the importance that justice not only be done but also that it appear to be done. Reasons rendered long after a verdict, particularly where it is apparent that they were crafted after the announcement of the verdict, may cause a reasonable person to apprehend that the trial judge engaged in result-driven reasoning. The necessary link between the verdict and the reasons will not be broken, however, on every occasion where there is a delay in rendering reasons after the announcement of the verdict. Since trial judges benefit from a presumption of integrity, which in turn encompasses the notion of impartiality, the reasons are presumed to reflect the reasoning underlying the decision. Fairness and impartiality must not only be subjectively present but must also be objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. While the presumption can be displaced, the onus is on the appellant to present cogent evidence showing that, in all the circumstances, a reasonable person would apprehend that the reasons constitute an after-the-fact justification of the verdict rather than an articulation of the reasoning that led to it. Here, the written reasons should not have been considered by the Court of Appeal. While the written reasons do not appear to have been crafted to answer points raised in the appeal, in the particular circumstances of this case, a reasonable person would apprehend that these reasons, delivered more than 11 months after the verdict was rendered, did not reflect the real basis for the convictions. Without this requisite link, the written reasons provide no opportunity for meaningful appellate review of the correctness of the decision. However, the delay in rendering reasons, in and of itself, does not give rise to this apprehension. In this case, it is the combination of several factors that constitutes cogent evidence sufficient to rebut the presumption of integrity and impartiality. [2] [16-23]

Per Bastarache, Deschamps and Abella JJ. (dissenting): The presumption of judicial integrity acknowledges that judges are bound by their judicial oaths and will carry out the duties they have sworn to uphold.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Rothstein : Bien que rien n'interdise au juge qui préside un procès de faire connaître son verdict en précisant que ses « motifs suivront », le juge du procès doit dans tous les cas garder à l'esprit l'important principe selon lequel il ne suffit pas que justice soit rendue, elle doit également être perçue comme ayant été rendue. Le fait que des motifs soient déposés longtemps après le prononcé du verdict, particulièrement des motifs ayant de toute évidence été rédigés entièrement après le prononcé du verdict, peut amener une personne raisonnable à craindre que le juge du procès ait énoncé son raisonnement en fonction du résultat. Il n'y a toutefois pas rupture du lien requis entre le verdict et les motifs dans tous les cas où il s'écoule un délai entre le prononcé du verdict et le dépôt des motifs. Comme les juges de première instance jouissent d'une présomption d'intégrité qui, à son tour, englobe la notion d'impartialité, les motifs de décision sont présumés refléter le raisonnement ayant conduit à cette décision. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Bien que la présomption puisse être réfutée, il incombe à l'appelant de présenter une preuve convaincante, démontrant qu'eu égard aux circonstances une personne raisonnable craindrait que les motifs constituent une justification a posteriori du verdict plutôt que l'exposé du raisonnement ayant conduit à celui-ci. En l'espèce, les motifs écrits n'auraient pas dû être pris en considération par la Cour d'appel. Bien que ces motifs ne semblent pas avoir été rédigés dans le but de répondre à des points soulevés en appel, vu les circonstances de l'espèce, une personne raisonnable craindrait que les motifs écrits du juge du procès — déposés plus de 11 mois après le prononcé du verdict — ne reflètent pas les véritables raisons sur lesquelles reposaient les déclarations de culpabilité. En l'absence de ce lien nécessaire, les motifs ne permettent pas un examen valable en appel de la justesse de la décision. Toutefois, le délai mis à exposer les motifs de la décision ne fait pas à lui seul naître la crainte évoquée plus haut. En l'espèce, différents facteurs, considérés ensemble, constituent une preuve convaincante et suffisante pour repousser la présomption d'intégrité et d'impartialité. [2] [16-23]

Les juges Bastarache, Deschamps et Abella (dissidents) : La présomption d'intégrité reconnaît que les juges sont tenus de respecter leur serment professionnel et de s'acquitter des obligations qu'ils ont fait le serment

This includes not only a presumption of impartiality, but also of legal knowledge. The presumption of integrity is rebuttable only by cogent evidence. The threshold for displacing the presumption is high: it must be demonstrated that a reasonably informed person would be satisfied that there was a real likelihood that the trial judge had not complied with the judicial oath of office in the manner and timing of the issuance of the reasons. The presumption is not to insulate decisions from judicial review but to ensure that inappropriate assumptions, such as bias, are not idiosyncratically factored into the review. [28-29] [34] [40]

A delay, either in reaching a result or in explaining it, would not lead a reasonably informed observer to conclude that the judge had disregarded the oath of office and would not, without more, represent an error of law justifying ignoring either the result or the reasons. Issuing the reasons after a verdict does not mean that the verdict was not thought through before it was delivered. Reasons explain what a judge has decided to do and should be accepted as being honest reflections of that decision, whether delivered with or after the result, unless their content reflects the absence of judicial integrity. Inordinate delay may result in critical comment by a reviewing court but should not result in a refusal even to consider the reasons. Such an approach would do a greater disservice to the public perception of the integrity of the system than an undesirable delay. Here, given the complexity of the case, the time taken to reach the verdicts and to articulate reasons for judgment, even when considered with the other surrounding factors identified by the majority, did not represent the level of cogency necessary to displace the presumption of integrity. The reasons were responsive to the facts and issues at trial and were entitled to be reviewed on their merits. [40] [44] [46-47] [50-51]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *Crocker v. Sipus* (1992), 57 O.A.C. 310; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Sheppard, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *Robbie the Pict v. Her Majesty's Advocate*, [2003]

de remplir. Cette présomption inclut à son tour non seulement une présomption d'impartialité, mais aussi une présomption de connaissance du droit. La présomption d'intégrité est réfutable, mais uniquement au moyen d'une preuve convaincante. La norme à laquelle il doit être satisfait pour réfuter la présomption est exigeante : il faut démontrer qu'une personne raisonnablement bien renseignée serait convaincue qu'il existe une réelle probabilité que le juge du procès n'a pas respecté son serment professionnel en déposant ses motifs de décision de la manière qu'il a choisie et au moment où il l'a fait. La présomption d'intégrité n'a pas pour objet de soustraire les décisions au contrôle judiciaire, mais plutôt d'empêcher que des hypothèses inacceptables, par exemple des préjugés, soient singulièrement intégrées au contrôle. [28-29] [34] [40]

Le fait qu'un juge mette un certain délai à arrêter sa décision ou à l'expliquer n'amènerait pas un observateur raisonnablement bien renseigné à conclure que ce juge a manqué à son serment professionnel et ne constitue pas, à elle seule, une erreur de droit justifiant de faire abstraction du verdict ou des motifs. Le fait que les motifs soient déposés postérieurement au verdict ne signifie pas que celui-ci n'a pas été mûrement réfléchi avant d'être prononcé. Les motifs expliquent la décision du juge et ils doivent être considérés comme l'expression fidèle de cette décision — qu'ils soient exposés en même temps que celle-ci ou postérieurement — à moins que leur contenu ne révèle une entorse à l'intégrité judiciaire. En cas de délai excessif, le juge peut faire l'objet de critiques de la part du tribunal d'appel, mais ce dernier ne devrait pas refuser de même considérer le bien-fondé des motifs. Une telle décision ferait davantage de tort à la perception qu'a le public de l'intégrité du système que le délai excessif lui-même. En l'espèce, vu la complexité de l'affaire, le délai mis à arrêter les verdicts et à exposer les motifs de jugement ne constitue pas — même en tenant compte des autres facteurs dégagés par la majorité — la preuve convaincante requise pour réfuter la présomption d'intégrité. Les motifs traitaient des faits et des questions abordés au procès. Ils méritaient en conséquence de faire l'objet d'un examen au fond. [40] [44] [46-47] [50-51]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *Crocker c. Sipus* (1992), 57 O.A.C. 310; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Sheppard, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *Robbie the Pict c. Her Majesty's Advocate*, [2003]

ScotHC 12; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45; *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 726.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt, Berger and Costigan JJ.A.) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 391 A.R. 155, 377 W.A.C. 155, 210 C.C.C. (3d) 36, [2006] A.J. No. 723 (QL), 2006 ABCA 191, upholding the accused's convictions. Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Abella JJ. dissenting.

Deborah R. Hatch, for the appellant.

James A. Bowron, for the respondent.

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

CHARRON J. —

1. Overview

1 The sole question before this Court is whether, in deciding the appellant's appeal from his convictions, the Court of Appeal for Alberta should have considered the extensive written reasons of the trial judge, issued long after the verdicts had been announced and the Notice of Appeal had been filed. For joint reasons by Hunt and Costigan JJ.A., the court considered the trial judge's written reasons and dismissed the appeal. Berger J.A., dissenting, would not have considered the written reasons and accordingly would have allowed the appeal ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 2006 ABCA 191).

2 In the particular circumstances of this case, I conclude that a reasonable person would apprehend that the trial judge's written reasons, delivered more than 11 months after the verdict was rendered, did not reflect the real basis for the convictions. Without

ScotHC 12; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45; *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 726.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt, Berger et Costigan) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 391 A.R. 155, 377 W.A.C. 155, 210 C.C.C. (3d) 36, [2006] A.J. No. 723 (QL), 2006 ABCA 191, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Abella sont dissidents.

Deborah R. Hatch, pour l'appelant.

James A. Bowron, pour l'intimée.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de savoir si, en statuant sur l'appel des déclarations de culpabilité interjeté par l'appelant, la Cour d'appel de l'Alberta devait prendre en considération les motifs écrits détaillés déposés par le juge du procès longtemps après le prononcé des verdicts et le dépôt de l'avis d'appel. Dans leurs motifs conjoints, les juges Hunt et Costigan de la Cour d'appel ont tenu compte des motifs écrits du juge du procès et ont rejeté l'appel. Le juge Berger, dissident, était d'avis de ne pas tenir compte de ces motifs et, partant, il aurait accueilli l'appel ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 2006 ABCA 191).

Vu les circonstances de l'espèce, je conclus qu'une personne raisonnable craindrait que les motifs écrits du juge du procès — déposés plus de 11 mois après le prononcé du verdict — ne reflètent pas les véritables raisons sur lesquelles reposaient

this requisite link between the verdict and the reasoning that led to that verdict, the reasons provide no opportunity for meaningful appellate review of the correctness of the decision. Hence, the written reasons should not have been considered on appeal. It is not disputed that the oral reasons rendered at the time of the verdict do not pass the test of sufficiency set out by this Court in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. I would therefore allow the appeal, set aside the convictions and order a new trial.

les déclarations de culpabilité. En l'absence de ce lien nécessaire entre le verdict et le raisonnement sur lequel il est fondé, les motifs ne permettent pas un examen valable en appel de la justesse de la décision. Par conséquent, les motifs écrits n'auraient pas dû être pris en considération en appel. Nul ne conteste le fait que les motifs exposés de vive voix lors du prononcé du verdict ne satisfont pas au critère du caractère suffisant énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

2. Background

Leo Matthew Teskey was charged with aggravated assault, break and enter, and possession of stolen property. Following a five-day trial ending on October 19, 2001, the trial judge reserved his decision and adjourned the case to November 9, 2001. Berger J.A., in his dissenting reasons, provides the following useful summary of the evidence and the trial judge's factual findings:

On the day of the assault, one Jason Adams, a resident of the apartment building, observed a man with a bicycle sleeping in the second floor hallway. He caught quick glimpses of the man on three occasions between 6.15 a.m. and 6.30 a.m. Shortly before 7.00 a.m., another resident observed the sleeping man and informed the victim. Between 7.00 a.m. and 7.30 a.m., Mr. Adams' wife overheard the victim talking with a male whose voice she did not recognize. She then heard a noise she believed to be a bicycle going down the flight of stairs. At approximately 10.30 a.m., the letter carrier found the victim at the bottom of the stairwell on the main floor of the apartment building. He had been badly beaten.

The sole identification evidence was that given by Mr. Adams. In a first photo line-up (November 28, 2000), he identified someone other than the Appellant as the person who resembled the man sleeping in the hallway. (A.B. 29/35-30/5; E23-E25) A second photo line-up was prepared which included the photo of the Appellant (December 14, 2000), but did not include a photograph of the person previously identified. In addition, the Appellant's photograph was one of three that appeared in both the first and second line-up. (A.B. E28-E30) The witness testified that the Appellant's face as depicted in the photo looked similar to the face [he

2. Contexte

3 Leo Matthew Teskey a été inculpé de voies de fait graves, d'introduction par effraction et de possession de biens volés. Au terme d'un procès de cinq jours ayant pris fin le 19 octobre 2001, le juge a mis l'affaire en délibéré et l'a ajournée jusqu'au 9 novembre 2001. Dans ses motifs dissidents, le juge Berger de la Cour d'appel a fait un résumé utile de la preuve et des conclusions de fait du juge du procès, que voici :

[TRADUCTION] Le jour de l'agression, un certain Jason Adams, locataire de l'immeuble d'habitation, a vu un homme avec une bicyclette qui dormait dans le corridor du deuxième étage. Il l'a entraperçu à trois reprises entre 6 h 15 et 6 h 30. Peu avant 7 h, un autre locataire a aperçu l'homme qui dormait et en a informé la victime. Entre 7 h et 7 h 30, l'épouse de M. Adams a entendu la victime parler avec un autre homme dont elle n'a pas reconnu la voix. Elle a ensuite entendu un bruit qui lui a semblé être une bicyclette descendant l'escalier. Vers 10 h 30, le facteur a trouvé la victime au pied de l'escalier, au rez-de-chaussée de l'immeuble d'habitation. La victime avait subi une sévère correction.

Monsieur Adams a fourni la seule preuve d'identification. Lors d'une première séance d'identification photographique (le 28 novembre 2000), M. Adams a désigné une autre personne que l'appelant comme étant un individu ressemblant à l'homme qui dormait dans le corridor. (D.A., 29/35-30/5; E23-E25) Lors d'une deuxième séance d'identification photographique, la série de photos comprenait la photo de l'appelant (le 14 décembre 2000), mais non celle de la personne identifiée précédemment. En outre, la photo de l'appelant était l'une des trois photos ayant fait partie des première et deuxième séances. (D.A., E28-E30) Le témoin a

saw] in the stairwell. He added that "minus the bruise and the shorter hair . . . the face looks very familiar." (A.B. 31/27-32/15) The Appellant argued that the second photo line-up was flawed due to the manner in which the Appellant's photo stood out as compared to a number of the surrounding pictures. In addition, Mr. Adams was unable to positively identify the Appellant in Court.

The trial judge recognized that the identification of the Appellant by Adams was "the cornerstone of the Crown's case". (A.B. F29, para. 54) He found that there had been no deliberate attempt on the part of the police to compromise the photo identification. He observed, however, that the recited flaws did tend to reduce the reliability of the identification evidence. Nonetheless, he took Mr. Adams' evidence into account and concluded that the Appellant was the man that Mr. Adams saw sleeping in the hallway.

The Appellant was in possession of or had pawned a number of items said to be missing from the victim's apartment. The evidence relied upon by the Crown to identify the property was equivocal. The victim's wife was unable to positively identify the property. By way of illustration, she explained that a Fuji camera which she was asked to identify "could have been" in the victim's office. Her difficulty was, as she put it, "I'm afraid all cameras look the same to me." Her testimony regarding a video recorder was equally uncertain. She was only able to say that "[s]ometimes Dougald used to mark the backs. There is no way that I can say positively that this is the one but there was one similar in the bedroom." (A.B. 239/10-12) Clothing said to have been in the victim's car was found in the Appellant's residence. The victim's wife did identify some clothing as belonging to her and her husband, but it had earlier been loaded into their car with the intention of giving it to the Salvation Army. She could not say if that had been done. (A.B. 224/44 - 226/9) The victim's wife was asked to identify a number of cassettes said to belong to the victim. She could only say that her husband had a number of the same titles. (A.B. 238/4-41) The Appellant's fingerprint was found on a jigsaw puzzle box which had been left unattended in the hallway of the building for about a week or two before this incident. (A.B. 22/28-41) No one could testify when the fingerprint came to be on the box, or how long it had been there.

déclaré que le visage de l'appelant, tel qu'il apparaissait dans la photo, ressemblait au visage [qu'il avait aperçu] dans l'escalier. Il a ajouté ceci : « sans l'ecchymose et les cheveux plus courts [. . .], ce visage semble très familier ». (D.A., 31/27-32/15) L'appelant a fait valoir que la deuxième séance d'identification photographique comportait des lacunes, parce que sa photo ressortait du lot par rapport à un certain nombre des photos l'entourant. De plus, M. Adams a été incapable d'identifier formellement l'appelant au procès.

Le juge du procès a reconnu que l'identification de l'appelant par M. Adams constituait la « pierre d'assise de la preuve de la Couronne ». (D.A., F29, par. 54) Il a conclu que la police n'avait pas sciemment tenté d'influencer l'issue de la séance d'identification photographique. Toutefois, il a fait remarquer que les erreurs tendaient effectivement à réduire la fiabilité de la preuve d'identification. Néanmoins, il a pris en considération le témoignage de M. Adams et a conclu que l'appelant était bel et bien l'homme que M. Adams avait vu dormir dans le corridor.

L'appelant avait en sa possession ou avait donné en gage un certain nombre d'articles qui, prétend-on, manquaient dans l'appartement de la victime. La Couronne a présenté une preuve d'identification des biens qui était équivoque. L'épouse de la victime a été incapable de les identifier formellement. Par exemple, elle a expliqué que l'appareil photo Fuji qu'on lui a demandé d'identifier « avait pu se trouver » dans le bureau de la victime. Le problème, a-t-elle dit, c'est que « [j]'ai bien peur que tous les appareils photos se ressemblent à mes yeux. » Son témoignage concernant le magnétoscope a également été incertain. Elle a simplement été en mesure de dire que : « [p]arfois Dougald inscrivait quelque chose à l'arrière. Je ne peux affirmer catégoriquement que c'est le bon, mais il y en avait un semblable dans la chambre à coucher. » (D.A., 239/10-12) Des vêtements qui affime-t-on, se trouvaient dans la voiture de la victime ont été retrouvés à la résidence de l'appelant. L'épouse de la victime a effectivement indiqué que certains lui appartenaient à elle ou à son époux, mais qu'ils avaient été placés dans la voiture en vue de les donner à l'Armée du salut. Elle n'a pas pu dire si cela avait été fait. (D.A., 224/44 - 226/9) Lorsqu'on lui a demandé d'identifier un certain nombre de cassettes qui auraient appartenu à la victime, son épouse a uniquement pu affirmer que son époux possédait un certain nombre des mêmes titres. (D.A., 238/4-41) L'empreinte digitale de l'appelant a été retrouvée sur la boîte d'un casse-tête laissé sans surveillance dans le corridor de l'immeuble, une ou deux semaines avant l'incident. (D.A., 22/28-41) Aucun témoignage n'a permis de déterminer à quel moment l'empreinte s'est retrouvée sur la boîte, ni depuis combien de temps elle s'y trouvait.

Of critical importance, the position of the defence at trial was that the Appellant may have stolen the puzzle box, but was not the assailant. [paras. 51-55]

Un élément d'une importance primordiale est le fait que, au procès, la thèse de la défense était que l'appelant avait peut-être volé le casse-tête, mais qu'il n'était pas l'agresseur. [par. 51-55]

As described by Hunt and Costigan JJ.A., "[t]he lengthy evidence was complex, almost entirely circumstantial and contained some contradictions. It cried out for analysis" (para. 15). Transcripts were ordered and the trial judge received them during the week of November 5, 2001. On the scheduled return date of November 9, 2001, the trial judge adjourned the matter for decision to November 30, then to December 11, December 21, 2001, and January 25, 2002, indicating each time that he was reviewing the matter but had not yet been able to reach a decision. From comments that he made on each appearance it is clear that the trial judge was struggling with the verdicts: see the excerpts reproduced by Berger J.A., at paras. 58-60 of his reasons. 4

Ainsi que l'ont décrite les juges Hunt et Costigan de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [l']abondante preuve était complexe et presque entièrement circonstancielle, en plus de comporter certaines contradictions. De toute évidence, une analyse s'imposait » (par. 15). Les transcriptions ont été demandées, et le juge du procès les a reçues pendant la semaine du 5 novembre 2001. À la date fixée pour la reprise du procès, le 9 novembre 2001, le juge a d'abord ajourné l'affaire au 30 novembre, puis successivement au 11 décembre, au 21 décembre et au 25 janvier 2002, indiquant à chaque fois qu'il poursuivait son examen mais n'avait pas encore été en mesure d'arriver à une décision. Il ressort des commentaires faits par le juge du procès à chacune de ces occasions que ce dernier éprouvait beaucoup de difficulté à arrêter les verdicts : voir les extraits reproduits par le juge Berger aux par. 58 à 60 de ses motifs.

On February 22, 2002, the trial judge, in brief oral reasons, convicted the accused on all three charges, in each case essentially saying only that the Crown had proved all the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt. Immediately after announcing the verdicts, the trial judge said the following: 5

Le 22 février 2002, dans des motifs succincts exposés de vive voix à l'audience, le juge du procès a déclaré l'accusé coupable des trois chefs d'accusation, disant simplement dans chaque cas que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels des infractions. Immédiatement après avoir prononcé les verdicts, le juge du procès a fait la déclaration suivante :

I just realized that perhaps I did do something in error in that before I entered the conviction, Mr. Teskey, I did not ask you if you had anything to say to the court, and I will give you that opportunity now.

[TRADUCTION] Je constate que je viens peut-être effectivement de commettre une erreur du fait que, avant d'inscrire la déclaration de culpabilité, M. Teskey, je ne vous ai pas donné la possibilité de me présenter vos observations, je vais vous donner cette possibilité maintenant.

The trial judge then invited Mr. Teskey to address him, adding the following: 6

Le juge du procès a ensuite invité M. Teskey à lui présenter ses observations, ajoutant ce qui suit :

Mr. Teskey, clearly, on whatever you say, I will reconsider what I have just said and then advise you if I am going to change anything, so I welcome you to address the court.

[TRADUCTION] Monsieur Teskey, il va de soi que, selon ce que vous me direz, je reconsidérerai ce que je viens tout juste de décider et vous informerai si j'entends changer quoi que ce soit, je vous invite donc à prendre la parole.

Mr. Teskey had nothing to say to the court and the trial judge concluded by announcing his 7

Monsieur Teskey n'avait aucune observation à formuler au juge du procès, qui a conclu en faisant

intention to issue written reasons "within a short period of time". The Crown then advised the court that it was going to bring an application to have Mr. Teskey declared a dangerous offender.

8 I pause here to say that the trial judge, in asking Mr. Teskey if he had anything to say, appears to be mistakenly referring to s. 726 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which requires a trial judge to ask an accused whether he has anything to say prior to the delivery of the sentence. In my view, this momentary lapse, in and of itself, is of no consequence. However, as I will explain, the trial judge's expressed willingness to reconsider the verdict, immediately after it has been rendered, contributes to the overall appearance that the process of deliberation was still ongoing.

9 On March 22, 2002, Mr. Teskey filed a Notice of Appeal listing 11 grounds of appeal, including whether "the number of adjournments required by the trial judge to determine guilt demonstrates reasonable doubt". Other grounds were concerned mainly with the insufficiency of the evidence and the question of reasonable doubt.

10 Extensive written reasons were eventually delivered (2003 CarswellAlta 2038, 2003 ABPC 225), more than 11 months after the announcement of the verdicts, and within days of the Court of Appeal's adjournment of the appeal from convictions and direction that the trial judge proceed to sentencing "with all deliberate speed" ((2003), 10 Alta. L.R. (4th) 19, 2003 ABCA 26, at para. 12). In the written reasons, the trial judge provided a detailed explanation for the repeated adjournments that preceded the announcement of the verdicts. He also referred at length to the various adjournments on the subsequent dangerous offender application, up to the release of his reasons on January 29, 2003. However, he made no mention of counsel's repeated requests for his written reasons and offered no explanation for the post-verdict delay in releasing them.

part de son intention de déposer [TRADUCTION] « à brève échéance » des motifs écrits. Le ministère public a alors informé le juge qu'il allait demander que M. Teskey soit déclaré délinquant dangereux.

Je fais une brève parenthèse pour dire que, lorsqu'il demande à M. Teskey s'il a des observations à lui présenter, le juge du procès semble à tort se référer à l'art. 726 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui oblige le juge à donner à l'accusé la possibilité de présenter ses observations avant la détermination de la peine. À mon avis, cette irrégularité momentanée est, en soi, sans conséquence. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, le fait que le juge se soit dit disposé à modifier sa décision, immédiatement après l'avoir rendue, renforce l'impression générale qu'il continuait toujours sa réflexion.

Le 22 mars 2002, M. Teskey a déposé un avis d'appel faisant état de 11 moyens d'appel, y compris la question de savoir si [TRADUCTION] « le nombre d'ajournements qu'il a fallu au juge du procès pour décider de la culpabilité de l'accusé démontre l'existence d'un doute raisonnable ». Les autres moyens portaient principalement sur l'insuffisance de la preuve et la question du doute raisonnable.

Le juge du procès a finalement déposé des motifs détaillés (2003 CarswellAlta 2038, 2003 ABPC 225), plus de 11 mois après le prononcé des verdicts et quelques jours après la décision de la Cour d'appel ajournant l'audition de l'appel des déclarations de culpabilité et ordonnant au juge du procès de déterminer la peine [TRADUCTION] « avec célérité » ((2003), 10 Alta. L.R. (4th) 19, 2003 ABCA 26, par. 12). Dans ses motifs écrits, le juge du procès a expliqué en détail les nombreux ajournements ayant précédé le prononcé des verdicts. Il a également traité en profondeur de la question des divers ajournements se rapportant à la demande ultérieure visant à faire déclarer l'appelant délinquant dangereux, jusqu'au dépôt de ses motifs le 29 janvier 2003. Toutefois, il n'a pas parlé des demandes répétées qui avaient été présentées par les avocats en vue d'obtenir des motifs écrits, ni fourni d'explications justifiant le délai qui s'est écoulé entre le prononcé des verdicts et le dépôt de ces motifs.

Mr. Teskey's appeal from convictions was heard by the Court of Appeal of Alberta on January 12, 2006. The court was unanimous in finding that the trial judge's oral reasons did not pass the test of sufficiency, as set out by this Court in *Sheppard*. The justices on appeal were divided, however, on the question whether the court, in determining Mr. Teskey's appeal from convictions, should consider the written reasons of the trial judge. Hunt and Costigan JJ.A. held that, viewed in their entirety, the reasons did not appear to be "written simply to answer points raised in the notice of appeal" (para. 36). On the question whether the circumstances surrounding their delivery gave rise to an apprehension of unfairness, the majority found the evidence, at best, to be equivocal. Applying the "presumption of regularity", they concluded that "[t]he provision of written reasons was no more than the tardy performance of the trial judge's declared intention to provide reasons in compliance with the obligation imposed by *Sheppard*" (para. 40). The majority therefore considered the written reasons and dismissed the appeal from convictions.

Berger J.A., in dissent, would not have considered the written reasons. In his view, the appearance of fairness could not be maintained on the facts of this case. He found that the extreme delay in issuing reasons that had been promised "within a short period of time", the relative brevity of the trial, the nature of the evidence, and the contents of the reasons in the face of an intervening appeal that had progressed to an initial hearing before the reasons were issued, all combined to create an apprehension that the reasons were meant to respond to some of the points raised on appeal. In addition, he held that the inordinate delay suggested result-driven reasoning and "that a reasonable person would perceive that the conclusions reached months earlier were not at that time supported by the reasons now proffered" (para. 74). Without the requisite link between the decision taken and the reasons that led

11 L'appel interjeté par M. Teskey à l'encontre des déclarations de culpabilité a été entendu par la Cour d'appel de l'Alberta le 12 janvier 2006. Les juges de la Cour d'appel ont conclu à l'unanimité que les motifs exposés de vive voix à l'audience par le juge du procès ne satisfaisaient pas au critère du caractère suffisant énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Sheppard*. Cependant, ils n'étaient pas tous du même avis en ce qui concerne la question de savoir si, dans son examen de l'appel des déclarations de culpabilité, la Cour d'appel devait tenir compte des motifs écrits du juge du procès. Les juges Hunt et Costigan ont statué que, considérés globalement, les motifs ne semblaient pas avoir été [TRADUCTION] « rédigés simplement pour répondre aux questions soulevées dans l'avis d'appel » (par. 36). Quant à la question de savoir si les circonstances entourant le prononcé des motifs suscitaient une crainte d'injustice, les juges majoritaires ont conclu que la preuve était, au mieux, équivoque. Appliquant la « présomption de régularité », ils ont estimé que [TRADUCTION] « [l]e dépôt des motifs écrits représentait tout au plus la concrétisation tardive par le juge du procès de son intention déclarée d'exposer des motifs conformément à l'obligation qu'impose l'arrêt *Sheppard* à cet égard » (par. 40). Par conséquent, les juges majoritaires ont pris en considération les motifs écrits et ont rejeté l'appel des déclarations de culpabilité.

12 Pour sa part, le juge Berger, dissident, n'aurait pas considéré les motifs écrits. À son avis, l'apparence d'équité ne pouvait être maintenue à la lumière des faits de l'espèce. Il a jugé que le très long délai mis à déposer des motifs qui avaient été promis « à brève échéance », la durée relativement courte du procès, la nature de la preuve et la teneur des motifs eu égard à l'appel interjeté entre-temps, lequel avait donné lieu à une première audience avant même le dépôt de ceux-ci, constituaient autant de facteurs qui, ensemble, concouraient à soulever la crainte que les motifs visaient à répondre aux points soulevés en appel. En outre, le juge Berger a conclu que ce délai excessif évoquait un raisonnement établi en fonction du résultat et [TRADUCTION] « qu'une personne raisonnable se dirait que les conclusions tirées plusieurs mois auparavant ne reposaient pas à ce moment sur les motifs que l'on expose

to that decision, the accused's right to a meaningful appeal was effectively thwarted. Berger J.A. would therefore have ordered a new trial.

maintenant » (par. 74). L'absence du lien requis entre la décision rendue et les motifs ayant conduit à celle-ci avait effectivement fait obstacle au droit de l'accusé à un examen valable en appel de la décision contestée. Par conséquent, le juge Berger aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

13 Mr. Teskey appeals to this Court as of right.

Monsieur Teskey se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

3. Analysis

3. Analyse

14 The discussion in *Sheppard* about the requirement and the purpose of giving reasons need not be repeated at length here. No one disputes that, in the circumstances of this case, it was incumbent upon the trial judge to give reasons to justify and explain the verdicts of guilt. This was particularly important given the relatively complex and circumstantial nature of the evidence presented against Mr. Teskey. Mr. Teskey was entitled to know why he was convicted. The reasons were also necessary to inform the grounds of his appeal from conviction properly. Interested members of the public were also entitled to see for themselves whether justice was done here. Furthermore, in the particular context of the appeal, the reasons were necessary to provide a meaningful review of the correctness of the decision.

Il n'y a pas lieu ici de reprendre l'examen qui a été fait dans *Sheppard* de l'obligation qu'ont les tribunaux de motiver leurs décisions, ni de l'objet de cette obligation. Nul ne conteste le fait que, eu égard aux circonstances de l'espèce, il incombait au juge du procès d'exposer des motifs pour justifier et expliquer ses verdicts de culpabilité. Ces motifs étaient tout particulièrement importants en raison de la complexité relative et de la nature circonstancielle de la preuve présentée contre M. Teskey. En effet, ce dernier avait le droit de savoir pourquoi il était déclaré coupable. De plus, les motifs étaient nécessaires pour permettre un examen éclairé des moyens d'appel de la déclaration de culpabilité. Par ailleurs, les membres du public intéressés avaient eux aussi le droit de décider si justice avait été rendue. Qui plus est, dans les circonstances de l'espèce, les motifs étaient nécessaires pour permettre un examen valable en appel de la justesse de la décision.

15 It is clear that the oral reasons given at the time of the verdicts do not meet the standard set out in *Sheppard*. It is equally clear that the extensive written reasons that followed do — provided that they reflect the reasoning that led the trial judge to the verdicts. Without that link, the purpose of giving reasons is defeated and their consideration does not contribute to a meaningful appellate review. The issue arises in this case because of the lack of concomitance between the announcement of the verdicts and the delivery of the written reasons. Had the verdicts been announced only at the time the written reasons were delivered, even — as here — more than 14 months after the conclusion of the evidence, the requisite link between the decision

Il est évident que les motifs exposés de vive voix lors du prononcé des verdicts ne satisfont pas au critère énoncé dans l'arrêt *Sheppard*. Il est tout aussi évident que les motifs écrits détaillés déposés par la suite satisfont à ce critère, dans la mesure où ils reflètent le raisonnement ayant conduit le juge du procès aux verdicts qu'il a prononcés. Sans ce lien, les motifs perdent leur raison d'être et ne peuvent favoriser un examen valable de la décision en appel. La question se pose en l'espèce en raison du manque de concomitance entre le prononcé des verdicts et le dépôt des motifs écrits. Si les verdicts n'avaient été rendus qu'au moment du dépôt de ces motifs, même — comme en l'espèce — plus de 14 mois après la fin du procès, personne n'aurait pu

and reasons that led to it could not be questioned. Of course, inordinate delay in rendering a verdict can give rise to other concerns, but not to the issue which occupies us on this appeal.

A judge is not precluded from announcing a verdict with "reasons to follow". In the context of a civil case, Arbour J.A. (as she then was) aptly stated the following in *Crocker v. Sipus* (1992), 57 O.A.C. 310, at para. 5:

The needs of justice in a given case may be better served by an announcement of the disposition of the matter as soon as the deliberation process is completed but before full written reasons can be made available to the parties. The mere filing of a notice of appeal after the disposition has been announced does not bar the consideration on appeal of the reasons released subsequently.

The same principles apply in a criminal case. For example, it is often necessary in the interests of achieving trial efficiency for a trial judge to announce promptly the disposition on an evidentiary ruling or on a *Charter* motion, with reasons to follow at a later date. In particular circumstances, there may also be good reason for announcing the verdict in a criminal case prior to delivering the reasons that led to it. For example, the prompt delivery of a verdict of acquittal may allow an accused to be immediately released from custody. Or it may be desirable to announce a verdict of guilty at the conclusion of the hearing so as to secure an earlier date in the court's schedule for the subsequent sentence proceedings. However, in all cases, a trial judge should be mindful of the importance that justice not only be done but that it *appear* to be done. The circumstances of this case exemplify the kind of issues that can arise when the announcement of the verdict is divorced from the delivery of the reasons that led to it.

Reasons rendered long after a verdict, particularly where it is apparent that they were entirely

contester l'existence du lien requis entre la décision et les motifs. Il va de soi que l'écoulement d'un délai démesuré avant le prononcé du verdict peut faire naître d'autres problèmes, mais pas la question qui nous occupe dans le présent pourvoi.

16 Rien n'empêche un juge de rendre un verdict en précisant que des « motifs suivront ». En matière civile, la juge Arbour (plus tard juge de notre Cour) a énoncé avec justesse le principe suivant dans l'arrêt *Crocker c. Sipus* (1992), 57 O.A.C. 310, par. 5 :

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice dans une affaire donnée pourrait être mieux servi par le prononcé de la décision dès le processus de réflexion terminé, mais avant la remise des motifs écrits aux parties. Le dépôt d'un avis d'appel après le prononcé de cette décision n'empêche pas à lui seul l'examen en appel des motifs déposés ultérieurement.

17 Les mêmes principes s'appliquent en matière pénale. Par exemple, il est souvent nécessaire, pour assurer l'efficacité du procès, que le juge qui préside celui-ci rende rapidement sa décision sur une question de preuve ou une requête fondée sur la *Charte* et ne motive ces décisions qu'à une date ultérieure. Dans certaines circonstances, il pourrait exister des raisons valables, dans une affaire criminelle, que le juge prononce le verdict avant d'exposer les motifs ayant conduit à celui-ci. Par exemple, le fait de prononcer avec célérité un verdict d'acquittement peut permettre la remise en liberté immédiate de l'accusé. Par ailleurs, il pourrait être souhaitable que le tribunal fasse connaître le verdict de culpabilité à la clôture de l'audience pour être en mesure d'obtenir une date d'audience plus rapprochée pour la détermination de la peine. Toutefois, dans tous les cas, le juge du procès doit garder à l'esprit l'important principe selon lequel il ne suffit pas que justice soit rendue, elle doit également être *perçue* comme ayant été rendue. Les circonstances de l'espèce illustrent bien le genre de questions susceptibles de se soulever lorsque le prononcé du verdict et le dépôt des motifs ayant conduit à celui-ci surviennent à des moments différents.

18 Le fait que des motifs soient déposés longtemps après le prononcé du verdict, particulièrement des

crafted after the announcement of the verdict, may cause a reasonable person to apprehend that the trial judge may not have reviewed and considered the evidence with an open mind as he or she is duty-bound to do but, rather, that the judge has engaged in result-driven reasoning. In other words, having already announced the verdict, particularly a verdict of guilt, a question arises whether the post-decision review and analysis of the evidence was done, even subconsciously, with the view of defending the verdict rather than arriving at it. It is most important in a criminal case to guard against any result-driven consideration of the evidence because the accused is presumed innocent and entitled to the benefit of any reasonable doubt. A reasonable doubt is not always obvious. Its presence may be far more subtle and only discernible through the eyes of the person who keeps an open mind. It is in this sense that the trial judge who appears to have already committed to a verdict of guilt before completing the necessary analysis of the evidence may cause a reasonable person to apprehend that he or she has not kept an open mind. Further, if an appeal from the verdict has been launched, as here, and the reasons deal with certain issues raised on appeal, this may create the appearance that the trial judge is advocating a particular result rather than articulating the reasons that led him or her to the decision.

19 I am not suggesting that the necessary link between the verdict and the reasons that led to it will be broken whenever there is a delay in rendering reasons after the announcement of the verdict. Trial judges benefit from a presumption of integrity, which in turn encompasses the notion of impartiality. (I take it from reading their reasons as a whole that this is what the majority of the Court of Appeal had in mind when they referred to the presumption of "regularity", the latter applying rather to procedural or administrative matters.) Hence, the reasons proffered by the trial judge in support of his decision are presumed to reflect the reasoning that led him to his decision.

motifs ayant de toute évidence été rédigés entièrement après le prononcé du verdict, peut amener une personne raisonnable à craindre que le juge du procès n'ait pas examiné et considéré la preuve avec un esprit ouvert, comme il a le devoir de le faire, mais qu'il ait plutôt énoncé son raisonnement en fonction du résultat. En d'autres mots, lorsque le verdict a déjà été prononcé, en particulier un verdict de culpabilité, il faut se demander si le juge a procédé à l'examen et à l'analyse de la preuve après le prononcé de sa décision dans le but — même inconscient — non pas d'arriver à ce verdict mais plutôt de le défendre. Il est très important dans une affaire criminelle de prendre garde de ne pas examiner la preuve en fonction du résultat, étant donné que l'accusé est présumé innocent et a droit au bénéfice du doute raisonnable. La présence d'un doute raisonnable ne ressort pas toujours de façon évidente. En effet, elle peut parfois être très subtile et n'apparaître qu'aux yeux de la personne qui garde un esprit ouvert. En ce sens, lorsque le juge du procès semble avoir arrêté un verdict de culpabilité avant d'avoir complété la nécessaire analyse de la preuve, une personne raisonnable pourrait alors être amenée à craindre que le juge n'ait pas gardé un esprit ouvert. En outre, si le verdict a été porté en appel, comme c'est le cas en l'espèce, et que les motifs traitent de certaines questions soulevées dans l'appel, cela peut donner l'impression que le juge du procès a tenté de défendre un résultat donné plutôt que de formuler les motifs sur lesquels il s'est fondé pour rendre sa décision.

Je ne prétends pas qu'il y a rupture du lien requis entre le verdict et les motifs ayant conduit à celui-ci dans tous les cas où il s'écoule un délai entre le prononcé du verdict et le dépôt des motifs. Les juges de première instance jouissent d'une présomption d'intégrité qui, à son tour, englobe la notion d'impartialité. (Il ressort selon moi de l'ensemble des motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel que c'est ce à quoi pensaient les juges lorsqu'ils ont parlé de la présomption de [TRADUCTION] « caractère régulier », laquelle s'applique plutôt aux questions d'ordre procédural ou administratif.) Ainsi, les raisons invoquées par le juge du procès au soutien de sa décision sont présumées refléter le raisonnement l'ayant conduit à cette décision.

The notion of judicial integrity was discussed at length by this Court in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484. It encompasses the expectation that judges will strive to overcome personal bias and partiality and carry out the oath of their office to the best of their ability. Impartiality was described as follows by Cory J. (at paras. 104-5):

> . . . impartiality can be described — perhaps somewhat inexactly — as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions.
>
> In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues.

The judge's impartiality is essential to achieve trial fairness.

As reiterated in *S. (R.D.)*, fairness and impartiality must not only be subjectively present but must also be objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. Even though there is a presumption that judges will carry out the duties they have sworn to uphold, the presumption can be displaced. The onus is therefore on the appellant to present cogent evidence showing that, in all the circumstances, a reasonable person would apprehend that the reasons constitute an after-the-fact justification of the verdict rather than an articulation of the reasoning that led to it.

In this case, I agree with the majority of the Court of Appeal that the reasons do not appear to have been crafted to answer points raised in the appeal, either in whole or in part. The reasons do not address one of the four grounds of appeal raised in the factum. While the trial judge's reasons respond generally to the accused's other arguments on appeal about whether there were grounds for a reasonable doubt or whether the verdicts were unreasonable, as noted by Hunt and Costigan JJ.A., given the nature of the case almost any reasons would have had this effect.

However, the fact that the reasons do not appear written in answer to the accused's appeal does not

La notion d'intégrité judiciaire a été examinée en profondeur par notre Cour dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484. Elle suppose que les juges s'emploieront à vaincre leurs préjugés personnels, à juger sans partialité et à respecter leur serment professionnel. L'impartialité a été décrite ainsi par le juge Cory (par. 104-105) : 20

> . . . l'impartialité peut être décrite — peut-être de façon quelque peu inexacte — comme l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis.
>
> Par contraste, la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions.

L'impartialité du juge est essentielle à l'équité du procès.

Comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt *S. (R.D.)*, l'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. La présomption que les juges s'acquitteront des obligations qu'ils se sont engagés sous la foi du serment à remplir peut néanmoins être réfutée. Il incombe donc à l'appelant de présenter une preuve convaincante, démontrant qu'eu égard aux circonstances de l'espèce une personne raisonnable craindrait que les motifs constituent une justification a posteriori du verdict plutôt que l'exposé du raisonnement ayant conduit à celui-ci. 21

À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime en l'espèce que les motifs ne semblent pas avoir été rédigés, en tout ou en partie, dans le but de répondre à des points soulevés en appel. Les motifs ne traitent pas de l'un des quatre moyens d'appel mentionnés dans le mémoire. Bien que les motifs du juge du procès répondent de façon générale aux autres arguments invoqués en appel par l'accusé relativement à l'existence d'éléments soulevant un doute raisonnable ou à la question de savoir si le verdict était déraisonnable, il en serait ainsi de pratiquement tout exposé des motifs vu la nature de la cause, comme l'ont souligné les juges Hunt et Costigan de la Cour d'appel. 22

Néanmoins, le fait que les motifs ne semblent pas avoir été rédigés en réponse à l'appel interjeté 23

answer the broader question whether a reasonable person would apprehend that the written reasons are in effect an after-the-fact justification for the verdicts rather than the articulation of the reasoning that led to the decision. This question was not considered by the majority. On this issue, I agree with the conclusion reached by Berger J.A., in dissent, that the court could not reasonably be confident that the written reasons, delivered more than 11 months after the announcement of the verdicts of guilt, reflected the reasoning that led the trial judge to his decision. However, unlike Berger J.A., I am of the view that delay in rendering reasons, in and of itself, does not give rise to this apprehension. With respect, Abella J.'s analysis also appears entirely focused on the timing of the reasons. If the only factor in this case were the delay in the post-verdict delivery of the reasons, I would take no issue with her conclusion. In this case, however, it is the combination of the following factors that constitutes cogent evidence sufficient to rebut the presumption of integrity and impartiality and which amply supports Berger J.A.'s conclusion:

- the trial judge's obvious difficulty in arriving at a verdict in the months following the completion of the evidence;
- the absolutely bare declaration of guilt without any indication of the underlying reasoning;
- the trial judge's expressed willingness to reconsider the verdicts immediately after their announcement;
- the nature of the evidence that called for a detailed consideration and analysis before any verdict could be reached;
- the failure of the trial judge to respond to repeated requests from counsel to give reasons;
- the contents of the reasons referring to events long after the announcement of the

par l'accusé n'élucide pas la question plus générale de savoir si une personne raisonnable craindrait que les motifs écrits constituent en fait une justification a posteriori des verdicts plutôt que l'exposé du raisonnement ayant conduit à ceux-ci. La majorité ne s'est pas penchée sur cette question. À cet égard, je fais mienne la conclusion tirée par le juge Berger, dissident, à savoir que la Cour d'appel ne pouvait raisonnablement être convaincue que les motifs écrits, déposés plus de 11 mois après le prononcé des verdicts de culpabilité, reflétaient le raisonnement ayant amené le juge du procès à décider comme il l'a fait. Toutefois, contrairement au juge Berger, j'estime que le délai mis à exposer les motifs de la décision ne fait pas à lui seul naître la crainte évoquée par l'appelant. En toute déférence, l'analyse de la juge Abella semble elle aussi axée entièrement sur le moment du dépôt des motifs. Si le seul facteur en cause dans la présente affaire était le délai mis à déposer les motifs après le prononcé du verdict, je ne critiquerais pas la conclusion de la juge Abella. En l'espèce, les différents facteurs énumérés ci-après, considérés ensemble, constituent une preuve convaincante et suffisante pour repousser la présomption d'intégrité et d'impartialité et ils étayent amplement la conclusion du juge Berger de la Cour d'appel :

- la difficulté manifeste qu'a éprouvée le juge du procès à arrêter le verdict au cours des mois qui ont suivi la clôture de la preuve;
- la déclaration de culpabilité prononcée sans aucune indication du raisonnement à sa base;
- le fait que le juge du procès se soit dit disposé à reconsidérer les verdicts immédiatement après leur prononcé;
- la nature de la preuve, qui commandait un examen et une analyse approfondis avant que tout verdict puisse être arrêté;
- le défaut du juge du procès de donner suite aux demandes répétées des avocats en vue d'obtenir des motifs écrits;
- la teneur des motifs, qui font état d'événements survenus longtemps après le prononcé du

verdict suggesting that they were crafted post-decision;

- the inordinate delay in delivering the reasons coupled with the absence of any indication that his reasons were ready at any time during the 11 months that followed or that the trial judge had purposely deferred their issuance pending disposition of the dangerous offender application.

4. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the convictions and order a new trial.

The reasons of Bastarache, Deschamps and Abella JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — After a five-day trial involving over a dozen witnesses, Leo Matthew Teskey was convicted of aggravated assault, break and enter and possession of stolen property on February 22, 2002. On January 29, 2003, the trial judge issued written reasons (2003 CarswellAlta 2038, 2003 ABPC 225), and, on February 28, 2005, found Teskey to be a dangerous offender ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 273, 2005 ABPC 33).

The novel issue in this appeal is whether a trial judge's written reasons ought to be disregarded in circumstances which, in my view, amount essentially to extensive delay. I am, with great respect, concerned that this case, although it is being decided by the majority on its own facts, may set a regrettable precedent that will not only inhibit judges from a common practice of giving a result with reasons to follow, but also introduce uncertainty about how long a particular delay needs to be before it can be said that those reasons have lost the right to be reviewed. For the reasons that follow, the trial judge's reasons in this case were, it seems to me, entitled to appellate review and not,

verdict, ce qui donne à penser qu'ils ont été élaborés après la décision;

- le délai excessif mis à déposer les motifs, conjugué à l'absence de toute indication qu'ils étaient prêts à un moment ou à un autre pendant les 11 mois ayant suivi le prononcé du verdict ou que le juge du procès avait délibérément différé leur dépôt avant qu'il ait été statué sur la demande de déclaration de délinquant dangereux.

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. 24

Version française des motifs des juges Bastarache, Deschamps et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — À l'issue d'un procès de cinq jours au cours duquel plus d'une douzaine de témoins ont été entendus, Leo Matthew Teskey a été déclaré coupable, le 22 février 2002, de voies de fait graves, d'introduction par effraction et de possession de biens volés. Le 29 janvier 2003, le juge du procès a déposé ses motifs écrits (2003 CarswellAlta 2038, 2003 ABPC 225) et, le 28 février 2005, il a déclaré M. Teskey délinquant dangereux ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 273, 2005 ABPC 33). 25

La question nouvelle que soulève le présent pourvoi consiste à décider s'il y a lieu de ne pas considérer les motifs écrits exposés par le juge du procès dans un cas où le problème tient essentiellement, selon moi, au délai considérable mis par le juge à déposer les motifs en question. En toute déférence, je crains sérieusement que, bien que la majorité tranche le présent pourvoi à la lumière des faits propres à l'espèce, celui-ci ne constitue un regrettable précédent qui aura non seulement pour effet de décourager les juges de recourir à une pratique répandue, à savoir prononcer leur décision puis la motiver ultérieurement, mais également à créer de l'incertitude quant au temps qu'ils peuvent prendre pour rédiger 26

by virtue of their timing, unworthy of substantive scrutiny.

27 I agree with Charron J. in many respects. In particular, I agree with her conclusions that:

- the trial judge's attempted correction of what he perceived to be an error in finding Teskey guilty before giving him an opportunity to make a statement, was a "momentary lapse, in and of itself, . . . of no consequence";
- the extensive written reasons meet the standard in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, if "they reflect the reasoning that led the trial judge to the verdicts";
- a judge is not precluded from announcing a verdict with "reasons to follow";
- the trial judge's reasons were not specifically crafted to respond to the Notice of Appeal; and
- trial judges benefit from a presumption of integrity and impartiality.

28 Of utmost importance to the resolution of this appeal, in my view, is the existence of a presumption of integrity, rebuttable only by cogent evidence. The high threshold for displacing the presumption that a judge is acting with integrity and in accordance with his or her oath of office, seeks to balance two significant public interests, both related to maintaining confidence in the administration of justice: the right of judges to be presumed to be acting with integrity and the right of litigants to challenge judges when their conduct gives rise to a reasonable apprehension of impropriety.

leurs motifs avant que ceux-ci ne puissent plus être pris en considération dans un éventuel examen de leur décision. Pour les raisons exposées ci-après, il me semble que les motifs rédigés par le juge de première instance en l'espèce devaient être examinés en appel et ne pouvaient, du fait du délai mis à les déposer, être privés d'un examen au fond.

Je suis par ailleurs en accord avec la juge Charron sur de nombreux points, particulièrement avec les conclusions suivantes de ma collègue :

- la tentative du juge du procès de corriger l'erreur qu'il pensait avoir commise en prononçant le verdict de culpabilité avant d'avoir donné à M. Teskey la possibilité de faire une déclaration était une « irrégularité momentanée [. . .], en soi, sans conséquence »;
- les motifs détaillés satisfont au critère énoncé dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, dans la mesure où ils « reflètent le raisonnement ayant conduit le juge du procès aux verdicts qu'il a prononcés »;
- rien n'empêche un juge de rendre un verdict en précisant que des « motifs suivront »;
- les motifs du juge du procès n'ont pas été rédigés expressément en réponse à l'avis d'appel;
- les juges de première instance jouissent d'une présomption d'intégrité et d'impartialité.

À mon avis, un point de la plus haute importance pour décider le présent pourvoi est l'existence d'une présomption d'intégrité, réfutable uniquement au moyen d'une preuve convaincante. La norme exigeante à laquelle il doit être satisfait pour réfuter la présomption que le juge exerce ses fonctions avec intégrité et conformément à son serment professionnel vise à établir un juste équilibre entre deux principes d'intérêt public importants, liés au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice : le droit des juges de jouir de la présomption qu'ils exercent leurs fonctions avec intégrité et le droit des parties de pouvoir contester l'impartialité des juges dont la conduite soulève une crainte raisonnable d'irrégularité.

The presumption of integrity acknowledges that judges are bound by their judicial oaths and will carry out the duties they have sworn to uphold. This includes not only a presumption — and duty — of impartiality but also of legal knowledge. This aspect of the presumption, namely, that judges are presumed to know and act in accordance with their legal responsibilities, is of particular significance in this appeal.

La présomption d'intégrité reconnaît que les juges sont tenus de respecter leur serment professionnel et de s'acquitter des obligations qu'ils ont fait le serment de remplir. Cette présomption inclut à son tour non seulement une présomption — et une obligation — d'impartialité, mais aussi une présomption de connaissance du droit. Cet aspect de la présomption, à savoir que les juges sont présumés connaître le droit et agir en conformité avec leurs obligations légales, revêt une importance particulière dans le présent pourvoi. 29

The foundation for the presumption was summarized in *Robbie the Pict v. Her Majesty's Advocate*, [2003] ScotHC 12, as follows at para. 8:

Le fondement de la présomption a été résumé ainsi au par. 8 de l'arrêt *Robbie the Pict c. Her Majesty's Advocate*, [2003] ScotHC 12 : 30

Every judge is bound, both by his judicial oath and by the ethical obligation incumbent on anyone who exercises a judicial function, to behave honourably, sincerely and impartially towards litigants and those who represent them. These obligations are the cornerstones of judicial integrity. A litigant is entitled to expect integrity of the judge; but he in turn must give the judge his trust. That is the only basis on which litigation can be conducted in an atmosphere of confidence rather than suspicion.

[TRADUCTION] Les juges sont tenus — à la fois par leur serment professionnel et par les règles de déontologie applicables à quiconque exerce des fonctions judiciaires — de se comporter avec honneur, sincérité et impartialité à l'endroit des parties et de leurs représentants. Ces obligations constituent la pierre angulaire de l'intégrité de la magistrature. Les parties sont en droit de s'attendre à ce que le juge se comporte avec intégrité; en revanche, elles doivent lui témoigner leur confiance. Ce n'est qu'à cette condition que des litiges peuvent être instruits dans un climat de confiance plutôt que de méfiance.

The presumption has most frequently been discussed in the context of allegations of bias. In *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45, the Court stressed its significance in that context as follows:

Cette présomption est le plus souvent examinée dans le contexte d'allégations de partialité. Dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45, la Cour a souligné en ces termes l'importance de cette présomption dans ce contexte : 31

An allegation that a judgment may be tainted by bias or by a reasonable apprehension of bias is most serious. That allegation calls into question the impartiality of the Court and its members and raises doubt on the public's perception of the Court's ability to render justice according to law.

Le fait de prétendre qu'un jugement est entaché de partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité constitue une très grave allégation. Une telle allégation met en question l'impartialité de la Cour et de ses juges et fait naître dans le public des doutes quant à la capacité de la Cour de rendre justice conformément au droit.

. . .

. . .

. . . "[i]mpartiality is the fundamental qualification of a judge and the core attribute of the judiciary" (Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (1998), at p. 30). It is the key to our judicial process, and must be presumed. As was noted by L'Heureux-Dubé J. and

. . . « [l]'impartialité est la qualité fondamentale des juges et l'attribut central de la fonction judiciaire » (Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* (1998), p. 30). Elle est la clé de notre processus judiciaire et son existence doit être

McLachlin J. (as she then was) in *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 32, the presumption of impartiality carries considerable weight, and the law should not carelessly evoke the possibility of bias in a judge, whose authority depends upon that presumption. [Emphasis added; paras. 2 and 59.]

(See also *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL) (H.C.); *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.); *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL) (S.C.); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 117.)

32 In *S. (R.D.)*, Cory J. also noted at para. 113 that the threshold for establishing a reasonable apprehension of bias is a high one because it calls into question not only the integrity of the presiding judge, but of the administration of justice itself. In other words, as Cory J. concluded at para. 112, "a real likelihood or probability of bias must be demonstrated . . . mere suspicion is not enough".

33 The test for displacing the presumption, therefore, requires that the apprehension of bias be reasonable in the eyes of someone who is reasonably informed about all the relevant circumstances. Those circumstances include "the traditions of integrity . . . and . . . the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold" (*S. (R.D.)*, at para. 111 (citing *Elrick*, at para. 14)). As previously noted, the presumption that judges will carry out their sworn duties also includes a presumption of legal knowledge. McLachlin J. confirmed in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, that "[t]rial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out".

34 The issue in this appeal is, therefore, whether the presumption of integrity has been displaced by "cogent evidence", that is, would a reasonably informed person be satisfied that there is a "real likelihood" that the trial judge in this case has not complied with his oath of office in

présumée. Comme l'ont signalé les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *S. (R.D.)*, précité, par. 32, cette présomption d'impartialité a une importance considérable, et le droit ne devrait pas imprudemment évoquer la possibilité de partialité du juge, dont l'autorité dépend de cette présomption. [Je souligne; par. 2 et 59.]

(Voir également *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL) (H.C.); *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.); *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL) (C.S.); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 117.)

Dans l'arrêt *S. (R.D.)*, par. 113, le juge Cory a lui aussi précisé que la norme qui doit être satisfaite pour établir à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est exigeante, étant donné qu'une telle conclusion met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais aussi l'intégrité de l'administration de la justice tout entière. En d'autres mots, comme a conclu le juge Cory au par. 112, il « faut établir une réelle probabilité de partialité car un simple soupçon est insuffisant ».

Par conséquent, suivant la norme requise pour réfuter la présomption, la crainte de partialité doit être raisonnable du point de vue de la personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, y compris « des traditions historiques d'intégrité et [. . .] du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter » (*S. (R.D.)*, par. 111 (citant *Elrick*, par. 14)). Comme il a été mentionné plus tôt, la présomption selon laquelle les juges s'acquitteront des obligations qu'ils se sont engagés sous serment à remplir comporte également la présomption qu'ils connaissent le droit. D'ailleurs, dans *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin a confirmé que les « juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours ».

Le présent pourvoi soulève donc la question de savoir si la présomption d'intégrité a été réfutée par « une preuve convaincante », c'est-à-dire : est-ce qu'une personne raisonnablement bien renseignée serait convaincue qu'il existe une « réelle probabilité » que, en l'espèce, le juge du procès n'a pas

the manner and timing of the issuance of his reasons.

The trial judge's conduct must be assessed against the strong presumption that he is acting in accordance with his oath. Charron J. is careful to point to a number of factors that cause her to conclude that in this case the reasons are unacceptable. They include the trial judge's difficulty for four months in arriving at the verdicts; his bare declaration of guilt without any indication of his underlying reasoning; and his failure to respond to repeated requests from counsel to issue his reasons. At heart, these are criticisms about what she refers to as the "inordinate delay" in delivering the reasons after the verdicts. In my view, there may be many explanations for the judge's conduct in this case.

It is true that the trial judge deliberated for four months before giving his verdicts, and delivered his written reasons 11 months after that. We cannot know why this particular — and acceptable — practice of delivering the result separately from the reasons was used in this case but the fact that it was should not detract from the presumption that the resulting reasons were, as all reasons are presumed to be, honest explanations for the conclusion the judge had reached. The content of those reasons may not survive judicial scrutiny, but that scrutiny is nonetheless something to which those reasons, and the judge who took the trouble to prepare them, are entitled.

In *Sheppard*, Binnie J. explained not only the purpose of reasons but also the appellate function in assessing them. Significantly, he confirmed that unless there are deficiencies in the reasons that prevent meaningful appellate review of the correctness of a trial judge's decision, an appellate court ought not to

respecté son serment professionnel en déposant ses motifs de décision de la manière qu'il a choisie et au moment où il l'a fait?

35 La conduite du juge du procès doit être appréciée en tenant compte de la forte présomption qu'il respecte son serment professionnel dans l'exercice de ses fonctions. La juge Charron a pris soin d'énumérer un certain nombre de facteurs au soutien de sa conclusion que les motifs en cause sont inacceptables en l'espèce. Elle souligne notamment que le juge du procès a mis quatre mois à arrêter les verdicts, qu'il a prononcé la déclaration de culpabilité sans aucune indication du raisonnement à sa base et qu'il n'a pas donné suite aux demandes répétées des avocats en ce qui concerne le dépôt des motifs de sa décision. Essentiellement, ces facteurs ont trait à ce qu'elle qualifie de « délai excessif » mis à formuler les motifs après le prononcé des verdicts. Selon moi, de nombreuses raisons sont susceptibles d'expliquer la conduite du juge en l'espèce.

36 Il est vrai que le juge du procès a délibéré pendant quatre mois avant de rendre ses verdicts, puis 11 mois par la suite avant d'exposer par écrit ses motifs de décision. Nous ne pouvons savoir pourquoi, dans la présente affaire, le juge a choisi de recourir à la pratique — par ailleurs tout à fait acceptable — de communiquer le résultat séparément des motifs, mais sa décision d'agir ainsi ne devrait pas porter atteinte à la présomption que les motifs exposés en l'espèce, comme d'ailleurs tous motifs de jugement, sont présumés constituer l'explication fidèle de la conclusion à laquelle est arrivée le juge. Il se pourrait que le contenu de ces motifs ne résiste pas à l'examen judiciaire, mais cet examen est néanmoins un processus que méritent ces motifs et le juge qui a pris la peine de les rédiger.

37 Dans l'arrêt *Sheppard*, le juge Binnie a expliqué non seulement l'objet des motifs, mais aussi la fonction du tribunal chargé de leur examen en appel. Fait important, il a confirmé que, sauf si les motifs comportent des lacunes faisant obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision du juge de première instance, le tribunal

conclude that the "serious remedy" of a new trial is justified:

> Reasons for judgment are the primary mechanism by which judges account to the parties and to the public for the decisions they render. [para. 15]
>
> . . .
>
> . . . Few would argue, however, that failure to discharge this jurisprudential function necessarily gives rise to appellate intervention. New trials are ordered to address the potential need for correction of the outcome of a particular case. Poor reasons may coincide with a just result. Serious remedies such as a new trial require serious justification. [para. 22]
>
> On a more specific level, within the confines of a particular case, it is widely recognized that having to give reasons itself concentrates the judicial mind on the difficulties that are presented . . . . The absence of reasons, however, does not necessarily indicate an absence of such concentration. We are speaking here of the *articulation* of the reasons rather than of the reasoning process itself. The challenge for appellate courts is to ensure that the latter has occurred despite the absence, or inadequacy, of the former. [Emphasis in original; para. 23.]
>
> . . .
>
> . . . the purpose . . . is to preserve and enhance meaningful appellate review of the correctness of the decision (which embraces both errors of law and palpable overriding errors of fact). If deficiencies in the reasons do not, in a particular case, foreclose meaningful appellate review, but allow for its full exercise, the deficiency will not justify intervention under s. 686 of the *Criminal Code*. That provision limits the power of the appellate court to intervene to situations where it is of the opinion that (i) the verdict is unreasonable, (ii) the judgment is vitiated by an error of law and it cannot be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or (iii) on any ground where there has been a miscarriage of justice. [para. 25]
>
> The appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself. [para. 26]
>
> . . .

d'appel ne doit pas conclure qu'une « réparation aussi sérieuse » qu'un nouveau procès est justifiée :

> Les motifs de jugement constituent le principal mécanisme par lequel les juges rendent compte aux parties et à la population des décisions qu'ils prononcent. [par. 15]
>
> . . .
>
> . . . Toutefois, rares sont ceux qui prétendraient que le défaut de s'acquitter de cette fonction jurisprudentielle donne nécessairement ouverture à une intervention en appel. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans les cas où il peut s'avérer nécessaire de corriger l'issue d'une affaire donnée. De piètres motifs peuvent coïncider avec un résultat juste. Seule une raison sérieuse peut justifier une réparation aussi sérieuse qu'un nouveau procès. [par. 22]
>
> De manière plus spécifique, dans le cadre d'une affaire en particulier, il est largement reconnu que l'obligation de motiver sa décision amène le juge à centrer son attention sur les difficultés soulevées . . . L'absence de motifs ne signifie cependant pas nécessairement qu'il n'a pas centré son attention sur ces difficultés. Nous parlons ici de l'*expression* des motifs plutôt que du raisonnement lui-même. La tâche des cours d'appel consiste à s'assurer de l'existence d'un raisonnement malgré l'absence ou l'insuffisance des motifs exprimés. [En italique dans l'original; par. 23.]
>
> . . .
>
> . . . la fin visée consiste [. . .] à préserver et à favoriser un examen valable en appel de la justesse de la décision (qui englobe à la fois les erreurs de droit et les erreurs de fait manifestes et dominantes). Si, dans une affaire donnée, les lacunes des motifs ne font pas obstacle à un examen valable en appel et qu'un examen complet demeure possible, ces lacunes ne justifieront pas l'intervention de la cour d'appel en vertu de l'art. 686 du *Code criminel*. Cette disposition limite le pouvoir d'intervention de la cour d'appel aux situations où elle estime (i) que le verdict est déraisonnable, (ii) que le jugement est entaché d'une erreur de droit et qu'il est impossible de dire qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, ou (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire. [par. 25]
>
> La cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé. [par. 26]
>
> . . .

It is neither necessary nor appropriate to limit circumstances in which an appellate court may consider itself unable to exercise appellate review in a meaningful way. The mandate of the appellate court is to determine the correctness of the trial decision, and a functional test requires that the trial judge's reasons be sufficient for that purpose. The appeal court itself is in the best position to make that determination. The threshold is clearly reached . . . where the appeal court considers itself unable to determine whether the decision is vitiated by error. . . . The simple underlying rule is that if, in the opinion of the appeal court, the deficiencies in the reasons prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision, then an error of law has been committed. [para. 28]

Il n'est ni nécessaire ni approprié de limiter les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut s'estimer incapable de procéder à un examen valable en appel. Le mandat de la cour d'appel consiste à vérifier la justesse de la décision rendue en première instance et un critère fonctionnel exige que les motifs donnés par le juge du procès soient suffisants à cette fin. La cour d'appel est la mieux placée pour se prononcer sur cette question. Le seuil est manifestement atteint lorsque [. . .] le tribunal d'appel s'estime incapable de déterminer si la décision est entachée d'une erreur. [. . .] En termes simples, la règle fondamentale est la suivante : lorsque la cour d'appel estime que les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision, une erreur de droit a été commise. [par. 28]

The argument by Berger J.A. that there should be a refusal to consider written reasons in this case seems to me to be an argument urging a refusal to engage in *any* appellate review, let alone a meaningful one, in circumstances where, in essence, the reasons are unduly delayed.

38 Selon moi, l'argument du juge Berger de la Cour d'appel selon lequel il y a lieu de refuser en l'espèce de prendre en considération les motifs écrits semble prôner le refus de procéder à *tout* examen en appel, et surtout pas à un examen valable, dans les cas où, essentiellement, le dépôt des motifs est indûment retardé.

This is, with respect, an entirely novel and puzzling basis for discrediting a judge's reasons. As Binnie J. stated in *Sheppard*, at para. 28, the "mandate of the appellate court is to determine the correctness of the trial decision", and the purpose of a trial judge's reasons is to enable the reviewing court to make that assessment. Reasons show the public, the litigants, and a reviewing court the result of the judicial thought process. With respect, I cannot see how a reviewing court can refuse even to consider the reasons just because they have come late in the piece. It would be inconsistent with the presumption of integrity and with this Court's cases establishing the high threshold that must be met before such a presumption is displaced, for judges — and litigants — to be told that the reasons came too late to be meaningfully reviewed, regardless of their quality.

39 En toute déférence, il s'agit d'un argument tout à fait nouveau et étonnant pour discréditer les motifs exposés par le juge. Comme a déclaré le juge Binnie dans l'arrêt *Sheppard*, au par. 28, le « mandat de la cour d'appel consiste à vérifier la justesse de la décision rendue en première instance » et les motifs énoncés par le juge de première instance ont pour objet de permettre au tribunal d'appel d'effectuer cette vérification. Les motifs indiquent au public, aux parties et au tribunal d'appel le résultat du raisonnement judiciaire. En conséquence, je ne vois pas comment ce tribunal peut même refuser de tenir compte des motifs uniquement parce qu'ils ont mis longtemps avant d'être déposés. Il serait contraire à la présomption d'intégrité et à la jurisprudence de notre Cour ayant établi la norme rigoureuse à satisfaire pour repousser cette présomption de dire à un juge — et aux parties — que les motifs ont été déposés trop tard pour faire l'objet d'un examen valable, quelle que soit leur qualité.

The purpose of the presumption of integrity is not, as Mr. Teskey's counsel argued, to insulate decisions from judicial review. It is to ensure that inappropriate assumptions, such as bias, are not

40 Contrairement à ce qu'a soutenu l'avocat de M. Teskey, la présomption d'intégrité n'a pas pour objet de soustraire les décisions au contrôle judiciaire. Elle vise plutôt à empêcher que des

idiosyncratically factored into the review. Reasons should be reviewed as if the judge's integrity exists, subject to a determination, from examining the reasons, that it does not. A delay, either in reaching a result or in explaining it, both of which occurred in this case, would not, it seems to me, lead a reasonably informed observer to conclude that the judge has disregarded his or her oath of office. The failure to provide timely verdicts or reasons should not be encouraged. But it does not, without more, represent an error of law justifying ignoring either.

hypothèses inacceptables, par exemple des préjugés, soient singulièrement intégrées au contrôle. Le tribunal de révision doit procéder à l'examen des motifs en présumant que le juge a agi avec intégrité, quitte à tirer la conclusion contraire au terme de cet examen. Le fait qu'un juge mette un certain délai à arrêter sa décision ou à l'expliquer — deux situations qui sont de fait survenues en l'espèce — n'amènerait pas, à mon avis, un observateur raisonnablement bien renseigné à conclure que ce juge a manqué à son serment professionnel. Le défaut par les tribunaux de rendre leurs verdicts ou de déposer leurs motifs dans un délai convenable n'est pas une situation qui doit être encouragée, mais elle ne constitue pas, à elle seule, une erreur de droit justifiant de faire abstraction du verdict ou des motifs.

41 Charron J. accepts that the reasons in this case were not inappropriately tailored to respond to the Notice of Appeal. Charron J. also acknowledges that there is nothing inherently wrong with the practice of rendering a verdict with reasons to follow, but cautions against any such reasons being written or delivered so as to give rise to the perception that they are "result-oriented reasons", or an "after-the-fact justification" for the result, rather than a reflection of the reasoning that led to it.

La juge Charron reconnaît que, en l'espèce, les motifs n'ont pas été rédigés dans le but irrégulier de répondre à l'avis d'appel. Elle reconnaît également que la pratique qui consiste à rendre un verdict en indiquant que les « motifs suivront » n'a rien de foncièrement inapproprié; elle incite toutefois à la prudence, précisant que les motifs ainsi rédigés ou déposés ne doivent pas donner à penser qu'ils ont été rendus « en fonction du résultat » ou qu'ils constituent une « justification a posteriori » du résultat plutôt que l'exposé du raisonnement y ayant conduit.

42 This is not an easy theory to implement. In practice, it seems to me to be extremely difficult, if not impossible, to determine what the substantive difference would be between reasons representing an after-the-fact justification and those reflecting thoughts preceding the result. All reasons are explanations — or justifications — of the result, regardless of whether any time has elapsed between the result and the articulated reasons for it.

Cette théorie n'est pas facile à mettre en application. En pratique, il me semble extrêmement difficile, voire impossible, de faire une distinction réelle entre des motifs constituant une justification a posteriori et des motifs procédant d'une réflexion antérieure au résultat. Tous les motifs sont des explications — ou des justifications — du résultat, qu'il y ait ou non un délai entre l'annonce du résultat et l'exposé des motifs y ayant conduit.

43 It is not clear to me at what point the trial judge's reasons in this case lost the benefit of the presumption of integrity. When did he cross the line of propriety from acceptable delay to after-the-fact justification? What is an acceptable delay in the ordinary case? Unless some guidance is provided on the question of "how long is too long", judges will be left with a great deal of uncertainty

Je ne vois pas très bien à quel moment le juge du procès a cessé de bénéficier de la présomption d'intégrité pour ce qui est de ses motifs de jugement. À quel moment le délai a-t-il cessé d'être acceptable et, partant, les motifs sont-ils devenus une justification a posteriori? Qu'est-ce qui constitue normalement un délai acceptable? Sans indications aidant à répondre à la question de savoir quand « un délai

about when their reasons will be deemed to be "too late".

The fact that reasons come after a verdict does not mean that the verdict was not thought through before it was delivered. Judges should be presumed to know the law and the nature of their judicial duties, including the duty to arrive at a verdict only after careful deliberation. As was noted in *Sheppard*, at para. 51:

> . . . the presumption that judges know the law and deal properly with the facts presupposes that whatever time is required to adjudicate the issues has in fact been taken. While . . . the act of formulating reasons may further focus and concentrate the judge's mind, and demands an additional effort of self-expression, the requirement of reasons as such is directed only to having the trial judge articulate the thinking process that it is presumed has already occurred in a fashion sufficient to satisfy the demand of appellate review. [Emphasis added.]

Judges should have available to them mechanisms to protect the effectiveness and fairness of a proceeding. This includes the ability to decide that it is best to disclose a result earlier than the reasons — a practice, in my view, that they should not be discouraged from engaging in. Judges who give their decision and then undertake to support it with fuller reasons should be free to do so without worrying that an interval between result and rationale will impugn the integrity of both. To get through their lists, trial judges are frequently called upon to make multiple decisions on a daily basis. To run their courtrooms effectively, this may involve stating a result right away with the explanation for the result to follow when the judge has the time to craft the explanation properly, knowing that both the losing party and a reviewing court are likely to scrutinize it with care.

Reasons explain what a judge has decided to do. They should be accepted as being honest reflections of that decision, whether delivered with or after the

est devenu trop long », les juges de première instance demeureront en pleine incertitude quant au moment à partir duquel leurs motifs seront considérés comme « tardifs ».

44 Le fait que les motifs soient déposés postérieurement au verdict ne signifie pas que celui-ci n'a pas été mûrement réfléchi avant d'être prononcé. Les juges sont présumés connaître le droit et la nature de leurs obligations judiciaires, y compris leur devoir de rendre un verdict uniquement après mûre délibération. Comme il a été souligné dans l'arrêt *Sheppard*, par. 51 :

> . . . la présomption voulant que les juges connaissent le droit et traitent convenablement les faits présuppose qu'ils ont effectivement pris le temps voulu pour statuer sur les questions en litige. Bien que [. . .] la formulation des motifs puisse amener le juge à concentrer davantage son attention sur l'affaire et à fournir un effort d'expression supplémentaire, l'obligation de donner des motifs ne vise qu'à garantir que le juge du procès expose le raisonnement qu'il est présumé avoir déjà suivi, en des termes suffisants pour en permettre l'examen en appel. [Je souligne.]

45 Les juges doivent disposer de mécanismes protégeant l'efficacité et l'équité des instances. Ils doivent notamment avoir la faculté de décider qu'il est préférable de communiquer une décision avant de la motiver — pratique qui, selon moi, ne doit pas être découragée. En effet, le juge qui rend sa décision puis se charge de l'étayer au moyen de motifs détaillés devrait avoir le loisir d'agir ainsi sans craindre que le délai qui s'écoule entre la décision et sa justification ne porte atteinte à l'intégrité de l'une et de l'autre. Pour être en mesure d'entendre toutes les causes inscrites au rôle, les juges sont souvent appelés à rendre, chaque jour, de nombreuses décisions. Afin de bien gérer le temps consacré aux audiences, ils peuvent en conséquence devoir rendre une décision sur-le-champ et en retarder la motivation jusqu'à ce qu'ils aient eu le temps de l'expliquer adéquatement, sachant qu'elle sera vraisemblablement étudiée à la loupe par la partie déboutée et, éventuellement, par une juridiction d'appel.

46 Les motifs expliquent la décision du juge. Ils doivent être considérés comme l'expression fidèle de cette décision — qu'ils soient exposés en même

result, unless their *content* reflects the absence of judicial integrity. Trial judges are entitled to the presumption that they are, in their reasons, articulating "the thinking process that it is presumed has already occurred" (*Sheppard*, at para. 51). The reasoning that leads a trial judge to a verdict, therefore, should be presumed to be reflected in the reasons. That is why *this* trial judge is entitled to the presumption that what was reflected in the written reasons was a fuller articulation of his thinking process prior to reaching the result, notwithstanding the delay and other circumstances delineated by Charron J.

47 The presumption of integrity exists to protect the judicial role from undue perceptual assault. Suggesting that the judge's reasons are "after-the-fact justifications" or "result-oriented" involves the very second-guessing of a judge's thought processes that the presumption was designed to avoid. Where the delay is inordinate, the judge may be the recipient of critical comment by a reviewing court. But refusing even to consider the merits of the reasons — to assess their compliance with the record, the arguments and the law — does a greater disservice to the public perception of the integrity of the system, not to mention the perception of the litigants who are forced to undergo a new trial, than does the fact of undesirable delay.

48 The main grounds of appeal from the trial judge's decision concerned issues of the sufficiency of evidence and reasonable doubt. The *content* of the trial judge's reasons is more than sufficient to permit meaningful appellate review on these issues. As the majority in the Court of Appeal observed:

> The written reasons consist of 91 paragraphs and Schedule A, which is a 151 paragraph summary of the trial evidence. They make fact findings, assess credibility, prefer some evidence over other evidence, and explain the rejection of certain arguments.
>
> ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 2006 ABCA 191, at para. 35)

temps que celle-ci ou postérieurement — à moins que leur *contenu* ne révèle une entorse à l'intégrité judiciaire. Les juges de première instance ont droit au bénéfice de la présomption selon laquelle, dans leurs motifs, ils « expose[nt] le raisonnement [. . .] [qu'ils ont] déjà suivi » (*Sheppard*, par. 51). Il faut donc présumer que les motifs qu'expose le juge ayant présidé un procès rendent compte du raisonnement l'ayant amené au verdict qu'il a prononcé. Voilà pourquoi le juge *concerné en l'espèce* a droit au bénéfice de la présomption selon laquelle les motifs écrits représentaient l'expression détaillée du raisonnement qu'il avait suivi avant d'arrêter sa décision, indépendamment du délai et des autres circonstances énoncées par la juge Charron.

La présomption d'intégrité sert à protéger la magistrature contre les attaques perceptuelles injustifiées. Qualifier les motifs d'un juge de « justification a posteriori » ou de raisonnement établi « en fonction du résultat » implique exactement le genre de remise en question rétrospective du raisonnement du juge que la présomption vise à éviter. En cas de délai excessif, le juge peut faire l'objet de critiques de la part du tribunal d'appel. Cependant, le refus de même considérer le bien-fondé des motifs — pour s'assurer qu'ils sont conformes au dossier, aux arguments et au droit — fait davantage de tort à la perception qu'a le public de l'intégrité du système, sans parler de celle des parties obligées de subir un nouveau procès, que le délai excessif lui-même.

Les principaux moyens invoqués pour appeler de la décision du juge du procès portaient sur le caractère suffisant de la preuve et sur la question du doute raisonnable. Le *contenu* des motifs du juge du procès permet certainement un examen valable de ces questions en appel. Comme l'a signalé la majorité de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] Les motifs écrits comportent 91 paragraphes ainsi que l'annexe A, qui résume en 151 paragraphes la preuve présentée au procès. Le juge y tire des conclusions de fait, évalue la crédibilité, retient certains éléments de preuve plutôt que d'autres et explique pourquoi il rejette certains arguments.
>
> ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 260, 2006 ABCA 191, par. 35)

All members of the Court of Appeal acknowledged that this case was one of highly complex and circumstantial evidence — one that, as the majority in the Court of Appeal wrote, "cried out for analysis". Teskey was accused of causing injuries which included: basil skull fracture, right orbital fracture, brain bruising, brain bleeding, fractured ribs, multiple contusions and a torn right ear. The victim has been in a waking coma ever since. Teskey was also facing a dangerous offender application, raising the possibility of an indeterminate sentence.

Tous les juges de la Cour d'appel ont reconnu qu'il s'agissait d'un cas où la preuve était circonstancielle et extrêmement complexe — d'un cas, comme ont écrit les juges majoritaires, où, [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, une analyse s'imposait ». Monsieur Teskey était accusé d'avoir causé des blessures, notamment une fracture de la base du crâne, une fracture à l'orbite droite, un hématome cérébral, une hémorragie cérébrale, des fractures aux côtes, des contusions multiples et une lacération de l'oreille droite. La victime est dans un coma vigil depuis l'agression. Monsieur Teskey faisait également l'objet d'une demande visant à le faire déclarer délinquant dangereux et il était de ce fait exposé à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. 49

Given this complexity, it was not surprising that the trial judge took more time both in reaching the verdicts and in articulating the thought process that went into reaching them. It is clear from the trial judge's written reasons that he subjected the evidence to painstaking analysis and examination. A gap of 11 months in this case, even with the surrounding factors delineated by Charron J., does not represent the level of cogency necessary to displace the presumption that the trial judge behaved honourably and in accordance with his judicial duties in preparing his reasons.

Vu la complexité de l'affaire, il n'est pas étonnant que le juge du procès ait mis plus de temps à arrêter ses verdicts et à formuler le raisonnement qui l'avait conduit à ces verdicts. Il ressort clairement des motifs écrits du juge que celui-ci a minutieusement analysé et examiné la preuve. Même en tenant compte des facteurs énoncés par la juge Charron, le délai de 11 mois observé en l'espèce ne constitue pas la preuve convaincante requise pour réfuter la présomption selon laquelle le juge du procès a agi de manière honorable et s'est acquitté de ses obligations judiciaires en préparant ses motifs. 50

His reasons were responsive to the facts and issues at trial. They were, accordingly, entitled to be reviewed on their merits.

Les motifs du juge de première instance traitaient des faits et des questions abordés au procès. Ils méritaient en conséquence de faire l'objet d'un examen au fond. 51

I would dismiss the appeal.

Je rejetterais le présent pourvoi. 52

Appeal allowed, BASTARACHE, DESCHAMPS *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS *et* ABELLA *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Royal McCrum Duckett Glancy & Hatch, Edmonton.

Procureurs de l'appelant : Royal McCrum Duckett Glancy & Hatch, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Lawrence Richard Hape *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* HAPE

Neutral citation: 2007 SCC 26.

File No.: 31125.

2006: October 12; 2007: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Searches and seizures outside Canada — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extraterritorial searches and seizures conducted by Canadian police officers — If not, whether evidence obtained abroad ought to be excluded because its admission would render trial unfair — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d), 24(2), 32.

Legislation — Interpretation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Scope of extraterritorial application of Charter — Presumption of conformity with international law.

RCMP officers commenced an investigation of the accused, a Canadian businessman, for suspected money laundering activities. They sought permission from the Turks and Caicos Islands authorities to conduct parts of their investigation on the Islands where the accused's investment company is located. Detective Superintendent L of the Turks and Caicos Police Force, who was in charge of criminal investigations on the Islands, agreed to allow the RCMP to continue the investigation on Turks and Caicos territory, but warned the officers that he would be in charge and that the RCMP would be working under his authority. During a one-year period, the RCMP officers conducted searches of the accused's office on the Islands and on each occasion L was with them. At trial, the

Lawrence Richard Hape *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* HAPE

Référence neutre : 2007 CSC 26.

N° du greffe : 31125.

2006 : 12 octobre; 2007 : 7 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à ces mesures? — Dans la négative, la preuve obtenue à l'étranger doit-elle être écartée au motif que son admission rendrait le procès inéquitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11d), 24(2), 32.

Législation — Interprétation — Charte canadienne des droits et libertés — Portée de l'application extraterritoriale de la Charte — Présomption de conformité au droit international.

Soupçonnant un homme d'affaires canadien de blanchiment d'argent, des agents de la GRC ont entrepris une enquête à son sujet. Ils ont demandé aux autorités des îles Turks et Caicos la permission de mener une partie de leur enquête dans l'archipel, la société d'investissement de l'accusé y étant établie. Responsable des enquêtes criminelles, le commissaire L du service de police de l'endroit a autorisé la GRC à poursuivre son enquête sur le territoire, mais il a précisé aux agents qu'il en conserverait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité. Sur une période d'un an, les agents de la GRC ont fouillé et perquisitionné les locaux de l'accusé dans l'archipel, toujours en présence de L. Au procès, le ministère public a déposé les éléments

Crown adduced documentary evidence that the police had gathered from the records of the accused's office. The RCMP officers testified that they were aware there were no warrants authorizing the perimeter searches of the accused's office but that they had relied on L's expertise and advice regarding the legalities of investigations conducted on the Islands. They also testified that they had understood warrants to be in place for the covert entries and had read a document they understood to be a warrant authorizing the overt entries. However, no warrant was entered into evidence at trial. The accused sought to have the documentary evidence excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the basis that the evidence was obtained in violation of his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. He submitted that the *Charter* applies to the actions of the RCMP officers in the course of their searches and seizures at his office, notwithstanding that those actions took place outside Canada. The trial judge held that the *Charter* did not apply, dismissed the application and convicted the accused of two counts of money laundering. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.: The *Charter* does not generally apply to searches and seizures in other countries. Rather, the only reasonable approach is to apply the law of the state in which the activities occur, subject to the *Charter*'s fair trial safeguards and to the limits on comity that may prevent Canadian officers from participating in activities that, though authorized by the laws of another state, would cause Canada to be in violation of its international obligations in respect of human rights. [88] [90]

While Parliament has clear constitutional authority to pass legislation governing conduct by Canadians or non-Canadians outside Canada, its ability to pass extraterritorial legislation is informed by the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations, and by the limits of international law to the extent that they are not incompatible with domestic law. By virtue of parliamentary sovereignty, it is open to Parliament to enact legislation that is inconsistent with those principles, but in so doing it would violate international law and offend the comity of nations. Since it is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law, in interpreting the scope of application of

de preuve documentaire alors recueillis. Les agents de la GRC ont témoigné qu'ils avaient été conscients qu'aucun mandat n'autorisait la perquisition périphérique des locaux de l'accusé, mais qu'ils s'étaient fiés à l'expertise et au dire de L quant aux exigences juridiques applicables à une enquête dans l'archipel. Ils ont ajouté avoir cru que des mandats avaient été décernés pour les entrées clandestines et avoir pris connaissance d'un document qu'ils ont cru être un mandat autorisant les entrées à découvert. Cependant, aucun mandat n'a été mis en preuve au procès. L'accusé a demandé que la preuve documentaire soit écartée en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif qu'elle avait été obtenue au mépris de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la *Charte*. Il a soutenu que la *Charte* s'appliquait aux agents de la GRC lorsqu'ils avaient soumis ses locaux à la fouille, la perquisition et la saisie, même si l'opération s'était déroulée à l'étranger. Le juge du procès a conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas, il a rejeté la requête et il a reconnu l'accusé coupable des deux chefs de blanchiment d'argent. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish et Charron : La *Charte* ne s'applique généralement pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies hors frontières. En fait, la seule solution raisonnable consiste à appliquer le droit de l'État où ont eu lieu les actes, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d'empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure qui, même si elle est autorisée par le droit de l'autre État, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne. [88] [90]

La Constitution autorise clairement le Parlement à adopter des lois régissant la conduite de Canadiens ou de non-Canadiens à l'étranger, mais les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, la courtoisie entre les nations et les règles du droit international compatibles avec le droit interne éclairent l'application de ce pouvoir. Le principe de la souveraineté du Parlement lui permet d'adopter des lois contraires à ces principes mais s'il le fait, il contrevient au droit international et manque à la courtoisie entre les nations. Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international, de sorte que lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des

the *Charter*, a court should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction. [53] [56] [68]

Canadian law, including the *Charter*, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion is consistent with international law and is also dictated by the words of the *Charter* itself. Section 32(1) puts the burden of complying with the *Charter* on Parliament, the government of Canada, the provincial legislatures and the provincial governments. The provision defines not only to whom the *Charter* applies, but also in what circumstances it applies to those actors. The fact that a state actor is involved is not in itself sufficient. The activity in question must also fall within the "matters within the authority of" Parliament or the legislature of each province. A criminal investigation in the territory of another state cannot be a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures because they have no jurisdiction to authorize enforcement abroad. Under international law, each state's exercise of sovereignty within its territory is dependent on the right to be free from intrusion by other states in its affairs and the duty of every other state to refrain from interference. In some cases, the evidence may establish that the foreign state consented to the exercise of Canadian enforcement jurisdiction within its territory. Where the host state consents, the *Charter* can apply to the activities of Canadian officers in foreign investigations. In such a case, the investigation would be a matter within the authority of Parliament and would fall within the scope of s. 32(1). [45] [69] [94] [106]

While *Charter* standards cannot be applied to an investigation in another country involving Canadian officers, there is no impediment to extraterritorial adjudicative jurisdiction pursuant to which evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial, as this jurisdiction simply attaches domestic consequences to foreign events. Individuals in Canada who choose to engage in criminal activities that cross Canada's territorial limits should expect to be governed by the laws of the state in which they find themselves and in which they conduct financial affairs, but individual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder co-operation. Where the Crown seeks at trial to adduce evidence gathered abroad, the *Charter* provisions governing trial processes in Canada ensure that the appropriate balance is struck and that due consideration is shown for the rights of an accused being investigated abroad. Moreover, in an era characterized by transnational criminal activity, the principle of comity cannot be invoked to allow Canadian authorities to participate

obligations du Canada en droit international. [53] [56] [68]

Le droit canadien, y compris la *Charte*, ne peut être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*. Le paragraphe 32(1) oblige le Parlement, le gouvernement du Canada ainsi que les législatures et les gouvernements des provinces à se conformer à la *Charte*. Il détermine non seulement les acteurs auxquels s'applique la *Charte*, mais précise les circonstances dans lesquelles elle s'applique à ces acteurs. Leur participation ne suffit pas. L'acte considéré doit aussi appartenir à l'un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales, ce qui ne saurait être le cas de l'enquête criminelle menée à l'étranger, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'autoriser l'application de la loi dans un autre pays. En droit international, l'exercice de la souveraineté tient au droit d'un État d'échapper à toute ingérence étrangère et à l'obligation des autres États de s'abstenir de s'ingérer dans ses affaires. Il peut arriver que la preuve établisse le consentement de l'État étranger à l'exercice, sur son territoire, de la compétence d'exécution du Canada. La *Charte* peut s'appliquer aux actes d'agents canadiens lors d'une enquête à l'étranger si l'État d'accueil y consent. L'enquête appartient alors à un domaine relevant du Parlement et tombe sous le coup du par. 32(1). [45] [69] [94] [106]

Les exigences de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à une enquête menée dans un autre pays par des policiers canadiens et étrangers, mais il n'y a pas d'obstacle à la compétence juridictionnelle extraterritoriale suivant laquelle un élément de preuve alors obtenu peut être écarté par un tribunal canadien, car l'exercice de cette compétence ne fait qu'attacher des conséquences intérieures à des événements survenus à l'étranger. L'individu qui, au Canada, se livre à une activité criminelle non confinée au territoire canadien doit s'attendre à être régi par les lois du pays où il se trouve et dans lequel il effectue des opérations financières, mais on ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière. Lorsque, au procès, le ministère public dépose en preuve un élément recueilli à l'étranger, les droits constitutionnels régissant la procédure judiciaire au Canada font en sorte qu'un juste équilibre soit établi et que les droits d'un accusé ayant fait l'objet d'une enquête à l'étranger soient dûment pris en considération. De plus, à une époque où l'activité

in investigative activities sanctioned by foreign law that would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights. Deference to the foreign law ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin. [52] [96] [99-101]

The methodology for determining whether the *Charter* applies to a foreign investigation can be summarized as follows. The first stage is to determine whether the activity in question falls under s. 32(1) such that the *Charter* applies to it. At this stage, two questions reflecting the two components of s. 32(1) must be asked. First, is the conduct at issue that of a Canadian state actor? Second, if the answer is yes, it may be necessary, depending on the facts of the case, to determine whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the *Charter* to the extraterritorial activities of the state actor. In most cases, there will be no such exception and the *Charter* will not apply. The inquiry would then move to the second stage, at which the court must determine whether evidence obtained through the foreign investigation ought to be excluded at trial because its admission would render the trial unfair. [113]

In the instant case, the police officers were clearly government actors to whom, *prima facie*, the *Charter* would apply, but the searches carried out in Turks and Caicos were not a matter within the authority of Parliament. It is not reasonable to suggest that Turks and Caicos consented to Canadian extraterritorial enforcement jurisdiction. The trial judge's findings clearly indicate that Turks and Caicos controlled the investigation at all times, repeatedly making it known to the RCMP officers that, at each step, the activities were being carried out pursuant to their authority alone. [103] [115-116]

The circumstances do not demonstrate that this is a case where admission of the evidence would violate the accused's right to a fair trial. The documents obtained from the accused's office were not conscriptive evidence, and the actions of the RCMP officers were not unreasonable or unfair as they were acting under the authority of the Turks and Caicos police and they had a genuine and reasonable belief that they were complying with Turks and Caicos law. The RCMP officers acted in good faith at all times and their actions were not improper. The way in which the evidence was obtained in no way undermines its reliability. Moreover, since the accused had chosen to conduct business in Turks and

criminelle revêt souvent un caractère transnational, la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Le respect envers le droit étranger cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. [52] [96] [99-101]

La méthode grâce à laquelle on peut déterminer si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger peut être résumée comme suit. La première étape consiste à se demander si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1) et est soumis à la *Charte*. Vu les deux alinéas du par. 32(1), deux sous-questions se posent alors. Premièrement, l'acte a-t-il été accompli par un acteur étatique canadien? Deuxièmement, dans l'affirmative, il peut se révéler nécessaire, selon les faits de l'espèce, de déterminer si une exception au principe de souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique. Dans la plupart des cas, aucune ne vaudra, et la *Charte* n'aura pas d'effet. Le tribunal passe alors à la seconde étape — déterminer si la preuve obtenue à l'issue de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès. [113]

Dans la présente affaire, les policiers étaient clairement des acteurs étatiques auxquels s'appliquait à première vue la *Charte*, mais les mesures prises aux îles Turks et Caicos n'appartenaient pas à un domaine relevant du Parlement. On ne saurait prétendre que les îles Turks et Caicos ont consenti en l'espèce à l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution du Canada. Il ressort des conclusions du juge du procès que cet État a conservé la responsabilité de l'enquête du début à la fin, rappelant maintes fois aux agents de la GRC qu'à chacune des étapes, les mesures étaient prises sous sa seule autorité. [103] [115-116]

Il ne s'agit pas d'un cas où l'admission des éléments de preuve porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les documents saisis dans les locaux de l'accusé ne constituent pas une preuve obtenue par mobilisation contre soi-même. Les agents de la GRC n'ont pas agi de manière abusive ou inéquitable : ils sont demeurés sous l'autorité du service de police des îles Turks et Caicos et ont véritablement et raisonnablement cru respecter le droit applicable dans l'archipel. Ils ont toujours agi de bonne foi. Leurs actes n'ont pas été abusifs. Le mode d'obtention de la preuve ne diminue en rien sa valeur. De plus, en choisissant d'exercer ses activités aux îles Turks et Caicos, l'accusé devait

Caicos, his reasonable expectation should have been that Turks and Caicos law would apply to the investigation. Although no search warrants were admitted at trial, no evidence was adduced indicating that the searches and seizures were conducted in a manner inconsistent with the requirements of Turks and Caicos law. There is no basis for concluding that the procedural requirements for a lawful search and seizure under Turks and Caicos law fail to meet basic standards commonly accepted by free and democratic societies. [120-121]

Per Bastarache, Abella and Rothstein JJ.: While the terms of s. 32(1) do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials, they do not imply that the *Charter* cannot apply to Canadian police officials acting abroad. Section 32(1) defines who acts, not where they act. Since s. 32(1) does not distinguish between actions taken on Canadian soil and actions taken abroad, it includes all actions of Canadian police officers. Canadian officers conducting an investigation in another country must abide by standards set for actions taken in Canada where the foreign state takes no part in the action and does not subject the action to its laws. Where the host state takes part in the action by subjecting Canadian authorities to its laws, the *Charter* still applies to Canadian officers and there will be no *Charter* violation where the Canadian officers abide by the laws of the host state if those laws and procedures are consistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*. The *Charter* thus applies extraterritorially, but the obligations it creates in the circumstances will depend on the nature of the right at risk, the nature of the action of the police, the involvement of foreign authorities and the application of foreign laws. Since there is obviously consent by a foreign authority to the participation of Canadian officers in all cases where they operate in another country, consent is not a useful criterion to determine *Charter* application. [159-161] [176] [178]

In any challenge to the conduct of Canadian officials investigating abroad, the onus will be on the claimant to demonstrate that the difference between fundamental human rights protection given by the local law and that afforded under the *Charter* is inconsistent with basic Canadian values; the onus will then shift to the government to justify its involvement in the activity. In many cases, differences between protections guaranteed by *Charter* principles and the protections offered by foreign procedures will simply be justified by the need for Canada to be involved in fighting transnational crime and the need to respect the sovereign authority of foreign states. On account of this, courts are permitted to apply a rebuttable presumption of *Charter* compliance where the Canadian officials were acting pursuant to valid foreign

raisonnablement s'attendre à ce que le droit de l'archipel régisse l'enquête. Même si aucun mandat n'a été admis en preuve au procès, il n'a pas été établi que les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées sans que les exigences du droit étranger ne soient respectées. Rien ne permet de conclure que les exigences procédurales applicables à ces mesures dans l'archipel ne sont pas équivalentes à celles qui s'appliquent généralement à leur égard dans les sociétés libres et démocratiques. [120-121]

Les juges Bastarache, Abella et Rothstein : Le libellé du par. 32(1) n'étend pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers, mais il n'écarte pas son application aux policiers canadiens en mission à l'étranger. Le paragraphe 32(1) précise l'identité de l'acteur et non le lieu où il agit. Comme il ne distingue pas entre les mesures prises au Canada et celles prises à l'étranger, il vise tous les actes des policiers canadiens. Ceux qui enquêtent à l'étranger doivent satisfaire aux exigences applicables au Canada lorsque l'État étranger ne participe aucunement à l'opération ni ne l'assujettit à ses lois. Lorsque l'État d'accueil participe à l'opération et soumet les autorités canadiennes à ses lois, la *Charte* continue de s'appliquer aux policiers canadiens, qui n'y portent pas atteinte s'ils se conforment aux règles de droit et de procédure de l'État d'accueil et que celles-ci sont en adéquation avec les principes fondamentaux issus de la *Charte*. Même si elle a une application extraterritoriale, la *Charte* crée des obligations qui dépendent de la nature du droit en jeu et de la mesure policière, de la participation des autorités étrangères et de l'application des lois étrangères. Étant donné que la participation de policiers canadiens à une opération à l'étranger suppose nécessairement le consentement de l'État d'accueil, le critère du consentement ne permet pas vraiment de déterminer si la *Charte* s'applique. [159-161] [176] [178]

La personne qui conteste un acte d'un fonctionnaire canadien enquêtant à l'étranger devra démontrer que l'écart entre la protection des droits fondamentaux de la personne par le droit étranger et celle prévue par la *Charte* est incompatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Il incombera alors au gouvernement de justifier sa participation à l'acte en cause. Dans biens des cas, l'écart entre la protection assurée par les principes qui sous-tendent la *Charte* et celle offerte par la procédure étrangère sera simplement justifié par la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale et respecte l'autorité souveraine des États étrangers. C'est pourquoi le tribunal peut appliquer la présomption réfutable du respect de la *Charte* lorsque le fonctionnaire canadien a agi conformément aux règles

laws and procedures. Unless it is shown that those laws or procedures are substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*, they will not give rise to a breach of a *Charter* right. This is the most principled and practical way to strike an appropriate balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and respect for fundamental human rights. [174]

In this case, the *Charter* applied to the search and seizures conducted by the RCMP in the Turks and Caicos Islands, but the accused has not established a breach of s. 8 of the *Charter*. The Canadian authorities were operating under L's authority and the local laws applied to the investigation. The accused led no evidence to suggest there were any differences between the fundamental human rights protections available under Turks and Caicos search and seizure laws and the *Charter* protections guaranteed under Canadian law that would raise serious concerns. The seizure of documents was thus reasonable in the context. [126] [179]

Per Binnie J.: This appeal must fail because the accused cannot bring his case within the requirements from *Cook*, namely (1) that the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter* and (2) that the application of the *Charter* to the actions of the Canadian police in the Turks and Caicos Islands does not, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. The searches and seizures of the accused's bank records in the Islands were carried out under the authority of the local police in conformity with local powers of search and seizure. No prejudice to the accused's right to a fair trial in Canada has been demonstrated. The accused, having chosen to do his banking in the Islands, can be taken to have accepted the degree of privacy afforded by the law of that jurisdiction. It is clear from the record that superimposing the Canadian law of search and seizure on top of that of Turks and Caicos would be unworkable. [181]

To hold that any extraterritorial effect of the *Charter* is objectionable would effectively overrule *Cook* and would further limit the potential extraterritorial application of the *Charter*. Premature pronouncements that restrict the application of the *Charter* to Canadian officials operating abroad in relation to Canadian citizens should be avoided. *Cook*'s "objectionable extraterritorial effect" principle should be retained, while leaving

de droit et de procédure étrangères. Il n'y aura atteinte à un droit garanti par la *Charte* que si une incompatibilité importante entre les règles de droit et de procédure étrangères et les principes fondamentaux de la *Charte* est établie. C'est le moyen le plus rationnel et le plus pratique d'établir un juste équilibre entre la participation efficace des policiers canadiens à la répression de la criminalité transnationale et le respect des droits fondamentaux de la personne. [174]

En l'espèce, la *Charte* s'appliquait aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies de la GRC aux îles Turks et Caicos, mais l'accusé n'a pas prouvé la violation de l'art. 8 de la *Charte*. Les autorités canadiennes ont agi sous l'autorité de L, et l'enquête était assujettie aux lois de l'État étranger. L'accusé n'a présenté aucune preuve de différences préoccupantes entre, d'une part, la protection des droits fondamentaux de la personne et les dispositions régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies aux îles Turks et Caicos et, d'autre part, les garanties prévues par la *Charte*. La saisie des documents n'était donc pas abusive dans le contexte. [126] [179]

Le juge Binnie : Le pourvoi doit être rejeté parce que l'accusé n'a pu prouver le respect en l'espèce des exigences établies dans l'arrêt *Cook*, à savoir, premièrement, que l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* et, deuxièmement, que l'application de la *Charte* aux actes des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable. La fouille, la perquisition et la saisie des documents bancaires de l'accusé a eu lieu sous l'autorité du service de police de l'archipel conformément aux pouvoirs conférés par le droit étranger en la matière. Nulle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable au Canada n'a été établie. En choisissant d'exercer ses activités financières aux îles Turks et Caicos, l'accusé est présumé avoir accepté le degré de protection assuré par le droit de l'archipel en matière de vie privée. Il appert du dossier que la superposition du droit canadien et du droit des îles Turks et Caicos en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies poserait des problèmes insurmontables. [181]

Conclure que tout effet extraterritorial est inacceptable revient à infirmer dans les faits l'arrêt *Cook* et à limiter davantage l'application extraterritoriale éventuelle de la *Charte*. Il faut s'abstenir de formuler prématurément des énoncés qui limitent l'application de la *Charte* à l'égard des fonctionnaires canadiens exerçant leurs activités à l'étranger relativement à des citoyens canadiens. Il convient de s'en tenir au principe de

the door open to future developments in assessing the extraterritorial application of the *Charter*. [182-183] [189]

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **considered:** *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; **referred to:** *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Saint John (Municipality of) v. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] S.C.R. 263; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. vi; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiii; *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Customs Régime between Germany and Austria* (1931), P.C.I.J. Ser. A/B, No. 41; *Island of Palmas Case (Netherlands v. United States)* (1928), 2 R.I.A.A. 829; *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [1986] I.C.J. Rep. 14; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Canadian Foundation for*

l'« effet extraterritorial inacceptable » établi dans l'arrêt *Cook* et de laisser la voie libre à une évolution ultérieure quant à la question de l'application extraterritoriale de la *Charte*. [182-183] [189]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts examinés :** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; **arrêts mentionnés :** *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *The Ship « North » c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Saint John (Municipality of) c. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] R.C.S. 263; *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 1 R.C.S. vi; *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 1 R.C.S. xiii; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), C.P.J.I. sér. A/B, nº 41; *Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), 2 R.I.A.A. 829; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Canadian Foundation*

Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Bastarache J.

Considered: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **referred to:** *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **referred to:** *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 to 14, 8, 9, 10(*a*), (*b*), 11(*d*), 24, 32.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 9.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 6(1), 8.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7, 7(3.7) to 7(3.75), (4.1), 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) to (4), 269.1(1), 462, 487 to 489, 495(1), (2).
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 27], s. 3.

Treaties and Other International Instruments

Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 2(1).
United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

Authors Cited

Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt examiné : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts mentionnés :** *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts mentionnés :** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 à 14, 8, 9, 10*a*), *b*), 11*d*), 24, 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 6(2), 7, 7(3.7) à 7(3.75), (4.1), 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) à (4), 269.1(1), 462, 487 à 489, 495(1), (2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 9.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 6(1), 8.
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27], art. 3.

Traités et autres instruments internationaux

Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 2(1).

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Doctrine citée

Akehurst, Michael. « Jurisdiction in International Law » (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

Bentley, Eric. "Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez*" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Canada. Royal Canadian Mounted Police. *International Peacekeeping Branch Review, 2004/2005*, 2006 (online: www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_e.pdf).

Canada. Royal Canadian Mounted Police. *RCMP Fact Sheet, International Operations Branch*, October 2005 (updated February 2007) (online: www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_iob_e.htm).

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Coughlan, Stephen, et al. "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29.

Currie, Robert J. "*Charter* Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms" (2004), 27 *Dal. L.J.* 235.

Harvie, Robert A., and Hamar Foster. "Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a 'Silver Platter'" (2001), 59 *Advocate* 71.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2006, release 1).

Kindred, Hugh M., and Phillip M. Saunders. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2006.

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Mann, F. A. "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years". In W. Michael Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law*. Brookfield, Vermont: Ashgate/Dartmouth, 1999, 139.

Oppenheim's International Law, vol. 1, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London: Longman, 1996.

Pechota, Vratislav. "Equality: Political Justice in an Unequal World". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 453.

Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Bentley, Eric. « Toward an International Fourth Amendment : Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez* » (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Canada. Gendarmerie royale du Canada. *GRC Fiches documentaires, Sous-direction des opérations internationales*, octobre 2005 (révisé février 2007) (en ligne : www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_iob_f.htm).

Canada. Gendarmerie royale du Canada. *Revue de la Sous-direction du maintien de la paix internationale, 2004/2005*, 2006 (en ligne : www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_f.pdf).

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Coughlan, Stephen, et al. « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29.

Currie, Robert J. « *Charter* Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms » (2004), 27 *Dal. L.J.* 235.

Harvie, Robert A., and Hamar Foster. « Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a "Silver Platter" » (2001), 59 *Advocate* 71.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2006, release 1).

Kindred, Hugh M., and Phillip M. Saunders. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. Toronto : Emond Montgomery, 2006.

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford : Oxford University Press, 2001.

Mann, F. A. « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years ». In W. Michael Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law*. Brookfield, Vermont : Ashgate/Dartmouth, 1999, 139.

Oppenheim's International Law, vol. 1, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London : Longman, 1996.

Pechota, Vratislav. « Equality : Political Justice in an Unequal World ». In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 453.

Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction : International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Wildhaber, Luzius. "Sovereignty and International Law". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 425.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman and LaForme JJ.A.) (2005), 201 O.A.C. 126, [2005] O.J. No. 3188 (QL), upholding the accused's convictions entered by Juriansz J., [2002] O.J. No. 5044 (QL). Appeal dismissed.

Alan D. Gold and *Vanessa Arsenault*, for the appellant.

John North and *Robert W. Hubbard*, for the respondent.

Michal Fairburn, for the intervener.

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

LeBel J. —

I. Introduction

A. *Overview*

At issue in this appeal is whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to extra-territorial searches and seizures by Canadian police officers. The appellant, Lawrence Richard Hape, is a Canadian businessman. He was convicted of two counts of money laundering contrary to s. 9 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At his trial, the Crown adduced documentary evidence that the police had gathered from the records of the appellant's investment company while searching its premises in the Turks and Caicos Islands. The appellant sought to have that evidence excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, on the basis that the *Charter* applies to the actions of the Canadian police officers who conducted the searches and seizures and that the

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Wildhaber, Luzius. « Sovereignty and International Law ». In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 425.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman et LaForme) (2005), 201 O.A.C. 126, [2005] O.J. No. 3188 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé inscrit par le juge Juriansz, [2002] O.J. No. 5044 (QL). Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold et *Vanessa Arsenault*, pour l'appelant.

John North et *Robert W. Hubbard*, pour l'intimée.

Michal Fairburn, pour l'intervenant.

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

Le juge LeBel —

I. Introduction

A. *Aperçu*

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens. L'appelant, Lawrence Richard Hape, un homme d'affaires canadien, a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de blanchiment d'argent suivant l'art. 9 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve documentaire recueillis aux îles Turks et Caicos lors de fouilles et de perquisitions effectuées dans les locaux de la société d'investissement de l'appelant. Ce dernier a demandé le rejet de ces éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il a fait valoir que la *Charte* s'appliquait aux actes des

evidence was obtained in violation of his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. For the reasons that follow, I would affirm the convictions and dismiss the appeal.

B. *Background*

2 In the spring of 1996, the RCMP commenced an investigation of the appellant for suspected money laundering activities. Sergeant Nicholson, an undercover operative, contacted the appellant in October 1996 posing as someone interested in laundering proceeds of narcotics trafficking. On February 2, 1998, Sergeant Nicholson provided C$252,000 of "sting money" to the appellant on the understanding that the funds would be laundered through the appellant's investment company, the British West Indies Trust Company ("BWIT"), located in the Turks and Caicos Islands, and transferred to an account in the Netherlands. Unbeknownst to the appellant, the RCMP had set up the account. Sergeant Nicholson gave the appellant a further US$80,000 on November 11, 1998, instructing him to send the funds to the same account in the Netherlands. The RCMP hoped to obtain documentation confirming the transfers and determine whether the BWIT was involved in other money laundering activities.

3 RCMP officers sought permission to conduct parts of their investigation in Turks and Caicos. Detective Superintendent Lessemun of the Turks and Caicos Police Force was in charge of criminal investigations on the Islands. In November 1997, he met with the two Canadian officers in charge of the RCMP's investigation, Detective Sergeant Boyle and Corporal Flynn. He agreed to allow the RCMP to continue the investigation on Turks and Caicos territory, but warned the officers that he would be in charge and that the RCMP would be working under his authority. Because the appellant was well known on the Islands and Detective Superintendent Lessemun was concerned that he could not trust all Turks and Caicos police officers, the Canadian officers dealt exclusively with him while planning and preparing their operations.

policiers canadiens qui avaient effectué les fouilles, les perquisitions et les saisies et que les éléments de preuve avaient été obtenus au mépris de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti à l'art. 8. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de confirmer les déclarations de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

B. *Contexte*

Au printemps 1996, soupçonnant l'appelant de se livrer à des activités de blanchiment d'argent, la GRC a entrepris une enquête. En octobre 1996, le sergent Nicholson, un agent d'infiltration, a communiqué avec l'appelant et a prétendu vouloir blanchir des narcodollars. Le 2 février 1998, il lui a remis la somme de 252 000 $CAN débloquée pour l'opération, étant entendu qu'elle serait blanchie par l'entremise de la société d'investissement de l'appelant, la British West Indies Trust Company (« BWIT »), située aux îles Turks et Caicos, puis virée sur un compte que la GRC avait ouvert au Pays-Bas à l'insu de l'appelant. Le 11 novembre 1998, le sergent Nicholson a versé à l'appelant la somme supplémentaire de 80 000 $US pour un virement sur le même compte. La GRC espérait mettre la main sur des documents confirmant les virements et déterminer si la BWIT participait à des activités de blanchiment d'argent.

Les agents de la GRC ont demandé l'autorisation de mener une partie de leur enquête aux îles Turks et Caicos. Le commissaire Lessemun, du service de police de l'archipel, était responsable des enquêtes criminelles. En novembre 1997, il a rencontré le sergent-détective Boyle et le caporal Flynn de la GRC, tous deux chargés de l'enquête. Il a autorisé la GRC à poursuivre l'enquête sur le territoire de l'archipel, mais il a précisé aux agents qu'il en conserverait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité. Comme l'appelant était très connu dans l'archipel et que le commissaire Lessemun craignait que les policiers locaux ne soient pas tous dignes de confiance, les policiers canadiens n'ont eu affaire qu'à M. Lessemun pendant la planification et la préparation de l'opération.

The investigators planned a covert entry into the BWIT's office for March 1998. RCMP technical experts assisted with the planning, which began in Canada using technical information provided by Detective Superintendent Lessemun. The experts traveled to the Turks and Caicos Islands in February 1998 to obtain information about the office's door locks and burglar alarm systems.

Late in the nights of February 7 and 8, 1998, the RCMP officers and Detective Superintendent Lessemun surreptitiously entered the BWIT's premises. The technical experts examined the office's locks and alarm systems from outside the building. They recorded what they observed, using a video camera. Throughout this perimeter search, Detective Superintendent Lessemun was with the RCMP investigators as a lookout.

During the day on February 9, 1998, two RCMP technical experts entered the reception area of the BWIT's office to observe what they could of the interior locks and alarm system. They entered the office under a ruse and spent a few minutes speaking with the receptionist.

There were no warrants authorizing the RCMP to enter the BWIT's premises in February 1998. The RCMP investigators were aware of this, but they testified that they had relied on Detective Superintendent Lessemun's expertise and advice regarding the legalities of investigations conducted on the Islands.

After the RCMP technical experts returned to Canada, they received further technical information from Detective Superintendent Lessemun to assist with the planning of the March 1998 covert entry. A briefing was held in the Bahamas on March 11, 1998, in preparation for the covert search. Present at the meeting were seven RCMP officers involved in the investigation and three American police officers. No Turks and Caicos officers were in attendance.

Les enquêteurs ont prévu une entrée clandestine dans les locaux de la BWIT pour le mois de mars 1998. Les experts techniques de la GRC ont prêté leur concours à la planification entreprise au Canada à partir de renseignements techniques fournis par le commissaire Lessemun. En février 1998, ils se sont rendus aux îles Turks et Caicos pour obtenir de l'information sur les serrures de porte et le système d'alarme antivol du bureau. 4

Tard dans la nuit les 7 et 8 février 1998, les agents de la GRC et le commissaire Lessemun se sont introduits clandestinement sur le terrain de la BWIT. De l'extérieur, les experts techniques ont examiné les serrures de porte et le système d'alarme antivol de l'immeuble. Ils ont filmé le tout à l'aide d'une caméra vidéo. Tout au long de cette perquisition périphérique, le commissaire Lessemun a accompagné les agents de la GRC et a fait le guet. 5

Au cours de la journée du 9 février 1998, deux experts techniques de la GRC se sont rendus à l'accueil de la BWIT pour observer les serrures et le système d'alarme à l'intérieur. Après avoir obtenu l'accès au bureau sous un faux prétexte, ils ont conversé avec la réceptionniste pendant quelques minutes. 6

La GRC n'avait pas obtenu de mandat l'autorisant à s'introduire dans la propriété de la BWIT en février 1998. Ses enquêteurs en étaient conscients, mais ils ont témoigné qu'ils s'étaient fiés au commissaire Lessemun, à son expertise et à ses dires quant aux exigences juridiques applicables à une enquête aux îles Turks et Caicos. 7

Les experts techniques de la GRC sont rentrés au Canada où ils ont reçu du commissaire Lessemun des renseignements techniques supplémentaires pour la planification de l'entrée clandestine devant avoir lieu en mars 1998. Le 11 mars 1998, une réunion préparatoire a eu lieu aux Bahamas en vue de la fouille et de la perquisition clandestines. Sept agents de la GRC participant à l'enquête ainsi que trois policiers américains y ont assisté, mais aucun agent des îles Turks et Caicos. 8

9 The investigators covertly entered the BWIT's office twice on March 14, 1998, once in the early hours of the morning and once shortly before midnight. The RCMP technical experts opened the locked doors of the office to enable the investigators to enter it. Detective Superintendent Lessemun entered the office with what the RCMP officers understood to be a warrant. He then took up a position outside the building to provide security around the perimeter and stop any Turks and Caicos police officers who might come by from jeopardizing the operation. Inside the office, the RCMP investigators downloaded information contained in the company's computer systems onto portable hard drives and electronically scanned documents from numerous client files, as well as company records and banking documents.

10 The RCMP officers testified at trial that they had understood separate warrants to be in place for each of the two covert entries of March 14, 1998. Officer Boyle said he saw a warrant for the first entry. Sergeant McDonagh, one of the technical experts, stated that after the first entry, but before the second, Detective Superintendent Lessemun had shown him a document that Sergeant McDonagh understood to be the warrant for the first entry. Sergeant McDonagh noted down the document's terms. Both Officer Boyle and Sergeant McDonagh understood from Detective Superintendent Lessemun that a warrant had been obtained for the second entry, but neither had any notes on this point or remembered having seen it. No warrants were introduced into evidence at trial. The Crown sought to introduce copies of two Turks and Caicos warrants, one dated March 13 and the other March 14, 1998. The purported warrants, issued to Robert Conway Lessemun, authorized entry into the BWIT's office to search for computer and office records linking Richard Hape to the laundering of proceeds of drug trafficking. The copies of the warrants had not been authenticated, and counsel for the appellant objected to their admission at trial.

11 RCMP officers returned to the Turks and Caicos Islands in February 1999. Beginning on

Le 14 mars 1998, après que les experts techniques de la GRC eurent déverrouillé les portes, les enquêteurs sont entrés clandestinement à deux reprises dans les locaux de la BWIT, la première fois aux petites heures du matin, la seconde, peu avant minuit. Le commissaire Lessemun est entré dans les locaux muni de ce que les agents de la GRC ont tenu pour un mandat. Il s'est alors posté à l'extérieur de l'immeuble pour assurer la sécurité du périmètre et empêcher qu'un policier patrouillant dans le secteur ne vienne compromettre l'opération. À l'intérieur, les enquêteurs de la GRC ont téléchargé sur des minidisques durs les données contenues dans les systèmes informatiques de la société et copié par balayage optique de nombreux dossiers de clients, registres de la société et documents bancaires.

Au procès, les agents de la GRC ont déclaré avoir cru qu'un mandat distinct avait été décerné pour chacune des deux introductions clandestines du 14 mars 1998. L'agent Boyle a dit avoir vu un mandat pour la première. Le sergent McDonagh, un expert technique, a affirmé que le commissaire Lessemun lui avait montré, après la première introduction mais avant la seconde, un document qu'il avait cru être le mandat autorisant la première introduction. Il avait pris des notes sur la teneur du document. Selon les témoignages de l'agent Boyle et du sergent McDonagh, le commissaire Lessemun leur avait laissé entendre qu'un mandat avait été obtenu pour la seconde introduction, mais ni l'un ni l'autre n'avait noté l'avoir vu ni ne s'en rappelait. Aucun mandat n'a été présenté en preuve lors du procès. Le ministère public a tenté de déposer en preuve une copie de deux mandats décernés aux îles Turks et Caicos, l'un daté du 13 mars 1999, l'autre du lendemain. Les prétendus mandats, obtenus par Robert Conway Lessemun, autorisaient l'introduction dans les locaux de la BWIT pour y rechercher des fichiers informatiques et des dossiers reliant Richard Hape au blanchiment de narcodollars. Les copies n'ayant pas été authentifiées, l'avocat de l'appelant s'est opposé à leur admission en preuve.

En février 1999, les agents de la GRC sont retournés aux îles Turks et Caicos. Le 16 février et

February 16 and continuing over the next three days, six RCMP officers, along with Detective Superintendent Lessemun and three other Turks and Caicos police officers, entered the BWIT's office and seized over one hundred banker's boxes of records. Officer Boyle testified that he had read a document he understood to be a warrant authorizing the entry and seizure, and had passed it to the other officers to read. Again, no warrant was entered into evidence at trial.

When the search was complete, the RCMP officers began loading the seized records onto their airplane with the intention of bringing them back to Canada. Detective Superintendent Lessemun informed the officers that they could not remove the records from the Islands. The boxes were unloaded. At trial, there was some suggestion that a Turks and Caicos court order had prevented the officers from removing the evidence from the jurisdiction, but no such order was admitted as evidence.

The RCMP returned to the Turks and Caicos Islands in March and October 1999. In the presence of Turks and Caicos police officers, the RCMP officers scanned thousands of the seized documents in order to bring electronic copies of them back to Canada. Ultimately, a number of the documents seized during the search became exhibits at the appellant's trial.

Money laundering charges were laid for the two transactions involving the funds Sergeant Nicholson had provided to the appellant. The appellant was also charged, along with a co-accused, Ross Beatty, with conspiring to launder funds. A lengthy and complex trial took place before Juriansz J. (as he then was) of the Ontario Superior Court of Justice, sitting without a jury. Before the trial started, the appellant brought a *Charter* application to exclude the documentary evidence obtained from the BWIT's office on the basis of a violation of the s. 8 guarantee against unreasonable search and seizure. The application was denied and the documents were admitted into evidence.

les trois jours qui ont suivi, six agents de la GRC accompagnés du commissaire Lessemun et de trois autres policiers de l'archipel sont entrés dans les locaux de la BWIT et ont saisi plus de cent caisses de dossiers. Selon son témoignage, l'agent Boyle aurait pris connaissance d'un document autorisant l'entrée et la saisie et l'aurait fait lire à ses collègues. Encore une fois, aucun mandat n'a été déposé en preuve au procès.

12 Une fois la fouille et la perquisition terminées, les agents de la GRC ont entrepris de charger les caisses de documents à bord de l'avion qui les ramenait au Canada. Le commissaire Lessemun les a avertis que les dossiers saisis ne pouvaient quitter le pays. Les caisses ont donc été déchargées. Au procès, on a laissé entendre qu'un tribunal de l'archipel avait empêché le transfert des documents, mais aucune ordonnance judiciaire n'a été admise en preuve.

13 En mars et en octobre 1999, les agents de la GRC sont retournés aux îles Turks et Caicos. En présence de policiers de l'archipel, ils ont copié sur supports électroniques rapportés ensuite au Canada des milliers de documents saisis. Un certain nombre de ces documents ont été déposés en preuve au procès de l'appelant.

14 Des accusations de blanchiment d'argent ont été portées quant aux deux opérations dont avaient fait l'objet les fonds remis à l'appelant par le sergent Nicholson. L'appelant a par ailleurs été accusé, ainsi que Ross Beatty, de complot pour blanchir de l'argent. Le juge Juriansz de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, maintenant juge à la Cour d'appel de cette province, a présidé seul un procès long et complexe. Avant le début de l'instruction, l'appelant a invoqué la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte* pour obtenir l'exclusion de la preuve documentaire recueillie dans les locaux de la BWIT. Sa demande a été rejetée, et les documents ont été admis en preuve.

C. *Judicial History*

(1) Ontario Superior Court of Justice

15 The appellant called evidence on the s. 8 application. The Crown, taking the position that the *Charter* does not apply to searches and seizures conducted outside Canada and that the appellant had not established that he had standing to bring the application, sought a ruling on these two issues in advance of its decision on introducing evidence. Juriansz J. ruled on this application on January 17, 2002 ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

16 The application judge considered three decisions of this Court on the extraterritorial application of the *Charter*: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, and *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. He noted that all those cases concerned the application of the s. 10(*b*) right to counsel and that the question of the potential extraterritorial application of s. 8 might raise different issues. Relying on the majority decision in *Cook*, the application judge held that his task was to determine whether applying the *Charter* to the activities of the RCMP officers in Turks and Caicos would "interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extra-territorial effect" (para. 20).

17 In his argument before the application judge, the appellant resisted the characterization of the RCMP's actions in the instant case as part of a "co-operative investigation", within the meaning of *Terry*, with Turks and Caicos authorities, because the searches and seizures were carried out by the RCMP officers with little or no involvement of the Turks and Caicos police. The application judge rejected the argument that a "co-operative investigation" must involve relatively equal contributions from the participants (para. 24).

18 Juriansz J. made several key findings of fact that were relevant to his *Charter* ruling. He noted that Detective Superintendent Lessemun, who was with the Canadian police at all times, had played a role in the investigation by acting as a lookout,

C. *Historique des procédures judiciaires*

(1) Cour supérieure de justice de l'Ontario

L'appelant a présenté une preuve concernant l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Au motif que la *Charte* ne s'appliquait pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger et que l'appelant n'avait pas établi sa qualité pour présenter la demande, le ministère public a demandé à la cour de statuer sur ces deux points avant de présenter une preuve s'il le jugeait indiqué. Le 17 janvier 2002, le juge Juriansz a statué sur la demande ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

Le juge a examiné trois arrêts de notre Cour portant sur l'application extraterritoriale de la *Charte* : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, et *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Il a fait observer que tous portaient sur l'application du droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*) et que l'application extraterritoriale éventuelle de l'art. 8 pouvait soulever des questions différentes. Se fondant sur la décision majoritaire dans l'arrêt *Cook*, il a estimé que sa tâche consistait à déterminer si l'application de la *Charte* aux activités des agents de la GRC aux îles Turks et Caicos constituerait une [TRADUCTION] « atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et [produirait] donc [. . .] [un] effet extraterritorial inacceptable » (par. 20).

En plaidoirie, l'appelant s'est opposé à ce que l'on considère que l'enquête de la GRC avait été [TRADUCTION] « fondée sur la collaboration » avec les autorités des îles Turks et Caicos au sens de l'arrêt *Terry*, les policiers de l'endroit ayant peu participé aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, voire pas du tout. Le juge a rejeté l'argument selon lequel une telle enquête suppose nécessairement l'égalité relative des participations (par. 24).

Le juge Juriansz a tiré plusieurs conclusions de fait déterminantes quant à l'application de la *Charte*. Il a indiqué que le commissaire Lessemun, qui avait toujours accompagné les policiers canadiens, avait participé à l'enquête en faisant le guet,

providing information, and obtaining warrants. The Turks and Caicos contributed police authority. The RCMP was required to seek and receive permission from Turks and Caicos authorities to conduct the investigation in that jurisdiction. The RCMP officers were operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun. The fact that they were not permitted to remove the seized physical records from Turks and Caicos was a significant factor in the application judge's conclusion that they were subject to Turks and Caicos authority. The application judge found that all the RCMP's actions on the Turks and Caicos Islands were part of a "co-operative investigation" (para. 26).

en fournissant des renseignements et en obtenant des mandats. Les îles Turks et Caicos avaient assuré la direction de l'enquête policière. La GRC avait dû obtenir l'autorisation de faire enquête sur le territoire, et ses agents avaient agi sous l'autorité du commissaire Lessemun. Le fait que les agents de la GRC avaient été empêchés de quitter les îles Turks et Caicos en emportant avec eux les dossiers saisis a été déterminant quant à la conclusion selon laquelle les agents de la GRC étaient restés soumis aux autorités policières du pays. Le juge a conclu que tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos avaient été accomplis dans le cadre d'une « enquête fondée sur la collaboration » avec les autorités locales (par. 26).

As the next step in his analysis, Juriansz J. considered whether the application of the *Charter* to the "co-operative investigation" would result in an objectionable extraterritorial effect. The application judge found that the propriety and legality of the entries into the BWIT's office were governed by Turks and Caicos criminal law and procedure and the supervisory authority of the Turks and Caicos courts. In light of that fact, he concluded that there was a potential conflict between the concurrent exercise of jurisdiction by Canada on the basis of nationality and by Turks and Caicos on the basis of territoriality. Juriansz J. held, as a result, that the *Charter* did not apply. He therefore dismissed the application without discussing whether the appellant had standing to bring the *Charter* application or whether the searches and seizures were conducted in accordance with the requirements of s. 8.

19 Le juge Juriansz s'est ensuite demandé si l'application de la *Charte* à l'« enquête fondée sur la collaboration » produirait un effet extraterritorial inacceptable. Il a conclu que la régularité et la légalité des entrées clandestines dans les locaux de la BWIT relevaient du droit criminel et de la procédure pénale des îles Turks et Caicos et se trouvaient donc soumises au contrôle des tribunaux de ce pays. En conséquence, il a estimé que l'exercice de la compétence canadienne fondée sur la nationalité concurremment avec celle des îles Turks et Caicos fondée sur la territorialité risquait de faire naître un conflit. C'est pourquoi il a statué que la *Charte* ne s'appliquait pas et a rejeté la demande sans se prononcer sur les questions de savoir si l'appelant avait qualité pour présenter la demande fondée sur la *Charte* ou si les fouilles, les perquisitions et les saisies avaient respecté les exigences de l'art. 8.

The appellant had also applied under ss. 7 and 24(1) of the *Charter* for a stay of proceedings on the basis that the police conduct had contravened fundamental notions of justice and that the ensuing trial would undermine the integrity of the justice system. In the alternative, the appellant requested an order excluding from evidence 26 documents seized from the BWIT. In his ruling on this application dated January 18, 2002, Juriansz J. relied on the findings of fact he had made on the s. 8 application. He noted that the RCMP officers had believed there were warrants for the entries that took place

20 Le 18 janvier 2002, le juge Juriansz s'est prononcé sur la demande d'arrêt des procédures présentée sur le fondement de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*. L'appelant alléguait que les actes des policiers avaient contrevenu aux principes de justice fondamentale et que l'instruction du procès compromettrait l'intégrité du système de justice. Subsidiairement, il demandait que soit exclus de la preuve 26 documents saisis dans les locaux de la BWIT. Le juge Juriansz a repris les conclusions de fait qu'il avait déjà tirées relativement à l'art. 8. Il a fait état de la croyance des agents de la GRC selon

in March 1998 and February 1999 and had believed their actions to be lawful under Turks and Caicos law. No evidence to the contrary had been called. The burden of proving that the operations of the Canadian officers had violated Turks and Caicos law rested on the appellant. In refusing to grant the stay, Juriansz J. gave the following explanation:

> Considering that the applicant in this case has not established that the police conduct infringed a *Charter* right or was otherwise unlawful, and considering the police conduct as a whole, I have concluded that this is not one of those clearest of cases in which a stay ought to be granted.

Relying on *Harrer* and *Terry*, Juriansz J. stated that the overriding consideration was whether the admission of the evidence would result in an unfair trial. He reasoned that since the documents constituted real, non-conscriptive evidence, their reliability as evidence was not affected by the manner in which they were obtained. As the admission of the evidence would not therefore render the trial unfair, he refused to grant the exclusionary order.

21 On June 10, 2002, Juriansz J. found the appellant guilty beyond a reasonable doubt on both counts of money laundering ([2002] O.J. No. 5044 (QL)). The appellant was acquitted of the charge of conspiracy to launder funds.

(2) Ontario Court of Appeal

22 The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario on numerous grounds, one of which was that Juriansz J. had erred in his rulings on ss. 7 and 8 of the *Charter*. The appeal from the ruling on s. 7 was not pursued at the oral hearing before the Court of Appeal, and the issue of trial fairness is not before this Court. The appellant also contested his sentence of 30 months' imprisonment. The Crown cross-appealed on the trial judge's refusal to make a forfeiture order.

laquelle des mandats avaient autorisé les entrées clandestines de mars 1998 et de février 1999 et leurs actes étaient légaux suivant le droit applicable dans l'archipel. Aucun élément de preuve contraire n'avait été présenté. Il incombait à l'appelant d'établir que les agents de la GRC avaient contrevenu aux lois des îles Turks et Caicos. Refusant d'ordonner l'arrêt des procédures, le juge Juriansz a expliqué :

> [TRADUCTION] Comme le demandeur n'a pas prouvé que le comportement des policiers avait porté atteinte à un droit garanti par la *Charte* ou avait été par ailleurs illégal, et compte tenu du comportement des policiers dans son ensemble, j'arrive à la conclusion qu'il n'y a pas manifestement lieu d'ordonner l'arrêt des procédures.

S'appuyant sur les arrêts *Harrer* et *Terry*, le juge Juriansz a opiné que la question décisive était celle de savoir si l'admission de la preuve rendrait le procès inéquitable. Il a estimé que la fiabilité des documents n'était pas affaiblie par leur mode d'obtention puisqu'ils étaient authentiques et n'avaient pas été obtenus par mobilisation de l'appelant contre lui-même. Étant donné que le procès n'aurait pas été rendu inéquitable par l'admission des éléments de preuve, il a refusé de les écarter.

Le 10 juin 2002, le juge Juriansz a conclu que l'appelant était hors de tout doute raisonnable coupable des deux chefs d'accusation de blanchiment d'argent ([2002] O.J. No. 5044 (QL)). L'appelant a été acquitté de l'accusation de complot pour blanchir des fonds.

(2) Cour d'appel de l'Ontario

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a invoqué de nombreux moyens, dont le caractère erroné de la décision du juge Juriansz au sujet de l'application des art. 7 et 8 de la *Charte*. Il n'a pas été question de l'art. 7 lors de la plaidoirie devant la Cour d'appel, et la question de l'équité du procès n'a pas été plaidée devant notre Cour. L'appelant a également contesté sa peine de 30 mois d'emprisonnement. Le ministère public a formé un appel incident quant au refus du juge du procès de rendre une ordonnance de confiscation.

The Court of Appeal dismissed the appeal: (2005), 201 O.A.C. 126. It held that the trial judge had made a finding of fact that the investigation was under the control of the Turks and Caicos authorities and that his finding was supported by the evidence. Referring to the decisions in *Terry* and *Cook*, the court concluded that the trial judge had correctly applied the law to his findings of fact. The Crown's cross-appeal was also dismissed. The appellant obtained leave to appeal from that judgment.

II. Analysis

A. *Issues*

The sole issue in this appeal is whether s. 8 of the *Charter* applies to searches and seizures conducted by RCMP officers outside Canada. This issue requires the Court to consider the question of the extraterritorial application of the *Charter*. This in turn requires the Court to consider the more general question of the relationship between Canadian criminal and constitutional law, on the one hand, and public international law, on the other. In addition, although the issue is not before this Court, I feel that it will be helpful to comment on the use of ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* to exclude evidence gathered outside Canada.

B. *Positions of the Parties*

(1) The Appellant

The appellant argues that the *Charter* applies to the actions of the RCMP officers in the course of their searches and seizures at the BWIT's office, notwithstanding that those actions took place outside Canada. He submits that Canadian authorities are subject to the *Charter* even when operating outside the territorial boundaries of Canada and that it can be seen from the evidence in the case at bar that the searches and seizures were the product of and were integral to an investigation that was completely planned by the RCMP. In the appellant's submission, Detective Superintendent Lessemun merely served as a host for the Canadian officials. He made no decisions, even if he provided ultimate

La Cour d'appel a débouté l'appelant : (2005), 201 O.A.C. 126. Elle a conclu que la preuve étayait la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle l'enquête avait été soumise à l'autorité des îles Turks et Caicos. Citant les arrêts *Terry* et *Cook*, elle a statué que le juge du procès avait correctement appliqué le droit à ses conclusions de fait. Elle a également rejeté l'appel incident du ministère public. L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. 23

II. Analyse

A. *Questions en litige*

La seule question que pose le présent pourvoi est celle de l'application de l'art. 8 de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger par des agents de la GRC. Cette question soulève à son tour celle de l'application extraterritoriale de la *Charte*. Pour trancher, notre Cour doit également se pencher sur la question plus générale de l'interaction entre les droits criminel et constitutionnel canadiens et le droit international public. En outre, même si notre Cour n'a pas été saisie de la question, il me paraît opportun de formuler quelques remarques sur le recours à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* pour écarter un élément de preuve obtenu à l'étranger. 24

B. *Thèses des parties*

(1) L'appelant

L'appelant soutient que la *Charte* s'appliquait aux actes des agents de la GRC lors des fouilles, des perquisitions et des saisies effectuées dans les locaux de la BWIT même s'ils n'ont pas été accomplis au Canada. Il prétend que les autorités canadiennes sont assujetties à la *Charte* même hors des frontières. En l'espèce, il appert de la preuve que les interventions policières en cause représentaient le fruit d'une enquête entièrement planifiée par la GRC, dont elles faisaient partie intégrante. Au dire de l'appelant, le commissaire Lessemun a seulement servi de guide aux policiers canadiens. Il n'a pris aucune décision, même s'il a eu la responsabilité ultime de l'opération et a assuré sa légalité. 25

control and legal authority. The actual searches and seizures were conducted by the RCMP, and they are the actions that are subject to *Charter* scrutiny. Given the almost non-existent role of the Turks and Caicos authorities, the application of the *Charter* does not in any way interfere with that state's sovereign authority. The appellant argues that the courts below erred in concluding, on the basis of a finding that the RCMP's actions constituted a "co-operative investigation", that the *Charter* did not apply.

26 At the hearing, counsel for the appellant argued that, in *Cook*, this Court had specified two situations in which the application of the *Charter* would have an objectionable extraterritorial effect. The first would be if the *Charter* were applied to foreign officers, and the second would be if it were applied to foreign criminal proceedings. Aside from those two circumstances, extraterritorial application of the *Charter* would not, in the appellant's opinion, interfere with the sovereign authority of a foreign state. If it were physically impracticable to comply with the *Charter*, then Canadian officials acting abroad could either request that foreign officials undertake the activities that are inconsistent with the *Charter* or carry out the activities themselves and try to establish that the evidence obtained should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(2) The Crown

27 The Crown responds that the *Charter* does not apply because the searches and seizures in this case were conducted under the authority of the Turks and Caicos police. To impose Canada's *Charter* standards on the actions of the RCMP officers while they were operating in Turks and Caicos would produce an objectionable extraterritorial effect. The trial judge made a factual finding that the investigation in Turks and Caicos was under the control of the Turks and Caicos police force. The appellant has not demonstrated that this finding resulted from a palpable and overriding error; he is asking this Court to reweigh the evidence and substitute its view for that of the trial judge.

Les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées par la GRC et ce sont ces actes qui doivent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Vu le rôle négligeable des autorités des îles Turks et Caicos, l'application de la *Charte* ne porte aucunement atteinte à l'autorité souveraine de cet État. Selon l'appelant, les juridictions inférieures ont eu tort d'écarter l'application de la *Charte* au motif que la GRC avait agi dans le cadre d'une enquête fondée sur la collaboration avec les agents d'un État étranger.

À l'audience, son avocat a plaidé que suivant l'arrêt *Cook*, l'application de la *Charte* aurait un effet extraterritorial inacceptable dans le cas où elle viserait un policier étranger ou une procédure pénale étrangère. Selon l'appelant, hormis ces deux situations, l'application extraterritoriale de la *Charte* ne porterait pas atteinte à l'autorité souveraine d'un autre État. S'il lui était matériellement impossible de respecter la *Charte*, l'agent canadien intervenant à l'étranger pourrait soit demander à un agent étranger de poser l'acte incompatible avec la *Charte*, soit l'accomplir lui-même, puis tenter de convaincre le tribunal que l'élément de preuve obtenu ne devrait pas être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

(2) Le ministère public

Le ministère public rétorque que la *Charte* ne s'applique pas, car les fouilles, les perquisitions et les saisies ont eu lieu en l'espèce sous l'autorité de la police étrangère. Soumettre aux exigences de la *Charte* les actes des agents de la GRC accomplis aux îles Turks et Caicos créerait un effet extraterritorial inacceptable. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'enquête avait été menée sous l'autorité du service de police de l'archipel. L'appelant n'a pas démontré que cette conclusion était entachée d'une erreur manifeste et dominante. Il demande alors à notre Cour d'apprécier à nouveau la preuve et de substituer son opinion à celle du juge du procès.

In the Crown's view, the fact that Canadian police officers participated in an international investigation does not, on its own, mean that the *Charter* is engaged. The *Charter* does not apply to conduct outside Canada unless the impugned action falls within the exception established in *Cook*, namely, where no conflict arises from the concurrent exercise of jurisdiction by Canada on the basis of nationality and by a foreign state on the basis of territoriality. The authority for all the RCMP's actions in Turks and Caicos was derived from Turks and Caicos law. It is clear from the evidence that the RCMP exercised no control over the Turks and Caicos police. Further, the appellant has not established that the RCMP's conduct violated Turks and Caicos law.

The Crown adds that it would be untenable to require that searches carried out in Turks and Caicos in accordance with the laws of that jurisdiction be consistent with the *Charter* or to subsequently scrutinize such searches for consistency with the *Charter*. In *Cook*, the *Charter* was applied on facts very different from those in the case at bar. In that case, it would have been easy for the Canadian police officers, in interviewing the accused, to comply with *Charter* standards in a way that did not interfere with the host state's procedures. Here, to apply the *Charter* to the investigation in Turks and Caicos would of necessity compel compliance by the foreign authorities, thus impinging on their sovereign authority.

According to the Crown, to hold that s. 8 of the *Charter* does not apply to foreign searches is not to suggest that there are no controls over the actions of Canadian law enforcement officers involved in investigations in other countries. Where the admission of evidence would lead to an unfair trial, a court has the discretion to exclude evidence under s. 7 of the *Charter*.

(3) The Intervener

The Attorney General of Ontario intervened in this appeal. His submissions focused on the complexities and difficulties of applying s. 8 of the

28 La participation de policiers canadiens à une enquête internationale n'emporte pas en soi l'application de la *Charte*. Les actes accomplis à l'étranger n'y sont pas assujettis, sauf s'ils justifient l'application de l'exception établie dans l'arrêt *Cook*, c'est-à-dire lorsque aucun conflit ne résulte de l'exercice de la compétence du Canada fondée sur la nationalité concurremment avec celle de l'État étranger fondée sur la territorialité. Le pouvoir sous-tendant tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos découlait du droit de cet État. Il ressort de la preuve que la GRC n'a exercé aucun ascendant sur la police locale. De plus, l'appelant n'a jamais établi que la GRC avait contrevenu au droit des îles Turks et Caicos.

29 On ne saurait assujettir à la *Charte* ni soumettre ultérieurement à un contrôle constitutionnel une fouille ou une perquisition effectuée aux îles Turks et Caicos conformément aux lois de ce pays. Dans l'arrêt *Cook*, la *Charte* a été appliquée à des faits très différents de ceux de la présente affaire. En effet, les policiers canadiens auraient pu interroger l'accusé et satisfaire aisément aux exigences de la *Charte* dans le respect de la procédure étrangère. En l'espèce, l'application de la *Charte* aux mesures d'enquête prises aux îles Turks et Caicos aurait nécessairement soumis les autorités étrangères aux exigences canadiennes, portant ainsi atteinte à l'autorité souveraine de l'archipel.

30 Même si l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique pas aux fouilles et aux perquisitions à l'étranger, les activités d'enquête et d'application du droit canadien menées à l'étranger n'échappent pas à tout contrôle. Lorsque, s'il était admis, un élément de preuve serait de nature à rendre le procès inéquitable, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de l'écarter sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*.

(3) L'intervenant

31 Le procureur général de l'Ontario intervient dans le présent pourvoi. Il fait surtout valoir qu'il est compliqué et difficile d'appliquer l'art. 8 de la

Charter to searches and seizures outside Canada. The intervener emphasized the need to consider the nature and scope of s. 8 rights in the host jurisdiction. He also drew the Court's attention to the need for international co-operation in criminal investigations as a practical matter, and to the importance of not hampering such investigations unduly by imposing Canadian standards on foreign jurisdictions.

Charter aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger. Il insiste sur la nécessité d'examiner la nature et la portée des droits garantis à l'art. 8 dans le ressort d'accueil. Il attire également l'attention de notre Cour sur la nécessité pratique d'une collaboration internationale en matière d'enquêtes criminelles et sur l'importance de ne pas entraver indûment ces enquêtes en soumettant les ressorts étrangers aux exigences canadiennes.

C. *Scope of the Charter*

C. *La portée de la Charte*

32 This case centres around the proper scope of application of the *Charter*, and in particular its territorial reach and limits. The analysis must begin with the wording of s. 32(1) of the *Charter*, which reads as follows:

L'issue du présent pourvoi tient à la portée véritable de la *Charte*, en particulier sur le plan territorial. L'analyse doit avoir comme point de départ le texte du par. 32(1) de la *Charte* :

> **32.** (1) This Charter applies
>
> (*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
>
> (*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

> **32.** (1) La présente charte s'applique :
>
> *a*) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
>
> *b*) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Pursuant to s. 32(1), the *Charter* serves to limit the legislative and executive powers of Canada and each of the provinces. The problem involved in establishing the *Charter*'s scope has two aspects. First, s. 32(1) determines who is bound by the *Charter*: Parliament and the federal government, and the provincial legislatures and governments, bear the burden of complying with the requirements of the *Charter*. Second, s. 32(1) specifies what powers, functions or activities of those bodies and their agents are subject to the *Charter*: constitutional limitations are imposed "in respect of all matters within the authority of" Parliament or the provincial legislatures. Any action by the relevant body or its agents in relation to any matter within its legislative authority must be consistent with the *Charter*.

Suivant ce libellé, la *Charte* limite le pouvoir tant législatif qu'exécutif du Canada et de chacune des provinces. Déterminer la portée de la *Charte* soulève deux difficultés. Premièrement, le par. 32(1) précise quels acteurs sont liés par la *Charte*. Le Parlement et le gouvernement fédéral ainsi que les législatures et les gouvernements provinciaux doivent se conformer à ses exigences. Deuxièmement, le par. 32(1) précise les pouvoirs, les fonctions ou les activités de ces organes et de leurs mandataires auxquels s'applique la *Charte*. Les limitations imposées par la Constitution visent « tous les domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales. Toute mesure de l'organe en cause ou d'un mandataire prise dans un domaine qui relève de son pouvoir législatif doit respecter la *Charte*.

33 Section 32 does not expressly impose any territorial limits on the application of the *Charter*. By virtue of state sovereignty, it was open to the

L'article 32 ne limite pas expressément l'application territoriale de la *Charte*. La souveraineté de l'État aurait permis aux rédacteurs de préciser la

framers to establish the jurisdictional scope of the *Charter*. Had they done so, the courts of this country would have had to give effect to a clear expression of that scope. However, the framers chose to make no such statement. Consequently, as with the substantive provisions of the *Charter*, it falls upon the courts to interpret the jurisdictional reach and limits of the *Charter*. Where the question of application involves issues of extraterritoriality, and thereby necessarily implicates interstate relations, the tools that assist in the interpretation exercise include Canada's obligations under international law and the principle of the comity of nations. As I will explain, the issue of applying the *Charter* to activities that take place abroad implicates the extraterritorial enforcement of Canadian law. The principles of state jurisdiction are carefully spelled out under international law and must guide the inquiry in this appeal.

portée de l'application de la *Charte*. S'ils l'avaient fait, les tribunaux du pays auraient été tenus de donner effet à cette volonté claire de définir la sphère d'application de la *Charte*. Or, ils n'ont pas exprimé cette volonté. Par conséquent, les tribunaux doivent non seulement interpréter les dispositions substantielles de la *Charte*, mais déterminer aussi la portée de son application. Lorsque la question de l'application soulève celle de l'extraterritorialité, ce qui suppose nécessairement un rapport entre États, les obligations du Canada suivant le droit international et le principe de la courtoisie entre les nations figurent au nombre des instruments qui assistent les tribunaux dans la solution de ce type de problème. Comme je l'explique ci-après, l'assujettissement à la *Charte* de mesures prises à l'étranger suppose l'application extraterritoriale du droit canadien. Le droit international énonce en détail les principes de la compétence de l'État, et c'est à partir de ces principes qu'il convient de statuer sur le présent pourvoi.

D. *Relationship Between Domestic Law and International Law*

D. *La relation entre le droit interne et le droit international*

In order to understand how international law assists in the interpretation of s. 32(1), it is necessary to consider the relationship between Canadian domestic law and international law, as well as the principles of international law pertaining to territorial sovereignty, non-intervention and extraterritorial assertions of jurisdiction.

34 Pour comprendre la manière dont le droit international contribue à l'interprétation du par. 32(1), il faut considérer sa relation avec le droit interne canadien, de même que ses principes relatifs à la souveraineté territoriale, à la non-intervention et aux revendications d'une compétence extraterritoriale.

(1) Relationship Between Customary International Law and the Common Law

(1) La relation entre le droit international coutumier et la common law

As I will explain, certain fundamental rules of customary international law govern what actions a state may legitimately take outside its territory. Those rules are important interpretive aids for determining the jurisdictional scope of s. 32(1) of the *Charter*. The use of customary international law to assist in the interpretation of the *Charter* requires an examination of the Canadian approach to the domestic reception of international law.

35 Comme je l'explique plus loin, certaines règles de fond du droit international coutumier déterminent les actes qu'un État peut accomplir légitimement à l'étranger. Elles sont d'une grande utilité pour circonscrire l'application territoriale du par. 32(1) de la *Charte*. Le recours au droit international coutumier pour interpréter une telle disposition commande l'examen de la méthode que privilégie le Canada pour la réception du droit international en droit interne.

The English tradition follows an adoptionist approach to the reception of customary international

36 La tradition juridique britannique recourt à la méthode de l'adoption pour la réception du droit

law. Prohibitive rules of international custom may be incorporated directly into domestic law through the common law, without the need for legislative action. According to the doctrine of adoption, the courts may adopt rules of customary international law as common law rules in order to base their decisions upon them, provided there is no valid legislation that clearly conflicts with the customary rule: I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed. 2003), at p. 41. Although it has long been recognized in English common law, the doctrine received its strongest endorsement in the landmark case of *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.). Lord Denning considered both the doctrine of adoption and the doctrine of transformation, according to which international law rules must be implemented by Parliament before they can be applied by domestic courts. In his opinion, the doctrine of adoption represents the correct approach in English law. Rules of international law are incorporated automatically, as they evolve, unless they conflict with legislation. He wrote, at p. 554:

> It is certain that international law does change. I would use of international law the words which Galileo used of the earth: "But it does move." International law does change: and the courts have applied the changes without the aid of any Act of Parliament. . . .
>
> . . . Seeing that the rules of international law have changed — and do change — and that the courts have given effect to the changes without any Act of Parliament, it follows to my mind inexorably that the rules of international law, as existing from time to time, do form part of our English law. It follows, too, that a decision of this court — as to what was the ruling of international law 50 or 60 years ago — is not binding on this court today. International law knows no rule of stare decisis. If this court today is satisfied that the rule of international law on a subject has changed from what it was 50 or 60 years ago, it can give effect to that change — and apply the change in our English law — without waiting for the House of Lords to do it.

37 In Canada, this Court has implicitly or explicitly applied the doctrine of adoption in several

international coutumier. Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir. Ce principe veut que les tribunaux puissent adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de common law sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu'aucune disposition législative valide n'entre clairement en conflit avec elles : I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6e éd. 2003), p. 41. Reconnu depuis longtemps en common law anglaise, c'est dans l'arrêt de principe *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.), que le principe a été confirmé le plus fermement. Lord Denning y a examiné la doctrine de l'adoption et celle de la transformation, suivant laquelle le Parlement doit mettre en œuvre une règle de droit international pour qu'un tribunal interne puisse l'appliquer. À son avis, la doctrine de l'adoption est celle qu'il convient d'appliquer en droit anglais. Les règles du droit international et leurs modifications sont automatiquement incorporées, à moins qu'elles n'entrent en conflit avec une loi. Je cite un extrait de ses motifs (p. 554) :

> [TRADUCTION] Il est certain que le droit international évolue. Tout comme la terre, selon l'expression employée par Galilée : « Et pourtant elle bouge ». Le droit international évolue et les tribunaux ont tenu compte de cette évolution sans que le Parlement n'ait à intervenir. . .
>
> . . . Constatant que les règles du droit international ont changé — et continuent d'évoluer — et que les tribunaux ont donné effet à ces changements sans qu'une seule loi du Parlement n'ait dû être adoptée, il s'ensuit inexorablement, selon moi, que les règles du droit international applicables à un moment donné font partie de notre droit anglais. Il s'ensuit aussi qu'une décision de notre cour sur la règle de droit international applicable il y a 50 ou 60 ans ne lie plus notre cour aujourd'hui. Il n'y a pas de stare decisis en droit international. Si elle est aujourd'hui convaincue qu'une règle de droit international n'est plus la même qu'il y a 50 ou 60 ans, la cour peut prendre acte de la nouvelle règle — et l'incorporer au droit anglais — sans attendre que la Chambre des lords ne le fasse.

Au Canada, notre Cour a appliqué implicitement ou explicitement cette doctrine dans plusieurs

cases. In *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, at p. 394, Davies J. wrote: "[T]he Admiralty Court when exercising its jurisdiction is bound to take notice of the law of nations .... The right of hot pursuit . . . being part of the law of nations was properly judicially taken notice of and acted upon by the learned judge in this prosecution." In *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483, at p. 502, Kerwin J. stated that the exemptions from territorial jurisdiction based on sovereign immunity "are grounded on reason and are recognized by civilized countries as being rules of international law which will be followed in the absence of any domestic law to the contrary". See also *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208 ("*Re Foreign Legations*"). In *Saint John (Municipality of) v. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] S.C.R. 263, Rand J. accepted the doctrine of adoption, applying international law principles to exempt foreign sovereigns and their property from municipal taxation in Canada. He wrote, at pp. 268-69:

If in 1767 Lord Mansfield, as in *Heathfield v. Chilton* [(1767), 4 Burr. 2015, 98 E.R. 50], could say, "The law of nations will be carried as far in England, as any where", in this country, in the 20th century, in the presence of the United Nations and the multiplicity of impacts with which technical developments have entwined the entire globe, we cannot say any thing less.

The Court of Appeal for Ontario recently cited the doctrine of adoption in *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, stating at para. 65 that "customary rules of international law are directly incorporated into Canadian domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation" (leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. vi). See also *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.), at para. 32 (leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiii).

arrêts, dont *The Ship « North » c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385, p. 394, où le juge Davies a écrit : [TRADUCTION] « [L]orsqu'elle exerce sa compétence, la Cour de l'Amirauté se doit de prendre connaissance d'office du droit des nations [. . .] En l'espèce, le juge a à juste titre pris connaissance et tenu compte du droit de prise en chasse [. . .] qui fait partie du droit des nations. » Dans *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, p. 502, le juge Kerwin a affirmé que les exceptions à la compétence territoriale fondées sur l'immunité de juridiction [TRADUCTION] « s'appuient sur la raison et sont considérées par les pays civilisés comme des règles de droit international applicables en l'absence d'une disposition contraire du droit interne ». Voir également *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208 (« *Affaire des légations étrangères* »). Dans l'arrêt *Saint John (Municipality of) c. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] R.C.S. 263, le juge Rand a reconnu la doctrine de l'adoption, appliquant les principes du droit international pour soustraire un État souverain étranger et ses biens au paiement des taxes municipales au Canada (p. 268-269) :

[TRADUCTION] Si, en 1767, dans *Heathfield c. Chilton* [(1767), 4 Burr. 2015, 98 E.R. 50], lord Mansfield pouvait affirmer que « le droit des nations s'appliquera autant en Angleterre que partout ailleurs », vu l'existence des Nations Unies et l'incidence multiple des progrès techniques à l'échelle planétaire, force nous est d'en convenir à tout le moins au Canada en ce XX^{e} siècle.

Récemment, dans l'arrêt *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, la Cour d'appel de l'Ontario a mentionné la doctrine de l'adoption et affirmé au par. 65 des ses motifs que [TRADUCTION] « les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire » (autorisation d'appel refusée, [2005] 1 R.C.S. vi). Voir aussi l'arrêt *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.), par. 32 (autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xiii).

38 In other decisions, however, the Court has not applied or discussed the doctrine of adoption of customary international law when it had the opportunity to do so: see, for example, *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

39 Despite the Court's silence in some recent cases, the doctrine of adoption has never been rejected in Canada. Indeed, there is a long line of cases in which the Court has either formally accepted it or at least applied it. In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law.

(2) Principle of Respect for Sovereignty of Foreign States as a Part of Customary International Law and of Canadian Common Law

40 One of the key customary principles of international law, and one that is central to the legitimacy of claims to extraterritorial jurisdiction, is respect for the sovereignty of foreign states. That respect is dictated by the maxim, lying at the heart of the international legal structure, that all states are sovereign and equal. Article 2(1) of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, recognizes as

Dans d'autres affaires qui s'y prêtaient, notre Cour n'a cependant ni appliqué ni examiné la doctrine de l'adoption du droit international coutumier : voir p. ex. les arrêts *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.,

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine de l'adoption n'a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou, du moins, l'applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law.

(2) Le respect de la souveraineté des États étrangers : un principe du droit international coutumier et de la common law canadienne

Le respect de la souveraineté des autres États représente l'un des principes fondateurs du droit international coutumier et il s'avère déterminant quant à la légitimité d'une revendication d'une compétence extraterritoriale. Il découle de la maxime qui fonde l'ordre juridique international : tous les États sont souverains et égaux. Le paragraphe 2(1) de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945

one of that organization's principles the "sovereign equality of all its Members". The importance and centrality of the principle of sovereign equality was reaffirmed by the General Assembly in the 1970 *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, which expanded the scope of application of the principle to include non-U.N. member states. A renowned international law jurist, Antonio Cassese, writes that of the various principles recognized in the U.N. Charter and the 1970 Declaration

this is unquestionably the only one on which there is unqualified agreement and which has the support of all groups of States, regardless of ideologies, political leanings, and circumstances. It is safe to conclude that sovereign equality constitutes the linchpin of the whole body of international legal standards, the fundamental premise on which all international relations rest.

See A. Cassese, *International Law* (2nd ed. 2005), at p. 48.

The principle of sovereign equality comprises two distinct but complementary concepts: sovereignty and equality. "Sovereignty" refers to the various powers, rights and duties that accompany statehood under international law. Jurisdiction — the power to exercise authority over persons, conduct and events — is one aspect of state sovereignty. Although the two are not coterminous, jurisdiction may be seen as the quintessential feature of sovereignty. Other powers and rights that fall under the umbrella of sovereignty include the power to use and dispose of the state's territory, the right to state immunity from the jurisdiction of foreign courts and the right to diplomatic immunity. In his individual opinion in *Customs Régime between Germany and Austria* (1931), P.C.I.J. Ser. A/B, No. 41, at p. 57, Judge Anzilotti defined sovereignty as follows: "Independence . . . is really no more than the normal condition of States according to international law; it may also be described as *sovereignty* (*suprema potestas*), or *external sovereignty*, by which is meant

n° 7, reconnaît comme l'un des principes de l'organisation « l'égalité souveraine de tous ses Membres ». En 1970, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance et le caractère fondamental du principe de l'égalité souveraine dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, qui a étendu l'application du principe aux États non membres de l'ONU. Un éminent expert en droit international, Antonio Cassese, écrit que parmi les divers principes reconnus dans la *Charte des Nations Unies* et la Déclaration de 1970,

[TRADUCTION] il s'agit incontestablement du seul principe qui suscite l'adhésion sans réserve et obtient l'appui de tous les groupements d'États, indépendamment des orientations idéologiques, des allégeances politiques et des circonstances. On peut conclure sans se tromper que l'égalité souveraine constitue la pierre angulaire de l'ensemble des normes juridiques internationales, le postulat fondamental sur lequel reposent toutes les relations internationales.

Voir A. Cassese, *International Law* (2e éd. 2005), p. 48.

41 Le principe de l'égalité souveraine englobe deux notions distinctes mais complémentaires : la souveraineté et l'égalité. La « souveraineté » s'entend des différents pouvoirs, droits et obligations que confère la qualité d'État en droit international. La compétence — le pouvoir d'exercer son autorité à l'égard de personnes, d'actes et d'événements — est un attribut de la souveraineté. Les deux notions sont distinctes, mais la compétence peut être considérée comme la caractéristique quintessentielle de la souveraineté. En outre, la souveraineté confère à l'État le pouvoir d'utiliser et d'aliéner son territoire, le droit à l'immunité devant les tribunaux étrangers et le droit à l'immunité diplomatique. Dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), C.P.J.I. sér. A/B, n° 41, p. 57, le juge Anzilotti a donné la définition suivante de cette notion dans son avis individuel : « L'indépendance [. . .] n'est, au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté* (*suprema*

that the State has over it no other authority than that of international law" (emphasis in original).

42 Sovereignty also has an internal dimension, which can be defined as "the power of each state freely and autonomously to determine its tasks, to organize itself and to exercise within its territory a 'monopoly of legitimate physical coercion'": L. Wildhaber, "Sovereignty and International Law", in R. St.J. Macdonald and D. M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 425, at p. 436.

43 While sovereignty is not absolute, the only limits on state sovereignty are those to which the state consents or that flow from customary or conventional international law. Some such limits have arisen from recent developments in international humanitarian law, international human rights law and international criminal law relating, in particular, to crimes against humanity (R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law* (9th ed. 1996), vol. 1, at p. 125; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (2001), at pp. 6 and 56; H. M. Kindred and P. M. Saunders, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (7th ed. 2006), at p. 836; Cassese, at p. 59). Nevertheless, despite the rise of competing values in international law, the sovereignty principle remains one of the organizing principles of the relationships between independent states.

44 Equality is a legal doctrine according to which all states are, in principle, equal members of the international community: Cassese, at p. 52. It is both a necessary consequence and a counterpart of the principle of sovereignty. If all states were not regarded as equal, economically and politically weaker states might be impeded from exercising their rights of sovereignty. One commentator suggests the following rationales for the affirmation of the equality of states in their mutual relations: "to forestall factual inequities from leading to injustice, to ensure that one state should not be disadvantaged

potestas) ou *souveraineté extérieure*, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international » (en italique dans l'original).

La souveraineté comporte aussi une dimension interne que l'on peut définir comme [TRADUCTION] « le pouvoir de tout État de déterminer sa mission, de s'organiser et d'exercer sur son territoire le "monopole de la contrainte physique légitime" en toute liberté et autonomie » : L. Wildhaber, « Sovereignty and International Law », dans R. St.J. Macdonald et D. M. Johnston, dir., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 425, p. 436.

La souveraineté n'est certes pas absolue, mais ses seules limites découlent de la volonté de l'État ou du droit international coutumier ou conventionnel, trouvant parfois leur origine dans l'évolution récente du droit humanitaire, des droits de la personne et du droit pénal à l'échelon international, particulièrement en matière de crimes contre l'humanité (R. Jennings et A. Watts, dir., *Oppenheim's International Law* (9e éd. 1996), vol. 1, p. 125; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (2001), p. 6 et 56; H. M. Kindred et P. M. Saunders, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (7e éd. 2006), p. 836; Cassese, p. 59). Néanmoins, malgré l'apparition et la montée de valeurs conflictuelles en droit international, la souveraineté demeure l'un des principes fondateurs des relations entre les États indépendants.

L'égalité est une notion de droit suivant laquelle tous les États sont en principe membres à parts égales de la communauté internationale : Cassese, p. 52. Elle représente à la fois la conséquence nécessaire et le pendant de la souveraineté. Si tous les États n'étaient pas considérés comme égaux, les plus faibles sur les plans économique et politique pourraient être empêchés d'exercer leur souveraineté. Selon un auteur, l'égalité reconnue aux États dans leurs relations mutuelles vise à [TRADUCTION] « faire en sorte que des iniquités de fait ne mènent pas à l'injustice, qu'un État ne

in relation to another state, and to preclude the possibility of powerful states dictating their will to weaker nations" (V. Pechota, "Equality: Political Justice in an Unequal World", in Macdonald and Johnston, 453, at p. 454). Although all states are not in fact equal in all respects, equality is, as a matter of principle, an axiom of the modern international legal system.

In order to preserve sovereignty and equality, the rights and powers of all states carry correlative duties, at the apex of which sits the principle of non-intervention. Each state's exercise of sovereignty within its territory is dependent on the right to be free from intrusion by other states in its affairs and the duty of every other state to refrain from interference. This principle of non-intervention is inseparable from the concept of sovereign equality and from the right of each state to operate in its territory with no restrictions other than those existing under international law. (For a discussion of these principles, see the comments of Arbitrator Huber in the *Island of Palmas Case (Netherlands v. United States)* (1928), 2 R.I.A.A. 829, at pp. 838-39.)

Sovereign equality remains a cornerstone of the international legal system. Its foundational principles — including non-intervention and respect for the territorial sovereignty of foreign states — cannot be regarded as anything less than firmly established rules of customary international law, as the International Court of Justice held when it recognized non-intervention as a customary principle in the *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [1986] I.C.J. Rep. 14, at p. 106. As the International Court of Justice noted on that occasion, the status of these principles as international customs is supported by both state practice and *opinio juris*, the two necessary elements of customary international law. Every principle of customary international law is binding on all states unless superseded by another custom or by a rule set out in an international treaty. As a result, the principles of non-intervention and territorial sovereignty may be adopted into the common law of Canada in the absence of conflicting legislation.

soit pas désavantagé par rapport à un autre et qu'un État puissant ne puisse dicter sa volonté à un plus faible » (V. Pechota, « Equality : Political Justice in an Unequal World », dans Macdonald et Johnston, 453, p. 454). Même si, dans les faits, les États ne sont pas égaux sous tous les rapports, en principe, l'égalité constitue un axiome du système juridique international moderne.

45 Pour préserver la souveraineté et l'égalité, les droits et les pouvoirs des États se doublent d'obligations corrélatives au sommet desquelles figure la non-intervention. L'exercice de la souveraineté tient au droit d'un État d'échapper à toute ingérence étrangère et à l'obligation des autres États de s'abstenir de s'ingérer dans ses affaires. Le principe de la non-intervention est indissociable de la notion d'égalité souveraine et du droit de tout État d'agir à son gré sur son territoire, sous réserve des restrictions imposées par le droit international. (Pour une analyse de ces principes, se reporter aux observations de l'arbitre Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), 2 R.I.A.A. 829, p. 838-839.)

46 L'égalité souveraine demeure un fondement de l'ordre juridique international. Ses principes fondamentaux — dont la non-intervention et le respect de la souveraineté territoriale des autres États — doivent être assimilés à tout le moins à des règles de droit international coutumier fermement établies, comme en a décidé la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14, p. 106, en reconnaissant la non-intervention comme un principe de droit coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a alors signalé, l'assimilation de ces principes à la coutume internationale est étayée tant par la pratique des États que par l'*opinio juris*, soit les deux éléments essentiels du droit international coutumier. Les principes du droit international coutumier lient tous les États, sauf s'ils sont écartés par une autre coutume ou un traité international. Ainsi, sauf disposition incompatible, les principes de la non-intervention et de la souveraineté territoriale peuvent être incorporés à

These principles must also be drawn upon in determining the scope of extraterritorial application of the *Charter*.

(3) Comity as an Interpretive Principle

47 Related to the principle of sovereign equality is the concept of comity of nations. Comity refers to informal acts performed and rules observed by states in their mutual relations out of politeness, convenience and goodwill, rather than strict legal obligation: *Oppenheim's International Law*, at pp. 50-51. When cited by the courts, comity is more a principle of interpretation than a rule of law, because it does not arise from formal obligations. Speaking in the private international law context in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1095, La Forest J. defined comity as "the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory". In *Re Foreign Legations*, both Duff C.J. and Hudson J. referred in their reasons to *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197 (C.A.), in which Brett L.J. commented, at pp. 214-15, that the principle of international comity "induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other sovereign state".

48 Where our laws — statutory and constitutional — could have an impact on the sovereignty of other states, the principle of comity will bear on their interpretation. One example is in the area of extradition. As this Court noted in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844: "Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions." In *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, another extradition case, Cory and Iacobucci JJ., writing for the majority, stated, at para. 123:

> There is no doubt that the *Charter* applies to extradition proceedings. Yet s. 32 of the *Charter* provides that

la common law du Canada. Ces principes doivent également être pris en compte pour déterminer la portée extraterritoriale de la *Charte*.

(3) La courtoisie comme principe d'interprétation

La courtoisie est liée au principe de l'égalité souveraine et s'entend des mesures informelles que prennent les États et des règles qu'ils observent dans leurs rapports mutuels par politesse, convenance et bonne volonté, et non par stricte obligation légale : *Oppenheim's International Law*, p. 50-51. Les cours de justice l'invoquent généralement davantage à titre de principe d'interprétation qu'en tant que règle de droit, car elle ne découle pas d'obligations formelles. Dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S 1077, dans le contexte du droit international privé, le juge La Forest a défini la courtoisie comme « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire » (p. 1095). Dans l'*Affaire des légations étrangères*, le juge en chef Duff et le juge Hudson ont renvoyé dans leurs motifs à l'arrêt *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197 (C.A.), p. 214-215, où le lord juge Brett avait fait observer que le principe de la courtoisie internationale [TRADUCTION] « incite tout État souverain à respecter l'indépendance et la dignité de tout autre État souverain ».

Lorsqu'un texte législatif ou constitutionnel est susceptible d'avoir une incidence sur la souveraineté d'un autre État, le principe de la courtoisie influencera son interprétation. Prenons l'exemple de l'extradition. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, « [c]ontrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d'extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts » (p. 844). Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, portant également sur l'extradition, les juges Cory et Iacobucci ont conclu au nom des juges majoritaires (par. 123) :

> Il est certain que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition. Néanmoins, l'art. 32 de la *Charte*

it is applicable only to Canadian state actors. Pursuant to principles of international comity as well, the *Charter* generally cannot apply extraterritorially . . . .

In stating that the *Charter* cannot apply extraterritorially, Cory and Iacobucci JJ. were speaking specifically of applying it to foreign authorities.

In other contexts as well, this Court has noted the importance of comity as a tool in the interpretation of Canadian law in situations where it affects other sovereign states. In *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, Dickson J. (as he then was), writing for the Court, stated, at pp. 400-401:

As that great jurist, U.S. Chief Justice Marshall, observed in *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* [(1812), 7 Cranch's Reports 116], at pp. 136-37, the jurisdiction of a nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute, susceptible of no limitation not imposed by itself, but common interest impels sovereigns to mutual intercourse and an interchange of good offices with each other.

It is upon this comity of nations that international legal assistance rests.

Further, McLachlin J. (as she then was) noted in *Terry*, at para. 16, that this Court "has repeatedly affirmed the territorial limitations imposed on Canadian law by the principles of state sovereignty and international comity". See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 183.

The nature and limitations of comity need to be clearly understood. International law is a positive legal order, whereas comity, which is of the nature of a principle of interpretation, is based on a desire for states to act courteously towards one another. Nonetheless, many rules of international law promote mutual respect and, conversely, courtesy among states requires that certain legal rules

précise qu'elle ne s'applique qu'aux représentants de l'État canadien. Du reste, en vertu des principes de la courtoisie internationale, la *Charte* ne saurait en règle générale recevoir d'application extraterritoriale . . .

En affirmant que la *Charte* ne peut avoir de portée extraterritoriale, les juges Cory et Iacobucci avaient précisément en tête son application aux autorités étrangères.

49 Dans d'autres contextes, notre Cour a également souligné l'importance de la courtoisie dans l'interprétation d'une règle de droit canadienne qui touche un autre État souverain. Dans l'arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a dit au nom de notre Cour (p. 400-401) :

Comme l'a fait remarquer ce grand juriste qu'était le juge en chef Marshall des États-Unis, dans *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* [(1812), 7 Cranch's Reports 116], aux pp. 136 et 137, le pouvoir d'une nation dans les limites de son propre territoire est forcément exclusif et absolu, et n'est susceptible d'aucune restriction qu'elle ne s'impose pas elle-même, mais l'intérêt commun incite les souverains aux relations mutuelles et à l'échange de bons offices entre eux.

C'est sur cette courtoisie entre nations que repose l'assistance juridique internationale.

Aussi, dans l'arrêt *Terry*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a fait observer que notre Cour « a confirmé à maintes reprises les limites territoriales imposées aux lois canadiennes par les principes de la souveraineté des États et de la courtoisie internationale » (par. 16). Voir également les arrêts *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, et *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, p. 183.

50 Il importe de bien comprendre la nature et les limites de la courtoisie. Le droit international est un ordre juridique positif, alors que la courtoisie — assimilable à un principe d'interprétation — se fonde sur la volonté que les États agissent avec civilité les uns envers les autres. Néanmoins, de nombreuses règles de droit international promeuvent le respect mutuel et, à l'inverse, la

be followed. In this way, "courtesy and international law lend reciprocal support to one another": M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145, at p. 215. The principle of comity reinforces sovereign equality and contributes to the functioning of the international legal system. Acts of comity are justified on the basis that they facilitate interstate relations and global co-operation; however, comity ceases to be appropriate where it would undermine peaceable interstate relations and the international order.

51 The principle of comity does not offer a rationale for condoning another state's breach of international law. Indeed, the need to uphold international law may trump the principle of comity (see for example the English Court of Appeal's decision in *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598, in respect of a British national captured by U.S. forces in Afghanistan who was transferred to Guantanamo Bay and detained for several months without access to a lawyer or a court).

52 In an era characterized by transnational criminal activity and by the ease and speed with which people and goods now cross borders, the principle of comity encourages states to co-operate with one another in the investigation of transborder crimes even where no treaty legally compels them to do so. At the same time, states seeking assistance must approach such requests with comity and respect for sovereignty. Mutuality of legal assistance stands on these two pillars. Comity means that when one state looks to another for help in criminal matters, it must respect the way in which the other state chooses to provide the assistance within its borders. That deference ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin. If no such violations are in issue, courts in Canada should interpret Canadian law, and approach assertions of foreign law, in a manner respectful of the spirit of international co-operation and the comity of nations.

courtoisie entre les États exige l'observation de certaines règles de droit. Ainsi, [TRADUCTION] « courtoisie et droit international s'appuient l'un l'autre » : M. Akehurst, « Jurisdiction in International Law » (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145, p. 215. Le principe de la courtoisie ajoute à l'égalité souveraine et contribue au fonctionnement du système juridique international. Les actes de courtoisie sont justifiés en ce qu'ils facilitent les rapports entre les États et la collaboration générale. Toutefois, la courtoisie n'a plus sa place lorsqu'elle est de nature à miner les relations pacifiques entre États et l'ordre mondial.

Le principe de la courtoisie ne saurait justifier un État de tolérer la violation du droit international par un autre État. Les exigences du maintien du droit international priment en effet la courtoisie : voir p. ex. l'arrêt *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598, portant sur un ressortissant britannique capturé par l'armée américaine en Afghanistan qui avait été détenu plusieurs mois à Guantanamo Bay sans pouvoir consulter un avocat ni s'adresser à un tribunal.

À une époque où l'activité criminelle revêt souvent un caractère transnational et où personnes et biens franchissent aisément et rapidement les frontières, le principe de la courtoisie incite les États à collaborer les uns avec les autres pour élucider les crimes transfrontaliers même lorsque aucun traité ne les y oblige légalement. L'État qui sollicite une assistance doit cependant le faire avec courtoisie et avec égard pour la souveraineté de l'autre État. L'entraide juridique repose sur ces deux piliers. La courtoisie veut que l'État qui demande de l'aide en matière criminelle respecte les moyens employés par l'autre État sur son territoire. Ce respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. À défaut d'une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationales.

(4) Conformity With International Law as an Interpretive Principle of Domestic Law

One final general principle bears on the resolution of the legal issues in this appeal. It is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law. The presumption of conformity is based on the rule of judicial policy that, as a matter of law, courts will strive to avoid constructions of domestic law pursuant to which the state would be in violation of its international obligations, unless the wording of the statute clearly compels that result. R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 422, explains that the presumption has two aspects. First, the legislature is presumed to act in compliance with Canada's obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community. In deciding between possible interpretations, courts will avoid a construction that would place Canada in breach of those obligations. The second aspect is that the legislature is presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law. Those values and principles form part of the context in which statutes are enacted, and courts will therefore prefer a construction that reflects them. The presumption is rebuttable, however. Parliamentary sovereignty requires courts to give effect to a statute that demonstrates an unequivocal legislative intent to default on an international obligation. See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 367-68.

The presumption of conformity has been accepted and applied by this Court on numerous occasions. In *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541, Pigeon J. stated:

> [T]his is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. . . . [I]f a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law . . . . [Emphasis added.]

(4) Le respect du droit international comme principe d'interprétation du droit interne

53 Une dernière règle générale s'applique pour trancher les questions en litige dans la présente affaire. Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat. Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 422, R. Sullivan explique que la présomption comporte deux volets. D'une part, l'organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. La souveraineté du Parlement exige que le tribunal donne effet à une loi qui exprime l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale. Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 466-467.

54 Notre Cour a reconnu et appliqué la présomption de conformité à maintes occasions. Dans l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541, le juge Pigeon a écrit :

> [TRADUCTION] [I]l s'agit ici d'un cas où il y a lieu d'appliquer la règle d'interprétation selon laquelle le Parlement n'est pas censé légiférer de manière à violer un traité ou de quelque manière incompatible avec la courtoisie internationale ou les règles établies du droit international [. . .] [L]orsqu'une loi ne présente pas d'ambiguïté, il faut respecter ses dispositions, même si elles sont contraires au droit international . . . . [Je souligne.]

See also *Zingre*, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62, at para. 50. The presumption applies equally to customary international law and treaty obligations.

55 This Court has also looked to international law to assist it in interpreting the *Charter*. Whenever possible, it has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada's international obligations and the relevant principles of international law, on the other. For example, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056, Dickson C.J., writing for the majority, quoted the following passage from his dissenting reasons in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349:

> The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of the "full benefit of the *Charter*'s protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified.

Dickson C.J. then stated that Canada's international obligations should also inform the interpretation of pressing and substantial objectives under s. 1 of the *Charter*. (See also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503; *Suresh*; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.)

56 In interpreting the scope of application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction. In light of the foregoing principles — the direct application of international custom, territorial sovereignty and

Voir aussi les arrêts *Zingre*, p. 409-410, *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137, et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, par. 50. La présomption s'applique également au droit international coutumier et aux obligations issues de traités.

Notre Cour s'est également inspirée du droit international pour interpréter la *Charte*. Dans tous les cas possibles, elle a tenté d'assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d'une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d'autre part. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056, le juge en chef Dickson, auteur du jugement majoritaire, a cité les remarques suivantes tirées de ses motifs dissidents dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349 :

> Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression « bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

Le juge en chef Dickson a ajouté que les obligations internationales du Canada devaient aussi jouer un rôle dans la détermination de ce qu'est un objectif urgent et réel pour les besoins de l'article premier de la *Charte*. (Voir également *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503; *Suresh*; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.)

Lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international. À la lumière des principes examinés — application directe de la coutume internationale, souveraineté territoriale et non-intervention comme règles coutumières; courtoisie

non-intervention as customary rules, and comity and the presumption of conformity as tools of construction — I will now turn to the point that is directly in issue in this appeal: the interpretation of s. 32 of the *Charter* and the application of the *Charter* to searches and seizures outside Canada.

et présomption de conformité comme outils d'interprétation —, j'aborde maintenant la question que soulève précisément le présent pourvoi, celle de l'interprétation de l'art. 32 de la *Charte* et de l'application de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger.

E. *Constitutional Authority of Parliament to Make Laws With Extraterritorial Effects*

E. *Le pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter des lois de portée extraterritoriale*

(1) International Law Principles of Jurisdiction

(1) Principes de compétence en droit international

In order to resolve the question of extraterritorial application of the *Charter*, the international law principles of jurisdiction and Parliament's authority to make laws with extraterritorial effects must be examined. As has already been mentioned, jurisdiction is distinct from, but integral to, the principle of state sovereignty. The principles relating to jurisdiction arise from sovereign equality and the corollary duty of non-intervention. Broadly speaking, jurisdiction refers to a state's power to exercise authority over individuals, conduct and events, and to discharge public functions that affect them: Cassese, at p. 49.

57 Pour statuer sur l'application extraterritoriale de la *Charte*, il faut examiner les principes du droit international relatifs à la compétence et le pouvoir du Parlement d'adopter des dispositions de portée extraterritoriale. Nous l'avons vu, la compétence se différencie du principe de la souveraineté des États, tout en faisant partie intégrante. Les principes en matière de compétence découlent de l'égalité souveraine et de l'obligation corollaire de non-intervention. De façon générale, la compétence renvoie au pouvoir de l'État d'exercer son autorité et ses attributions publiques à l'égard de personnes, d'actes et d'événements : Cassese, p. 49.

Jurisdiction takes various forms, and the distinctions between them are germane to the issue raised in this appeal. Prescriptive jurisdiction (also called legislative or substantive jurisdiction) is the power to make rules, issue commands or grant authorizations that are binding upon persons and entities. The legislature exercises prescriptive jurisdiction in enacting legislation. Enforcement jurisdiction is the power to use coercive means to ensure that rules are followed, commands are executed or entitlements are upheld. As stated by S. Coughlan et al. in "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, at p. 32, "*enforcement* or *executive* jurisdiction refers to the state's ability to act in such a manner as to give effect to its laws (including the ability of police or other government actors to investigate a matter, which might be referred to as *investigative jurisdiction*)" (emphasis in original). Adjudicative jurisdiction is the power of a state's courts to resolve

58 La compétence revêt diverses formes, et les différences entre celles-ci importent en l'espèce. La compétence normative (aussi appelée compétence législative ou fondamentale) confère le pouvoir d'établir des règles, des prescriptions ou des droits opposables à des personnes, physiques ou morales. La législature qui adopte une loi exerce sa compétence législative. La compétence d'exécution permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles, prescriptions ou droits. Pour reprendre les propos de S. Coughlan et autres dans « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Juridiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, p. 32, [TRADUCTION] « la compétence *d'exécution* s'entend du pouvoir de l'État de prendre des mesures pour donner effet à ses lois (y compris le pouvoir de la police ou d'autres acteurs étatiques de faire enquête, qui pourrait être appelé *compétence d'enquête*) » (en italique dans l'original). La compétence juridictionnelle consiste dans le pouvoir des tribunaux d'un État de régler des

disputes or interpret the law through decisions that carry binding force. See Cassese, at p. 49; Brownlie, at p. 297.

59 International law — and in particular the overarching customary principle of sovereign equality — sets the limits of state jurisdiction, while domestic law determines how and to what extent a state will assert its jurisdiction within those limits. Under international law, states may assert jurisdiction in its various forms on several recognized grounds. The primary basis for jurisdiction is territoriality: *Libman*, at p. 183. It is as a result of its territorial sovereignty that a state has plenary authority to exercise prescriptive, enforcement and adjudicative jurisdiction over matters arising and people residing within its borders, and this authority is limited only by the dictates of customary and conventional international law. The principle of territoriality extends to two related bases for jurisdiction, the objective territorial principle and the subjective territorial principle. According to the objective territorial principle, a state may claim jurisdiction over a criminal act that commences or occurs outside the state if it is completed, or if a constituent element takes place, within the state, thus connecting the event to the territory of the state through a sufficiently strong link: Brownlie, at p. 299. See also *Libman*, at pp. 212-13. Subjective territoriality refers to the exercise of jurisdiction over an act that occurs or has begun within a state's territory even though it has consequences in another state.

60 Territoriality is not the only legitimate basis for jurisdiction, however. In *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20, the Permanent Court of International Justice noted:

> Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.

différends ou d'interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire. Voir Cassese, p. 49; Brownlie, p. 297.

Le droit international — et en particulier le principe coutumier primordial de l'égalité souveraine — délimite la compétence de l'État, tandis que le droit interne établit de quelle manière et dans quelle mesure l'État se prévaudra de sa compétence ainsi délimitée. Un État peut exercer l'une ou l'autre de ses compétences sur plusieurs fondements reconnus en droit international. La première assise de sa compétence est la territorialité : arrêt *Libman*, p. 183. La souveraineté territoriale investit l'État du pouvoir absolu d'exercer ses compétences normative, d'exécution et juridictionnelle dans les affaires prenant naissance sur son territoire et à l'égard des personnes qui résident à l'intérieur de ses frontières, sous la seule réserve du respect du droit international coutumier et conventionnel. Le principe de la territorialité se rattache à deux assises connexes de la compétence : la territorialité objective et la territorialité subjective. Suivant le principe de la territorialité objective, un État peut revendiquer sa compétence à l'égard d'un acte criminel qui débute ou se déroule à l'étranger, mais qui prend fin ou dont un élément constitutif se produit à l'intérieur de ses frontières, rattachant ainsi suffisamment l'événement à son territoire : Brownlie, p. 299. Voir également l'arrêt *Libman*, p. 212-213. La territorialité subjective s'entend de la compétence à l'égard d'un acte qui survient ou débute dans un État, mais dont les conséquences se produisent dans un autre.

La territorialité ne constitue pas la seule assise valable de la compétence. Dans l'*Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, p. 20, la Cour permanente de justice internationale a signalé :

> S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire; et cela d'après des systèmes qui changent d'État à État. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale.

Where a dispute is wholly contained within the territory of one state, jurisdiction is not an issue. However, disputes and events commonly have implications for more than one state, and competing claims for jurisdiction can arise on grounds other than territoriality, which are, of course, extraterritorial in nature. Of those bases for jurisdiction, the most common is the nationality principle. States may assert jurisdiction over acts occurring within the territory of a foreign state on the basis that their nationals are involved. For example, a state may seek to try and punish one of its nationals for a crime committed in another state. The nationality principle is not necessarily problematic as a justification for asserting prescriptive or adjudicative jurisdiction in order to attach domestic consequences to events that occurred abroad, but it does give rise to difficulties in respect of the extraterritorial exercise of enforcement jurisdiction. Under international law, a state may regulate and adjudicate regarding actions committed by its nationals in other countries, provided enforcement of the rules takes place when those nationals are within the state's own borders. When a state's nationals are physically located in the territory of another state, its authority over them is strictly limited. I will discuss this below.

Lorsqu'un différend ne déborde pas du territoire d'un État, la compétence ne soulève aucun doute. Toutefois, un différend ou un événement a le plus souvent des répercussions dans plusieurs États. La compétence peut alors être revendiquée sur un autre fondement que la territorialité (dont la nature est forcément extraterritoriale). L'assise invoquée le plus fréquemment est la nationalité. Un État peut se déclarer compétent à l'égard d'un acte commis à l'étranger au motif que certains de ses ressortissants y ont pris part. Il peut par exemple tenter de traduire en justice et de punir l'un de ses ressortissants pour un crime commis dans un autre État. Le principe de la nationalité peut certes justifier l'exercice de la compétence normative ou juridictionnelle pour soumettre à une sanction nationale un acte perpétré à l'étranger, mais sa justification de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution ne va pas sans soulever de difficultés. En droit international, un État peut réglementer et juger les actes de ses ressortissants à l'étranger à condition d'appliquer ses règles lorsque les ressortissants se trouvent à l'intérieur de ses frontières. Lorsque les ressortissants d'un État se trouvent à l'étranger, le pouvoir qu'il peut exercer à leur égard s'avère très restreint. J'y reviendrai.

There are other bases of extraterritorial jurisdiction that, although less widely recognized, are nonetheless cited from time to time as justifications for a state's assertion of jurisdiction. One example is the principle of universal jurisdiction, pursuant to which jurisdiction may be asserted over acts committed, in other countries, by foreigners against other foreigners. Assertions of universal jurisdiction are not based on any link of territoriality or nationality between the crime or the perpetrator and the state: L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (2003), at p. 5. For that reason, universal jurisdiction is confined to the most serious crimes and includes crimes under international law. Any state that obtains custody of accused persons may try and punish those who have committed crimes under international law: Brownlie, at p. 303.

61

D'autres assises de la compétence extraterritoriale — moins largement reconnues — sont invoquées à l'occasion pour justifier la compétence d'un État. L'une d'elles est le principe de la compétence universelle suivant lequel un État peut revendiquer la compétence à l'égard d'actes commis dans un autre État par des étrangers à l'encontre d'autres étrangers. La revendication de la compétence universelle ne s'appuie pas sur un lien territorial ou national entre le crime ou son auteur et l'État : L. Reydams, *Universal Jurisdiction : International and Municipal Legal Perspectives* (2003), p. 5. C'est pourquoi cette compétence ne vise que les actes criminels les plus graves, y compris les crimes ressortissant au droit international. Tout État qui détient une personne accusée d'un crime en droit international peut la traduire en justice et lui infliger une peine : Brownlie, p. 303.

62 The interplay between the various forms and bases of jurisdiction is central to the issue of whether an extraterritorial exercise of jurisdiction is permissible. At the outset, it must be borne in mind, first, that the exercise of jurisdiction by one state cannot infringe on the sovereignty of other states and, second, that states may have valid concurrent claims to jurisdiction. Even if a state can legally exercise extraterritorial jurisdiction, whether the exercise of such jurisdiction is proper and desirable is another question: Coughlan et al., at p. 31. Where two or more states have a legal claim to jurisdiction, comity dictates that a state ought to assume jurisdiction only if it has a real and substantial link to the event. As La Forest J. noted in *Libman*, at p. 213, what constitutes a "real and substantial link" justifying jurisdiction may be "coterminous with the requirements of international comity".

63 In the classic example, Parliament might pass legislation making it a criminal offence for Canadian nationals to smoke in the streets of Paris, thereby exercising extraterritorial prescriptive jurisdiction on the basis of nationality. If France chooses to contest this, it may have a legitimate claim of interference with its territorial sovereignty, since Canada's link to smoking on the Champs-Élysées is less real and substantial than that of France. France's territorial jurisdiction collides with Canada's concurrent claim of nationality jurisdiction. The mere presence of the prohibition in the *Criminal Code* of Canada might be relatively benign from France's perspective. However, France's outrage might be greater if Canadian courts tried a Canadian national in Canada for violating the prohibition while on vacation in Paris. It would be greater still if Canadian police officers marched into Paris and began arresting Canadian smokers or if Canadian judges established a court in Paris to try offenders.

64 This example demonstrates the nuances of extraterritorial jurisdiction. It is not uncommon for states to pass legislation with extraterritorial effects or, in other words, to exercise

L'interaction entre formes et assises se situe au cœur de la question de l'exercice extraterritorial de la compétence. Il faut se rappeler, premièrement, qu'un État ne saurait exercer sa compétence en portant atteinte à la souveraineté d'un autre État et, deuxièmement, que plusieurs États peuvent légitimement faire valoir leur compétence. Un État peut avoir le pouvoir légal d'exercer sa compétence au-delà de ses frontières, mais reste à savoir si cet exercice est opportun et souhaitable : Coughlan et autres, p. 31. Lorsque deux États ou plus peuvent à bon droit faire valoir leur compétence, la courtoisie commande que seul celui avec lequel l'événement a un lien réel et important exerce sa compétence. Comme l'a reconnu le juge La Forest dans l'arrêt *Libman*, ce qui constitue un « lien réel et important » fondant la compétence peut « coïncider avec les exigences de la courtoisie internationale » (p. 213).

Suivant un exemple classique, le Parlement pourrait adopter au Canada une loi déclarant que tout ressortissant canadien fumant dans une rue de Paris commet un acte criminel, exerçant ainsi sa compétence normative extraterritoriale sur le fondement de la nationalité. La France pourrait prétendre à juste titre qu'il s'agit d'une atteinte à sa souveraineté territoriale parce que le lien du Canada avec le fait de fumer dans l'avenue des Champs-Élysées est moins important et tangible que le sien. La compétence territoriale de la France se heurterait à celle, fondée sur la nationalité, que ferait valoir le Canada. La simple interdiction prévue dans le *Code criminel* du Canada pourrait être jugée relativement inoffensive par la France. Cependant, l'indignation de cette dernière pourrait s'accroître si un ressortissant du Canada était traduit devant une cour de justice canadienne pour avoir passé outre à l'interdiction lors d'un séjour à Paris. Elle grandirait encore davantage si des policiers canadiens arpentaient les rues de Paris pour y arrêter les contrevenants canadiens ou si un tribunal constitué de magistrats canadiens y jugeait ces derniers.

Cet exemple illustre les subtilités de la compétence extraterritoriale. Il n'est pas rare qu'un État adopte une loi ayant une portée extraterritoriale et qu'il exerce, en d'autres termes, sa compétence

extraterritorial prescriptive jurisdiction. This is usually done only where a real and substantial link with the state is evident. Similarly, comity is not necessarily offended where a state's courts assume jurisdiction over a dispute that occurred abroad (extraterritorial adjudicative jurisdiction), provided that the enforcement measures are carried out within the state's own territory. The most contentious claims for jurisdiction are those involving extraterritorial *enforcement* of a state's laws, even where they are being enforced only against the state's own nationals, but in another country. The fact that a state has exercised extraterritorial prescriptive jurisdiction by enacting legislation in respect of a foreign event is necessary, but not in itself sufficient, to justify the state's exercise of enforcement jurisdiction outside its borders: F. A. Mann, "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years", in W. M. Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law* (1999), 139, at p. 154.

The Permanent Court of International Justice stated in the *Lotus* case, at pp. 18-19, that jurisdiction "cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention". See also *Cook*, at para. 131. According to the decision in the *Lotus* case, extraterritorial jurisdiction is governed by international law rather than being at the absolute discretion of individual states. While extraterritorial jurisdiction — prescriptive, enforcement or adjudicative — exists under international law, it is subject to strict limits under international law that are based on sovereign equality, non-intervention and the territoriality principle. According to the principle of non-intervention, states must refrain from exercising extraterritorial enforcement jurisdiction over matters in respect of which another state has, by virtue of territorial sovereignty, the authority to decide freely and autonomously (see the opinion of the International Court of Justice in the *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, at p. 108). Consequently, it is a well-established principle that a state cannot act to enforce its laws within the territory of another state absent either the consent of the other state or, in exceptional

normative extraterritoriale. Cela ne se produit habituellement que lorsque le lien important et réel avec l'État se révèle évident. De même, l'exercice par un État de sa compétence à l'égard d'un différend survenu à l'étranger ne portera pas nécessairement atteinte à la courtoisie (compétence juridictionnelle extraterritoriale), pour autant que les mesures d'application se prennent à l'intérieur de ses propres frontières. Les conflits les plus aigus portent la plupart du temps sur la *mise en application* extraterritoriale des lois d'un État, même lorsque seuls des ressortissants de cet État sont visés. L'exercice de la compétence normative extraterritoriale par l'adoption de dispositions visant un événement à l'étranger est nécessaire mais non suffisant pour justifier l'exercice de la compétence d'exécution à l'étranger : F. A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », dans W. M. Reisman, dir., *Jurisdiction in International Law* (1999), 139, p. 154.

65 Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de justice internationale a conclu que la compétence « ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention » (p. 18-19) (voir aussi l'arrêt *Cook*, par. 131). Cette décision confirme que la compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève donc pas de la seule volonté des États individuels. S'il est vrai que le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale — normative, d'exécution ou juridictionnelle —, il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité. Le principe de non-intervention veut qu'un État s'abstienne d'invoquer sa compétence d'exécution extraterritoriale dans un domaine où, suivant le principe de la souveraineté territoriale, l'autre État peut exercer son pouvoir décisionnel en toute liberté et autonomie (voir l'avis de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, p. 108). Par conséquent, il est bien établi qu'un État peut faire appliquer ses lois à l'étranger seulement s'il obtient le consentement de l'État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l'y autorise

cases, some other basis under international law. See Brownlie, at p. 306; *Oppenheim's International Law*, at p. 463. This principle of consent is central to assertions of extraterritorial enforcement jurisdiction.

(2) Extraterritoriality in Canadian Law

66 This Court recognized the foregoing principles in *Terry*. At para. 15, McLachlin J. wrote the following on behalf of the Court:

> The principle that a state's law applies only within its boundaries is not absolute: *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20. States may invoke a jurisdiction to prescribe offences committed elsewhere to deal with special problems, such as those provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to offences on aircraft (s. 7(1), (2)) and war crimes and other crimes against humanity (s. 7(3.71)). A state may likewise formally consent to permit Canada and other states to enforce their laws within its territory for limited purposes.

The *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4, s. 3, conferred on Canada the authority to make laws having extraterritorial operation and Canada has enacted legislation with extraterritorial effects on several occasions. Some examples can be found in criminal legislation, including the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, which addresses crimes of universal jurisdiction. Section 6(1) of that statute provides that every person who commits genocide, a crime against humanity or a war crime outside Canada is guilty of an indictable offence. Pursuant to s. 8, such a person may be prosecuted in Canada: (a) if at the time of the offence the person was a Canadian citizen or a citizen of a state engaged in armed conflict against Canada, or the victim was a Canadian citizen or a citizen of a state allied with Canada in an armed conflict; or (b) if, after the time of the offence was committed, the person is present in Canada. These provisions exemplify valid extraterritorial prescriptive jurisdiction, and any trial for such offences would constitute a legitimate exercise of extraterritorial adjudicative jurisdiction.

par ailleurs. Voir Brownlie, p. 306; *Oppenheim's International Law*, p. 463. Le principe du consentement se révèle fondamental pour toute revendication de la compétence d'exécution extraterritoriale.

(2) L'extraterritorialité en droit canadien

Notre Cour, par la voix de la juge McLachlin, a reconnu ces principes dans l'arrêt *Terry* (par. 15) :

> Le principe voulant que les lois d'un État ne s'appliquent qu'à l'intérieur de ses frontières n'est pas absolu : *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, à la p. 20. Les États peuvent invoquer une compétence pour prescrire des infractions commises ailleurs, afin de s'attaquer à des problèmes particuliers, comme c'est le cas, par exemple, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, touchant les infractions commises à bord d'un aéronef (par. 7(1) et (2)) et celles concernant les crimes de guerre et autres crimes commis contre l'humanité (par. 7(3.71)). Un État peut, de la même manière, permettre formellement au Canada et à d'autres États de faire appliquer leurs lois sur son territoire à des fins limitées.

L'article 3 du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4, conférait au Canada le pouvoir d'adopter des lois de portée extraterritoriale. Ce pouvoir a été exercé à plusieurs occasions, notamment en matière pénale. Par exemple, le par. 6(1) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, qui porte sur les crimes de compétence universelle, prévoit que quiconque commet à l'étranger un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est coupable d'un acte criminel. Suivant son art. 8, l'auteur de l'infraction peut être poursuivi au Canada si, a) à l'époque, il était lui-même citoyen canadien ou citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada, ou si la victime était citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé ou si, b) après la commission de l'infraction, l'auteur se trouve au Canada. Ces dispositions illustrent des cas d'exercice d'une véritable compétence normative extraterritoriale, et toute poursuite intentée sur leur fondement constituerait un exercice légitime de la compétence juridictionnelle extraterritoriale.

But, importantly, they do not authorize Canada to enforce the prohibitions in a foreign state's territory by arresting the offenders there. Section 7 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, contains a number of provisions that deem certain acts — including attacks on internationally protected persons or U.N. personnel, torture or hostage taking — to have been committed in Canada even though they took place in other countries. Although committed outside Canada, such an act will be deemed to have been committed in Canada if, *inter alia*, the person who committed it is a Canadian citizen or normally resides in Canada, it was committed on an aircraft registered in Canada or it was committed against a Canadian citizen.

Il importe cependant de préciser qu'elles n'autorisent nullement le Canada à faire respecter ces prohibitions pénales en territoire étranger et à y arrêter les contrevenants. Par ailleurs, l'art. 7 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dispose que certains actes commis à l'étranger — dont l'attaque contre une personne jouissant de la protection internationale ou un membre du personnel de l'ONU, la torture et l'enlèvement — sont réputés avoir été commis au Canada. Même s'il est commis à l'étranger, l'acte est réputé l'avoir été au Canada, notamment lorsqu'il est perpétré à bord d'un aéronef immatriculé au Canada ou contre un citoyen canadien ou que son auteur est citoyen canadien ou réside habituellement au Canada.

On the other hand, it is recognized that there are limits to the extraterritorial application of Canadian law. Section 6(2) of the *Criminal Code* provides: "Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 730 of an offence committed outside Canada." As a general rule, then, Canadian criminal legislation is territorial unless specifically declared to be otherwise. Further, as noted by McLachlin J. in *Terry*, at para. 18, bilateral treaties negotiated pursuant to the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), provide that the actions requested of the assisting state are governed by that state's own laws, not by the laws of the requesting state.

67 Les limites de l'application extraterritoriale du droit canadien demeurent par ailleurs reconnues. Le paragraphe 6(2) du *Code criminel* prévoit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de celle-ci. » En règle générale, les dispositions pénales canadiennes ont donc une portée territoriale, sauf disposition expresse contraire. De plus, comme l'a fait remarquer la juge McLachlin dans l'arrêt *Terry*, les traités bilatéraux d'entraide juridique négociés sous le régime de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^{e} suppl.), prévoient que les mesures sollicitées auprès de l'État qui prête assistance doivent être prises conformément aux lois de celui-ci, et non à celles de l'État requérant (par. 18).

Parliament has clear constitutional authority to pass legislation governing conduct by non-Canadians outside Canada. Its ability to pass extraterritorial legislation is informed by the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations, and by the limits of international law to the extent that they are not incompatible with domestic law. By virtue of parliamentary sovereignty, it is open to Parliament to enact legislation that is inconsistent with those principles, but in so doing it would violate international law and offend the comity of nations. However, in light

68 La Constitution autorise clairement le Parlement à adopter des lois régissant la conduite de non-Canadiens à l'étranger. Les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, la courtoisie entre les nations et les règles du droit international qui sont compatibles avec le droit interne éclairent l'application de ce pouvoir. Le principe de la souveraineté du Parlement lui permet indéniablement d'adopter des lois contraires à ces principes mais s'il le fait, il contrevient au droit international et manque à la courtoisie entre les nations. Il ressort toutefois de l'analyse qui précède des principes de compétence

of the foregoing discussion of the jurisdictional principles of customary international law, the prohibition on interference with the sovereignty and domestic affairs of other states, and this Court's jurisprudence, Canadian law can be *enforced* in another country only with the consent of the host state.

69 As the supreme law of Canada, the *Charter* is subject to the same jurisdictional limits as the country's other laws or rules. Simply put, Canadian law, whether statutory or constitutional, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion, which is consistent with the principles of international law, is also dictated by the words of the *Charter* itself. The *Charter*'s territorial limitations are provided for in s. 32, which states that the *Charter* applies only to matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures. In the absence of consent, Canada cannot exercise its enforcement jurisdiction over a matter situated outside Canadian territory. Since effect cannot be given to Canadian law in the circumstances, the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures.

F. *External Reach of the Charter*

70 In light of the context and interpretive assistance set out in the foregoing discussion, I will now turn to the specific issue raised in this appeal — the application of the *Charter* to investigations conducted by Canadian officers outside Canada.

(1) Review of the Supreme Court of Canada Jurisprudence: *Harrer, Terry, Cook* and *Schreiber*

71 This Court has already considered the question of extraterritorial application of the *Charter* to evidence gathering abroad in a series of cases, beginning with *Harrer*. The accused in *Harrer* was questioned by United States marshals about possible criminal involvement in her boyfriend's escape from custody in Canada. The accused was tried in Canada on the basis of statements she had made to the marshals. During the interrogation, she had

en droit international coutumier, de l'interdiction de porter atteinte à la souveraineté d'un autre État et de s'immiscer dans ses affaires intérieures, ainsi que de la jurisprudence de notre Cour, que le Canada ne peut *mettre à exécution* ses règles de droit à l'étranger qu'avec le consentement de l'État d'accueil.

En tant que loi suprême du Canada, la *Charte* demeure sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs ou réglementaires du pays. Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*, dont l'art. 32 précise qu'elle ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. S'il n'obtient pas le consentement de l'autre État, le Canada ne peut exercer sa compétence d'exécution lorsque l'objet de cette dernière se trouve sur le territoire de cet autre État. Comme il ne peut alors être donné effet au droit canadien, le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales.

F. *La portée extraterritoriale de la Charte*

Vu le contexte et les outils d'interprétation qu'offre l'analyse qui précède, j'aborde maintenant la question précise que soulève le présent pourvoi, soit l'application de la *Charte* aux enquêtes de policiers canadiens à l'étranger.

(1) La jurisprudence de notre Cour : les arrêts *Harrer, Terry, Cook* et *Schreiber*

Dans une série d'arrêts, notre Cour a déjà examiné la question de l'application extraterritoriale de la *Charte* à la collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Dans le premier arrêt — *Harrer* —, l'accusée avait été interrogée par des agents de la police fédérale des États-Unis au sujet de son implication possible dans l'évasion de son petit ami détenu au Canada. Elle avait ensuite été jugée au Canada sur la foi des déclarations qu'elle avait faites auparavant

not been given a second right-to-counsel warning, which would have been required by the *Charter* but not by U.S. law. At trial, the Crown sought to introduce statements that the accused had made to the marshals. The trial judge excluded the statement made after the second warning ought to have been given and this Court held that she erred in doing so. La Forest J. noted that pursuant to s. 32(1), the application of the *Charter* is confined to the governments of Canada, the provinces and the territories. The U.S. marshals were not acting on behalf of those bodies, and the *Charter* consequently had no direct application to the interrogation. He wrote, at para. 15:

> [I]t is obvious that Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings undertaken by other states in their own territories. And I see no reason why evidence obtained in other countries in a manner that does not conform to our procedures should be rejected if, in the particular context, its admission would not make the trial unfair. For us to insist that foreign authorities have followed our internal procedures in obtaining evidence as a condition of its admission in evidence in Canada would frustrate the necessary cooperation between the police and prosecutorial authorities among the various states of the world.

McLachlin J., in concurring reasons, agreed that pursuant to s. 32, the *Charter* does not apply to foreign authorities. Both La Forest J. and McLachlin J. mentioned that evidence obtained abroad can be excluded from a trial in Canada if its admission would jeopardize trial fairness. I will return to this point.

The next case in the series was *Terry*, which also involved interrogation by U.S. authorities of an accused who was later tried in Canada. The accused was arrested in the U.S. on an extradition warrant. Canadian police asked the U.S. authorities to advise him of his American rights. Although the U.S. police gave the "*Miranda* warning" required under American law, the accused was not advised forthwith upon his detention of

aux policiers américains. Lors de son interrogatoire, elle n'avait pas été informée une deuxième fois de son droit à l'assistance d'un avocat comme l'exigeait la *Charte* mais non le droit américain. Au procès, le ministère public avait tenté de mettre en preuve les déclarations de l'accusée recueillies par les policiers américains. La juge du procès avait écarté — à tort, selon notre Cour — celle faite après le moment où la seconde mise en garde aurait dû intervenir. Le juge La Forest a souligné que suivant le par. 32(1), seuls les gouvernements du Canada, des provinces et des territoires étaient assujettis à la *Charte*. Les policiers américains n'ayant pas agi pour ces gouvernements, la *Charte* ne s'appliquait pas directement à l'interrogatoire. Il écrit au par. 15 :

> [I]l est évident que le Canada ne peut pas imposer l'application de ses exigences procédurales, aux procédures engagées par d'autres États sur leur propre territoire. De plus, je ne vois aucune raison d'écarter des éléments de preuve qui sont recueillis dans d'autres pays, d'une manière non conforme à nos procédures si, dans le contexte de l'affaire en question, leur admission ne rendrait pas le procès inéquitable. Si nous insistions pour que les autorités étrangères suivent nos procédures internes relativement à l'obtention de la preuve et faisions du respect de ces procédures une condition de l'admissibilité au Canada de la preuve ainsi recueillie, cela ferait obstacle à la coopération qui doit exister entre les services policiers et organismes chargés des poursuites des différents pays du monde.

Dans ses motifs concordants, la juge McLachlin a convenu que l'art. 32 écartait l'application de la *Charte* aux autorités étrangères. Le juge La Forest et elle ont indiqué que les éléments de preuve obtenus à l'étranger peuvent être écartés lorsque leur admission compromettrait l'équité du procès instruit au Canada. J'y reviendrai.

72 L'arrêt *Terry*, le deuxième de la série, porte lui aussi sur un accusé d'abord interrogé par des policiers américains puis traduit en justice au Canada. L'accusé avait été arrêté aux États-Unis en vertu d'un mandat d'extradition. La police canadienne avait demandé aux autorités américaines d'informer l'accusé des droits qui lui étaient reconnus aux États-Unis. Les policiers américains avaient eu recours à la « mise en garde *Miranda* » prévue

his right to counsel as required by the *Charter*. He made a statement to the U.S. police, and it was admitted at trial in Canada. The accused was convicted of second degree murder. McLachlin J., writing for the Court, found that the statement was admissible and upheld the conviction. She noted that despite the co-operation between Canadian and U.S. police, the latter could not be governed by the requirements of Canadian law. *Charter* standards cannot be imposed on U.S. authorities operating in their jurisdiction as that would undermine the principles of state sovereignty and international comity. In a passage that is particularly relevant to the facts of the case at bar, McLachlin J. wrote, at para. 19:

> Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state's sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken . . . .

McLachlin J. reaffirmed the position taken in *Harrer* that evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial if it was gathered in a way that would undermine trial fairness as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter* or that violates the principles of fundamental justice.

73 The issue of extraterritorial application of the *Charter* arose once more in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841. Mr. Schreiber, a Canadian citizen, had an interest in Swiss bank accounts. The federal Department of Justice sent a request to Swiss authorities seeking assistance in a Canadian criminal investigation. Switzerland accepted the request and ordered the seizure of documents and records relating to Mr.

en droit américain, mais l'accusé n'avait pas été informé, dès sa mise sous garde, de son droit à l'assistance d'un avocat comme l'exigeait la *Charte*. La déclaration obtenue par les policiers américains avait été admise en preuve lors du procès au Canada. L'accusé avait été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Au nom de notre Cour, la juge McLachlin a conclu à l'admissibilité de la déclaration et a confirmé la déclaration de culpabilité. Elle a fait observer que malgré la collaboration entre les services de police canadiens et américains, les seconds ne pouvaient être assujettis aux exigences du droit canadien. Les normes établies par la *Charte* ne pouvaient être imposées aux autorités américaines dans leur ressort, car cela aurait porté atteinte au principe de souveraineté des États et dérogerait à la courtoisie internationale. L'extrait suivant de ses motifs se révèle particulièrement pertinent en l'espèce (par. 19) :

> La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d'un policier ou d'un organisme étranger d'aider la police canadienne ne peut diminuer l'exclusivité de la souveraineté d'un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l'ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l'activité en question se déroule . . .

La juge McLachlin a confirmé l'opinion exprimée par notre Cour dans l'arrêt *Harrer* selon lequel un élément de preuve recueilli à l'étranger peut être écarté lorsque son mode d'obtention compromet l'équité du procès garantie à l'al. 11*d*) de la *Charte* ou viole les principes de justice fondamentale.

La question de l'application extraterritoriale de la *Charte* s'est posée de nouveau dans l'affaire *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841. Citoyen canadien, M. Schreiber était titulaire de comptes bancaires en Suisse. Le ministère fédéral de la Justice avait sollicité l'assistance des autorités suisses dans le cadre d'une enquête criminelle canadienne. La Suisse avait accepté de prêter son concours, et la saisie de documents et

Schreiber's accounts. Prior to the request, no search warrant or other judicial authorization had been issued in Canada. The question before this Court was whether Canadian standards for the issuance of a search warrant had to be complied with before the request was made. The majority answered the question in the negative.

L'Heureux-Dubé J. wrote the majority decision. She concluded that the sending of a letter of request to a foreign state does not attract scrutiny under s. 8 of the *Charter*. Section 32 limits the application of the *Charter* to actions taken by Parliament, the government of Canada, a provincial legislature or a provincial government. As the sending of the letter of request was the only action authorized and undertaken by the government, it was the only one that could be assessed for *Charter* compliance. The sending of the letter did not engage s. 8 of the *Charter*, and "[a]ll of those actions which rely on state compulsion in order to interfere with the respondent's privacy interests were undertaken in Switzerland by Swiss authorities. Neither the actions of the Swiss authorities, nor the laws which authorized their actions, are subject to *Charter* scrutiny" (para. 31).

Lamer C.J., in separate concurring reasons, found that the *Charter* applied to the actions of the Canadian officials who had prepared and sent the letter of request. He considered whether the searches and seizures carried out in Switzerland were consistent with s. 8 of the *Charter* but found that there had been no violation, because Mr. Schreiber had not had a reasonable expectation of privacy. He reasoned as follows, at paras. 22-23:

> Of critical importance to this case is the fact that the records were located in Switzerland, and obtained in a manner consistent with Swiss law.
>
> . . . a Canadian residing in a foreign country should expect his or her privacy to be governed by the laws of that country and, as such, a reasonable expectation of privacy will generally correspond to the degree of protection those laws provide. This, if anything, is more true for the person who decides to conduct financial affairs and keep records in a foreign state. It may be

de dossiers relatifs aux comptes de M. Schreiber avait été ordonnée. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'avait été obtenu au Canada avant la demande. Notre Cour devait alors décider si les conditions d'obtention d'un mandat de perquisition au Canada auraient dû être remplies au préalable. Les juges majoritaires ont répondu par la négative.

74 Auteure de la décision majoritaire, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que l'envoi d'une lettre de demande à un État étranger n'était pas assujetti aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*, l'art. 32 limitant l'application de la *Charte* aux mesures prises par le Parlement, le gouvernement du Canada, une législature provinciale ou le gouvernement d'une province. La seule mesure autorisée et prise par le gouvernement et, de ce fait, susceptible d'un examen fondé sur la *Charte*, était l'envoi de la lettre de demande. Cette mesure ne faisait pas entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*, et « [t]outes les mesures de contrainte étatique portant atteinte à la vie privée de l'intimé ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays. Ni les actions des autorités suisses ni les lois autorisant ces actions ne sont susceptibles d'examen en vertu de la *Charte* » (par. 31).

75 Dans ses motifs concordants, le juge en chef Lamer a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actes des fonctionnaires canadiens qui avaient rédigé et envoyé la lettre de demande. Au sujet de la conformité à l'art. 8 de la *Charte* des fouilles, des perquisitions et des saisies effectuées en Suisse, il a conclu qu'aucune violation n'était survenue en raison de l'absence d'attente raisonnable de M. Schreiber en matière de vie privée. Il a alors exposé le raisonnement suivant (par. 22-23) :

> Le fait que les documents se trouvaient en Suisse et qu'ils ont été obtenus d'une manière conforme au droit suisse est d'une importance cruciale en l'espèce.
>
> . . . un Canadien résidant dans un pays étranger doit s'attendre à ce que sa vie privée soit régie par les lois de ce pays, et, de ce fait, son attente raisonnable en matière de vie privée correspondra généralement au degré de protection offert par ces lois. D'ailleurs, cela est encore plus vrai dans le cas des personnes qui décident de mener des affaires financières dans un État

fairly assumed that such a person has made an informed choice about where to conduct business, and thereby to create corresponding records, particularly banking records.

étranger et d'y conserver des documents. Il est à juste titre permis de supposer qu'une telle personne a choisi de façon éclairée l'endroit où elle fait des affaires et où, en conséquence, elle crée des documents afférents à ses activités, en particulier des documents bancaires.

76 Iacobucci J., in dissent, found that Mr. Schreiber had had a reasonable expectation of privacy regarding the accounts and stated, in respect of the actions of the Canadian authorities in requesting the search and seizure, that "s. 8 consequently applies in full force with all of its attendant guarantees and preventative measures" (para. 48).

Dans ses motifs dissidents, le juge Iacobucci a conclu que M. Schreiber avait conservé à l'égard de ses comptes une attente raisonnable en matière de vie privée et qu'« en conséquence, l'art. 8 s'applique avec toute sa vigueur et avec toute sa panoplie de garanties et mesures préventives » aux mesures prises par les autorités canadiennes pour obtenir la fouille, la perquisition et la saisie (par. 48).

77 This Court's most recent decision on the issue of extraterritorial *Charter* application was *Cook*. The accused in that case was an American arrested in the U.S. by U.S. authorities on a warrant issued in connection with a Canadian extradition request. While he was detained in the U.S., Vancouver police officers interrogated the accused. He was not properly advised of his right to counsel as required by s. 10(*b*) of the *Charter*. At his trial in Canada, a statement he had made to the Canadian officers was admitted for the limited purpose of impeaching his credibility on cross-examination. A majority of this Court held that the *Charter* applied to the actions of the Canadian detectives and that there had been a violation of s. 10(*b*). The evidence should have been excluded under s. 24(2). A new trial was ordered.

L'arrêt *Cook* est le plus récent en matière d'application extraterritoriale de la *Charte*. Dans cette affaire, l'accusé, un Américain, avait été arrêté aux États-Unis par les autorités de ce pays en vertu d'un mandat décerné par suite de la demande d'extradition des autorités canadiennes. Pendant sa détention aux États-Unis, des policiers de Vancouver l'avaient interrogé sans l'informer convenablement au préalable de son droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*) de la *Charte*. Lors de son procès au Canada, l'une de ses déclarations avait été admise en preuve dans le seul but de miner sa crédibilité en contre-interrogatoire. Les juges majoritaires de notre Cour ont statué que la *Charte* s'appliquait aux actes des détectives canadiens, de sorte qu'il y avait eu violation de l'al. 10*b*). La preuve aurait dû être écartée en application du par. 24(2). En conséquence, un nouveau procès a été ordonné.

78 Cory and Iacobucci JJ. wrote the majority decision. They noted that the circumstances in which the *Charter* may apply to actions taken outside Canada will be rare. At para. 25, they suggested the following two factors to assist in identifying those circumstances: "(1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* to the actions of the Canadian detectives in the United States does not . . . interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect". On the facts of the case, they found no interference with the sovereign authority of the U.S.

Auteurs de la décision majoritaire, les juges Cory et Iacobucci ont estimé que la *Charte* ne pouvait s'appliquer que rarement à un acte accompli à l'étranger. Ils ont proposé deux critères pour identifier ces cas (par. 25) : « premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas [. . .] une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable ». Au vu des faits, ils ont conclu à l'absence d'atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis.

The majority considered jurisdiction under international law. Cory and Iacobucci JJ. noted, at para. 26, that sovereign equality "generally prohibits extraterritorial application of domestic law since, in most instances, the exercise of jurisdiction beyond a state's territorial limits would constitute an interference under international law with the exclusive territorial jurisdiction of another state". However, the nationality of the person subject to the domestic law may also be invoked as a valid basis for jurisdiction, and nationality jurisdiction may operate concurrently with the territorial jurisdiction of the foreign state. The majority affirmed that the *Charter* cannot apply to the actions of foreign authorities but distinguished the facts of the case before them from those in *Harrer* and *Terry* on the basis that the interrogation had been conducted by Canadian officers rather than by foreign authorities. Since the officers who questioned the accused were Canadian nationals, s. 32(1) extended the application of the *Charter* to their actions abroad pursuant to the nationality principle, provided there was no interference with the sovereign authority of the U.S. The majority concluded as follows, at para. 48: "[T]he *Charter* applies on foreign territory in circumstances where the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of the state law enforcement authorities engaged in governmental action, and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state." The majority took care to confine its holding to the facts before it, expressly acknowledging at para. 54 that the case might be different where "Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures".

79 Les juges majoritaires ont analysé la question de la compétence au regard du droit international. À leur avis, l'égalité souveraine « interdit généralement l'application extraterritoriale de la loi nationale puisque, dans la plupart des cas, l'exercice par un État de sa compétence au-delà de ses frontières constituerait, suivant le droit international, une ingérence dans la compétence territoriale exclusive d'un autre État » (par. 26). La nationalité de la personne soumise au droit interne peut cependant être invoquée comme assise valable de la compétence, concurremment avec la territorialité par l'État étranger. Les juges majoritaires ont estimé que la *Charte* ne pouvait s'appliquer aux actes des autorités étrangères, mais ils ont distingué les faits de l'espèce de ceux des affaires *Harrer* et *Terry* parce que l'interrogatoire avait été mené par des policiers canadiens, et non par des autorités étrangères. Comme les policiers étaient des ressortissants canadiens, le par. 32(1) rendait la *Charte* applicable à leurs actes à l'étranger, leur nationalité fondant la compétence du Canada, à condition qu'il n'y ait pas d'atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis. Ils ont conclu que « la *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger » (par. 48). Ils ont néanmoins précisé que leur conclusion ne valait que pour les faits de l'espèce, reconnaissant expressément que l'issue aurait été différente si « les autorités canadiennes [avaient] particip[é], à l'étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères » (par. 54).

Bastarache J. wrote concurring reasons in which he reached the same result by means of a different analysis. To begin, he found that the wording of s. 32(1) applies to the actions of Canadian police officers, since the police are constituted as part of the government and act under statutory authority. That statutory authority to exercise coercion will come into conflict with the jurisdiction of a foreign state when Canadian officers travel into the territory of

80 Dans ses motifs concordants, le juge Bastarache est arrivé au même résultat, mais à l'issue d'une analyse différente. Il a d'abord conclu que le libellé du par. 32(1) soumettait à la *Charte* les actes des policiers canadiens, la police appartenant à l'appareil gouvernemental et exerçant ses pouvoirs en vertu de la loi. Lorsqu'un policier canadien se rend dans un autre pays, le pouvoir de contrainte que lui confère la loi entre en conflit avec la compétence

that state; however, s. 32(1) continues to apply to the Canadian officers regardless of whether they exercise governmental powers of coercion. At para. 126, Bastarache J. stated that where an investigation abroad involves co-operation between Canadian officials and foreign officials, "the key issue . . . is determining who was in control of the specific feature of the investigation which is alleged to constitute the *Charter* breach". If the foreign authority was in control of the circumstances leading to the *Charter* breach in obtaining the evidence, the activities in question are not subject to the *Charter*. If the Canadian authorities were primarily responsible for the breach, the *Charter* will apply to them and to the evidence. Bastarache J. considered principles of jurisdiction under international law, including territoriality, the objective territorial principle and the importance of a real and substantial link where competing claims of jurisdiction are made. He determined that, in the circumstances of that case, there was a real and substantial connection between the criminal prosecution in Canada and the investigation outside Canada in which Canadian officers had taken part. He then discussed whether the application of the *Charter* would interfere with the jurisdictional integrity of the foreign state. At para. 143, he reasoned as follows:

> [T]he nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Thus, if there is a rule of investigation in the foreign jurisdiction that directly contradicts a *Charter* provision, there is still no conflict. The reason for this is that the *Charter* does not impose any obligation to investigate; it simply requires that if an investigation is made by the officer, it must be conducted in accordance with certain conditions. It follows from this, moreover, that the application of the *Charter* to the Canadian official has no impact on the foreign legal system. At worst, the Canadian official may be obliged to cease taking a directing or primary role in the investigation in order to comply with the *Charter*.

81 L'Heureux-Dubé J. dissented in *Cook*, and McLachlin J. concurred in her reasons. According to L'Heureux-Dubé J.'s approach, before considering whether a case involves state action that may have infringed a *Charter* right, it must be asked whether the person claiming the *Charter* right in

de l'État étranger; il demeure cependant toujours soumis à la *Charte*, qu'il exerce ou non le pouvoir de contrainte de l'État. Il a ajouté que lorsqu'il y a collaboration entre fonctionnaires canadiens et étrangers pour les besoins d'une enquête à l'étranger, « ce qui est essentiel [. . .] c'est de déterminer qui dirigeait l'aspect de l'enquête qui est présumé avoir porté atteinte à la *Charte* » (par. 126). Lorsque l'autorité étrangère est à l'origine de l'atteinte entachant l'obtention de la preuve, la *Charte* ne s'applique pas. Lorsque l'atteinte leur est principalement imputable, les autorités canadiennes sont soumises à la *Charte*, de même que la preuve qu'elles ont recueillie. Le juge Bastarache a alors examiné les critères de compétence en droit international, dont la territorialité, le principe de la territorialité objective et l'importance d'un lien réel et important en présence de revendications concurrentes de compétence. Suivant son analyse, les circonstances de l'espèce faisaient ressortir un lien réel et important entre la poursuite criminelle au Canada et l'enquête à l'étranger à laquelle avaient participé les policiers canadiens. Il a ensuite examiné la question de savoir si l'application de la *Charte* empiétait sur la compétence de l'État étranger. Son raisonnement a été le suivant (par. 143) :

> [L]es droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d'enquête expressément prévues. Donc, si une règle d'enquête en vigueur dans l'État étranger va directement à l'encontre d'une disposition de la *Charte*, il n'y a toujours pas de conflit parce que la *Charte* ne rend aucune enquête obligatoire; elle prévoit simplement que s'il y a enquête, celle-ci doit respecter certaines conditions. Il s'ensuit en outre que l'application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens n'a aucune incidence sur le système de droit étranger. Au pis aller, le fonctionnaire canadien peut être obligé de cesser de jouer un rôle principal ou directeur dans l'enquête afin de se conformer à la *Charte*.

Dissidente, la juge L'Heureux-Dubé a rédigé des motifs auxquels a souscrit la juge McLachlin. Selon elle, il convenait de se demander si la personne qui invoque la *Charte* est vraiment titulaire d'un droit qui y est garanti avant de déterminer si l'acte de l'État y a porté atteinte. Dans l'affirmative,

fact holds that right. If the claimant does hold a *Charter* right, the inquiry then moves to the question of state action. After reviewing the decisions in *Harrer*, *Terry* and *Schreiber*, L'Heureux-Dubé J. identified two fundamental principles relating to the extraterritorial application of the *Charter*. First, the action allegedly in breach of the *Charter* must have been carried out by one of the state actors identified in s. 32(1). Second, even an action by one of those state actors will fall outside the scope of the *Charter* if it is performed in co-operation with foreign officials on foreign soil. The key question to ask in order to determine whether the investigation is co-operative is whether Canadian officials have legal authority in the place where the actions occurred. Where the conduct of state actors falls under the authority of a foreign government, s. 32 does not apply, since it is confined to matters "within the authority" of Parliament or a provincial legislature. At paras. 93-94, L'Heureux-Dubé J. wrote the following:

> In my opinion, the *Charter* does not apply to any investigation where Canadian officials no longer have the legal attributes of "government"; this occurs whenever an investigation takes place under the sovereignty of another government.
>
> When Canadian officials work under the sovereignty of a foreign legal system, the investigation is necessarily cooperative. Foreign officials who permit Canadians to work with them, or to work on soil that is under their government's legal authority, are bound to follow that country's laws, and work within the procedural requirements of that system. So are the Canadian officials who work with them.

The dissent concluded that the *Charter* did not apply to the interrogation, and, consequently, that the statement was properly admitted at trial.

(2) Concerns in Respect of the Jurisprudence

The jurisprudence on the issue of extraterritorial application of the *Charter* as it stands after *Cook* is subject to a number of difficulties and criticisms, both practical and theoretical. The essence of the majority's holding in *Cook* is that the *Charter*

l'analyse portait ensuite sur l'acte de l'État. Après examen des arrêts *Harrer*, *Terry* et *Schreiber*, la juge a relevé deux principes fondamentaux quant à l'application extraterritoriale de la *Charte*. Premièrement, l'acte censé avoir porté atteinte à un droit garanti par la *Charte* devait avoir été accompli par l'un des acteurs étatiques mentionnés au par. 32(1). Deuxièmement, même l'acte de l'un de ces derniers échapperait à l'application de la *Charte* s'il avait été accompli à l'étranger en collaboration avec des fonctionnaires étrangers. Pour déterminer si l'enquête avait été menée en collaboration, il fallait rechercher si les fonctionnaires canadiens avaient été investis d'une autorité légale là où les actes avaient eu lieu. Lorsque les acteurs étatiques agissaient sous l'autorité d'un gouvernement étranger, l'art. 32 ne s'appliquait pas puisqu'il ne vise que les domaines « relevant » du Parlement ou de la législature d'une province. La juge L'Heureux-Dubé a ajouté (par. 93-94) :

> Je suis d'avis que la *Charte* ne s'applique à aucune enquête où les fonctionnaires canadiens n'ont plus les attributs juridiques du « gouvernement »; ce qui est le cas à chaque fois qu'une enquête est assujettie à la souveraineté d'un autre gouvernement.
>
> Lorsque des fonctionnaires canadiens sont assujettis, dans le cadre de leur travail, à la souveraineté d'un système de droit étranger, l'enquête en est nécessairement une de collaboration. Les fonctionnaires étrangers qui permettent aux Canadiens de travailler avec eux, ou qui leur permettent d'opérer sur un territoire soumis à l'autorité légale de leur gouvernement, sont tenus de suivre les lois et les règles de procédure de leur propre pays. Il en va de même pour les fonctionnaires canadiens qui collaborent avec eux.

82 Les juges dissidentes ont conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas à l'interrogatoire, de sorte que la déclaration obtenue avait à juste titre été admise en preuve lors du procès.

(2) Doutes au sujet de la jurisprudence

83 Depuis l'arrêt *Cook*, la jurisprudence relative à l'application extraterritoriale de la *Charte* soulève des difficultés et suscite des critiques d'ordre à la fois pratique et théorique. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont affirmé essentiellement que la

will apply to acts of Canadian law enforcement authorities engaged in governmental action where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state. When that holding is applied to facts such as those in the present case, problems arise. For one, the majority in *Cook* failed to distinguish prescriptive from enforcement jurisdiction. Second, practical and theoretical difficulties arise when its approach is applied to different facts (such as a search and seizure). Third, it failed to give due consideration to the wording of s. 32(1).

84 Beginning with the first of these criticisms, the majority in *Cook* disregarded the important distinction between the powers of prescription and enforcement. It also failed to discuss the principle that Canadian law cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent, regardless of the extent or degree of difference between the laws of Canada and the foreign state, or of whether there is any conflict at all. Criminal investigations in foreign countries by definition implicate foreign law and procedures. The choice of legal system inherently lies within the authority of each state as an exercise of its territorial sovereignty. Were *Charter* standards to be applied in another state's territory without its consent, there would by that very fact *always* be interference with the other state's sovereignty. *Cook* is also inconsistent with this Court's approval of the principle of consent in *Terry*.

85 The *Cook* approach therefore puts the focus in the wrong place, as it involves looking for a conflict between concurrent jurisdictional claims, whereas the question should instead be viewed as one of extraterritorial enforcement of Canadian law. The issue in these cases is the applicability of the *Charter* to the activities of Canadian officers conducting investigations abroad. The powers of prescription and enforcement are both necessary to application of the *Charter*. The *Charter* is prescriptive in that it sets out what the state and its agents may and may not do in exercising the state's powers. Prescription is not in issue in the case at

Charte s'applique aux actes des autorités canadiennes chargées de l'application de la loi accomplis pour le compte du gouvernement lorsque le respect des exigences de la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger. Dans un cas comme celui considéré en l'espèce, cette conclusion s'avère problématique. Premièrement, les juges majoritaires ne distinguent pas entre compétence normative et compétence d'exécution. Deuxièmement, son application à d'autres situations (p. ex. les fouilles, les perquisitions et les saisies) présente des difficultés pratiques et théoriques. Troisièmement, il ne tient pas compte du texte du par. 32(1).

Pour ce qui est du premier reproche, la décision majoritaire passe sous silence la distinction importante entre l'établissement de la norme et son application. Elle ne tient pas non plus compte du principe selon lequel le droit canadien ne peut être appliqué dans un autre État qu'avec le consentement de ce dernier quelle que soit l'importance des différences entre les lois du Canada et celles de l'État étranger, et qu'il y ait conflit ou non. Par définition, une enquête criminelle à l'étranger met en cause des lois et des procédures étrangères. Le choix d'un système juridique relève du pouvoir inhérent de l'État et il s'agit d'un exercice de sa souveraineté territoriale. Si les exigences de la *Charte* étaient appliquées à l'étranger sans le consentement de l'État en cause, il y aurait *toujours*, de ce fait même, atteinte à la souveraineté de cet État. L'arrêt *Cook* va également à l'encontre de l'exigence du consentement que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Terry*.

Le raisonnement de notre Cour dans cet arrêt ne met donc pas l'accent sur le facteur pertinent. Il s'attache en effet à l'existence d'un conflit entre les revendications concurrentes de compétence au lieu de considérer le problème sous l'angle de l'application extraterritoriale du droit canadien. La question qui se pose alors est celle de l'applicabilité de la *Charte* à l'enquête menée à l'étranger par des policiers canadiens. Pouvoir normatif et pouvoir d'exécution sont nécessaires à l'application de la *Charte*, et celle-ci est normative en ce qu'elle prévoit ce que l'État (ou son mandataire) peut ou ne peut faire dans l'exercice du pouvoir public. Le

bar, but even so, the *Charter* cannot be applied if compliance with its legal requirements cannot be enforced. Enforcement of compliance with the *Charter* means that when state agents act, they must do so in accordance with the requirements of the *Charter* so as to give effect to Canadian law as it applies to the exercise of the state power at issue. However, as has already been discussed, Canadian law cannot be enforced in another state's territory without that state's consent. Since extraterritorial enforcement is not possible, and enforcement is necessary for the *Charter* to apply, extraterritorial application of the *Charter* is impossible.

As for the second criticism, the circumstances of the instant case exemplify the theoretical and practical difficulties arising out of an attempt to apply *Charter* standards outside Canada in fact situations other than the one in *Cook*. In Turks and Caicos, judicial authorization does not appear to be necessary for a perimeter search of private premises, such as the one that took place on the nights of February 7 and 8, 1998. Under Canadian law, in most circumstances a warrant would be required to conduct such a search. To comply with the *Charter*, the RCMP officers would have had to obtain a warrant that is unavailable under Turks and Caicos law. It would constitute blatant interference with Turks and Caicos sovereignty to require that country's legal system to develop a procedure for issuing a warrant in the circumstances simply to comply with the dictates of the *Charter*.

The theoretical and practical impediments to extraterritorial application of the *Charter* can thus be seen more clearly where the s. 8 guarantee against unreasonable search and seizure is in issue than where the issue relates, as in the cases discussed above, to the right to counsel. Searches and seizures, because of their coerciveness and intrusiveness, are by nature vastly different from police interrogations. The power to invade the private sphere of persons and property, and seize personal items and information, is paradigmatic of state sovereignty. These actions can be authorized only by the territorial state. From a theoretical standpoint, the *Charter* cannot be applied, because its

pouvoir normatif n'est pas en cause dans le présent pourvoi, mais de toute manière, la *Charte* ne saurait s'appliquer que si l'on peut faire respecter ses dispositions. Ce principe exige du mandataire de l'État, lorsqu'il accomplit un acte, qu'il s'acquitte de ses obligations constitutionnelles de façon à donner effet aux dispositions canadiennes applicables à l'exercice du pouvoir public en cause. Cependant, je le répète, le droit canadien ne peut être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État d'accueil. Comme il n'est pas possible de faire respecter la *Charte* à l'étranger, et que cela est nécessaire pour qu'elle s'applique, l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible.

86 En ce qui concerne le deuxième reproche, les faits de la présente espèce illustrent les difficultés théoriques et pratiques du respect des exigences de la *Charte* à l'étranger dans une autre situation que celle considérée dans l'affaire *Cook*. Aux îles Turks et Caicos, il semble qu'une autorisation judiciaire ne soit pas exigée pour soumettre des lieux privés à une perquisition périphérique comme celle qui a eu lieu les nuits des 7 et 8 février 1998. En droit canadien, un mandat aurait dû être obtenu au préalable dans la plupart des cas. Pour respecter la *Charte*, les agents de la GRC auraient dû obtenir un mandat dont le droit local ne prévoyait pas la délivrance. Dans les circonstances, requérir du système juridique étranger qu'il élabore une procédure seulement pour satisfaire aux exigences de la *Charte* à cet égard porterait manifestement atteinte à la souveraineté des îles Turks et Caicos.

87 Les obstacles théoriques et pratiques à l'application extraterritoriale de la *Charte* ressortent ainsi davantage de l'examen fondé — en l'espèce — sur la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'art. 8 que de celui fondé — dans les affaires susmentionnées — sur le droit à l'assistance d'un avocat. En raison de leur caractère coercitif et attentatoire, la fouille, la perquisition et la saisie diffèrent en soi considérablement de l'interrogatoire policier. Le pouvoir de s'immiscer dans la vie privée d'une personne, y compris ses biens, et de saisir articles et renseignements personnels, constitue un attribut de la souveraineté étatique. Seul l'État doté de la compétence

application would necessarily entail an exercise of the enforcement jurisdiction that lies at the heart of territoriality. As a result of the principles of sovereign equality, non-intervention and comity, Canadian law and standards cannot apply to searches and seizures conducted in another state's territory.

88 It is also evident from a practical standpoint that the *Charter* cannot apply to searches and seizures in other countries. How exactly would *Charter* standards operate in such circumstances? Lamer C.J. suggested in *Schreiber* that it would be sufficient for *Charter* purposes for those conducting a search and seizure to comply with the domestic law of the foreign state, since an individual's reasonable expectation of privacy would be commensurate to the degree of protection provided by the law of the country in which she or he is located. If the only requirement were that the Canadian officers and their foreign counterparts comply with the foreign law, it is unclear what purpose would be served by applying the *Charter*, as it would carry no added protection in respect of a search and seizure. Moreover, in some cases, compliance with the foreign law would be directly contrary to the express wording of the *Charter* provisions guaranteeing the rights in question.

89 Conversely, it is in practice impossible to apply the full force of the *Charter* to searches and seizures in foreign territory. One example of this, as I mentioned earlier, is where the *Charter* would require a warrant but the foreign law provides no procedure for obtaining or issuing such a warrant. The judicial authorities of a foreign state cannot be required under Canadian law to invent *ad hoc* procedures for the purposes of a co-operative investigation. Should that be a reason for prohibiting a search and seizure from taking place even though it is authorized by the law of the jurisdiction where it would occur? Further, it would be unrealistic, in a co-operative investigation, to require the various officers involved to follow different procedural and legal requirements. Searches and seizures require careful and detailed planning; where the

territoriale peut autoriser ces actes. Du point de vue théorique, l'application de la *Charte* est exclue, car elle implique nécessairement l'exercice de la compétence d'exécution, qui est au cœur de la territorialité. Les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la courtoisie excluent alors l'application des normes et du droit canadiens aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger.

Sur le plan pratique, il appert également que la *Charte* ne peut s'appliquer à ces mesures. Comment au juste les exigences de la *Charte* pourraient-elles alors avoir effet? Dans l'arrêt *Schreiber*, le juge en chef Lamer a laissé entendre qu'il suffisait, pour les besoins de la *Charte*, que ces mesures respectent le droit interne de l'État étranger puisque, en matière de vie privée, une personne ne peut raisonnablement s'attendre qu'à une protection équivalente à celle accordée dans cet autre pays. Si les policiers canadiens et leurs homologues étrangers n'avaient qu'à se conformer au droit étranger, on peut se demander quelle serait l'utilité d'appliquer la *Charte* puisqu'il n'en résulterait aucune protection supplémentaire dans le cas d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. De plus, dans certains cas, le respect du droit étranger irait directement à l'encontre du libellé exprès de la *Charte* garantissant les droits en cause.

Inversement, il est dans les faits impossible d'appliquer toutes les exigences de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées en sol étranger. Reprenons à titre d'exemple le cas où la *Charte* exige l'obtention d'un mandat, alors que le droit étranger ne prévoit aucune procédure à cet égard. Le droit canadien ne peut obliger les autorités judiciaires de l'État étranger à établir une procédure spéciale pour les besoins d'une enquête menée en collaboration. Doit-on alors interdire une fouille, une perquisition ou une saisie pour cette raison alors qu'elle est autorisée par le droit du ressort où elle serait effectuée? Il serait par ailleurs irréaliste d'exiger des différents participants à une enquête menée en collaboration qu'ils se conforment à des procédures et à des exigences juridiques différentes. Les fouilles, les perquisitions et

investigation is a joint effort, it is bound to be unsuccessful if the participants are following two different sets of rules. This would be the result if the *Charter* applied to the Canadian officers only, and it clearly cannot apply to the foreign authorities: *Harrer* and *Terry*.

It is no more helpful to suggest that some third option other than the law of the host state or the full application of *Charter* standards might govern foreign investigations. Where would the standards to be applied come from? How would Canadian officials know what is required of them at the outset of an investigation? The only reasonable approach is to apply the law of the state in which the activities occur, subject to the *Charter*'s fair trial safeguards and to the limits on comity that may prevent Canadian officers from participating in activities that, though authorized by the laws of another state, would cause Canada to be in violation of its international obligations in respect of human rights.

One possible response to the problem of enforcement outside Canada is that *ex post facto* scrutiny of the investigation by a Canadian court in a Canadian trial that might result in the exclusion of evidence gathered in breach of the *Charter* would not interfere with the sovereignty of the foreign state, since this would merely constitute an exercise of extraterritorial adjudicative jurisdiction. However, while it is true that foreign sovereignty is not engaged by a criminal process in Canada that excludes evidence by scrutinizing the manner in which it was obtained for compliance with the *Charter*, the purpose of the *Charter* is not simply to serve as a basis for an *ex post facto* review of government action. The *Charter*'s primary role is to limit the exercise of government and legislative authority in advance, so that breaches are stopped before they occur. Canadian officers need to know what they are required to do as the investigation unfolds, so as to ensure that the evidence gathered will be admitted at trial. When a trial judge is considering a possible breach of the *Charter* by state actors, the ability of the state actors to comply with their *Charter* obligations must be relevant. The fact that the *Charter*

les saisies requièrent une planification minutieuse. L'enquête menée en collaboration est vouée à l'échec si les participants n'observent pas tous les mêmes règles. Tel serait son sort si la *Charte* ne s'appliquait qu'aux policiers canadiens, et elle ne peut manifestement pas s'appliquer aux autorités étrangères : arrêts *Harrer* et *Terry*.

90 Il est tout aussi vain d'envisager que l'enquête menée à l'étranger ne soit assujettie ni au droit de l'État d'accueil ni aux dispositions de la *Charte*. Quelle serait l'origine des règles alors applicables? Comment un policier canadien pourrait-il connaître ses obligations au début de l'enquête? La seule solution raisonnable reste l'application du droit de l'État où les actes ont lieu, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d'empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure qui, même si elle est autorisée par le droit de l'État d'accueil, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne.

91 Une solution possible au problème de l'application du droit canadien à l'étranger se retrouve dans le contrôle subséquent de l'enquête par une instance judiciaire canadienne et l'exclusion éventuelle d'une preuve recueillie en violation de la *Charte*. En effet, cette méthode ne porterait pas atteinte à la souveraineté de l'État étranger puisqu'il s'agirait uniquement de l'exercice de la compétence juridictionnelle extraterritoriale. Cependant, si la souveraineté d'un État étranger n'est pas en jeu lorsque, dans une instance criminelle canadienne, un élément de preuve est écarté au motif qu'il n'a pas été obtenu conformément à la *Charte*, il demeure que la raison d'être de la *Charte* n'est pas seulement de soumettre après coup l'action gouvernementale à un examen. Son rôle premier consiste à limiter à l'avance l'exercice du pouvoir du gouvernement et du législateur de façon à prévenir toute violation des droits qu'elle confère. Les agents canadiens doivent savoir à quelles exigences ils sont tenus de satisfaire au cours d'une enquête pour assurer la recevabilité des éléments de preuve recueillis dans ce cadre. Le tribunal saisi d'une allégation de violation de la *Charte* par un acteur étatique doit pouvoir tenir compte de

could not be complied with during the investigation because the relevant state action was being carried out in a foreign jurisdiction strongly intimates that the *Charter* does not apply in the circumstances. In any event, if the concern is really about the *ex post facto* review of investigations, that function is performed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, pursuant to which evidence may be excluded to preserve trial fairness. The inquiry under those provisions relates to the court's responsibility to control its own process and is fundamentally different from asking at trial whether the Canadian officer's conduct amounted to the violation of a particular *Charter* right.

92 The importance of considering the possibility of compliance with the *Charter* in advance is highlighted by the legal problems attendant upon the conduct of an interrogation abroad. Certain provisions setting out *Charter* rights require no more than that the accused be advised of something, such as the reasons for his or her arrest or detention (under s. 10(*a*)). Other *Charter* rights provisions in the investigation context require more. For example, s. 10(*b*) guarantees to everyone the right on arrest or detention *to be informed of* the right to retain and instruct counsel without delay; however, it also includes the right *to retain and instruct* counsel without delay. Consequently, while imposing an obligation on Canadian officers conducting an interrogation abroad to inform the accused of a right would not significantly interfere with the territorial sovereignty of the foreign state, interference would occur if the accused were to claim that right. At that point, Canadian officers would no longer be able to comply with their *Charter* obligations independently. As L'Heureux-Dubé J. wrote in *Cook*, at para. 94: "In an investigation that takes place under foreign sovereignty, it is the foreign government that has legal authority over the mechanics of the investigation." For *Charter* rights to be effective, it must be possible to assert them.

93 Finally, the third criticism of the current jurisprudence is that proper regard has not been given

la possibilité qu'avait cet acteur étatique de respecter les exigences de la *Charte*. L'impossibilité de respecter la *Charte* pendant que l'enquête, parce qu'elle se déroulait à l'étranger, indique nettement que la *Charte* ne s'applique pas dans les circonstances. Quoi qu'il en soit, l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*, qui disposent qu'un élément de preuve peut être écarté pour préserver l'équité du procès, assurent après coup le contrôle de l'enquête. L'examen que prévoient ces dispositions se rattache à l'obligation du tribunal de contrôler sa propre procédure et diffère foncièrement de la démarche qui consiste à déterminer, au procès, si l'acte d'un policier canadien a porté atteinte à un droit constitutionnel spécifique.

Les problèmes juridiques découlant de la tenue d'un interrogatoire à l'étranger illustrent l'importance d'examiner la possibilité d'assurer à l'avance le respect de la *Charte*. Certains droits constitutionnels exigent seulement que l'accusé se voie communiquer une information particulière, comme le motif de son arrestation ou de sa détention (al. 10*a*)). Dans le contexte d'une enquête, le respect d'autres droits garantis par la *Charte* exige davantage. Par exemple, en cas d'arrestation ou de détention, l'al. 10*b*) garantit à chacun le droit *d'être informé* du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, mais aussi *d'avoir effectivement recours* sans délai à l'assistance d'un avocat. Par conséquent, s'il est vrai que l'obligation faite à un policier canadien d'informer d'un droit un suspect qu'il interroge à l'étranger ne porterait pas sensiblement atteinte à la souveraineté territoriale de l'État étranger, il en irait autrement si l'accusé décidait d'exercer ce droit. Dès lors, le policier canadien ne serait plus en mesure de s'acquitter de manière indépendante de ses obligations découlant de la *Charte*. La juge L'Heureux-Dubé l'a rappelé dans l'arrêt *Cook*, « [l]orsque l'enquête est assujettie à la souveraineté d'un gouvernement étranger, c'est ce dernier qui possède l'autorité légale pour régler les détails du déroulement de l'enquête » (par. 94). Pour devenir effectifs, les droits garantis par la *Charte* doivent être susceptibles d'exercice.

En troisième et dernier lieu, la jurisprudence actuelle ne prend pas suffisamment en compte le

to the wording of s. 32(1) of the *Charter*. In setting out the two factors that were central to the conclusion that the *Charter* applied, the majority in *Cook* noted first that "the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*" (para. 25). In doing so, it made the error of assuming precisely what had to be decided. The purpose of the inquiry into the application of the *Charter* to investigations in other countries is to determine whether the act in fact falls under s. 32(1). The words of s. 32(1) — interpreted with reference to binding principles of customary international law — must ultimately guide the inquiry. In my view, there is little logic in an approach that first determines that the activity falls under s. 32(1) and then questions at a second stage whether the *Charter* nonetheless ought not to apply because of some "objectionable extraterritorial effect". Rather, the extraterritorial implications of applying the *Charter* are, in my view, central to the question whether the activity in question falls under s. 32(1) in the first place. The inquiry begins and ends with s. 32(1) of the *Charter*.

Section 32(1) puts the burden of complying with the *Charter* on Parliament, the government of Canada, the provincial legislatures and the provincial governments. While my colleague is correct in stating, at para. 161, that s. 32(1) defines *to whom* the *Charter* applies and not *where* it applies, s. 32(1) does more than that. It also defines *in what circumstances* the *Charter* applies to those actors. The fact that a state actor is involved is not in itself sufficient, as Bastarache J. suggests. The activity in question must also fall within the "matters within the authority of" Parliament or the legislature of each province. A criminal investigation in the territory of another state cannot be a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures, because they have no jurisdiction to authorize enforcement abroad. Criminal investigations, like political structures or judicial systems, are intrinsically linked to the organs of the state, and to its territorial integrity and internal affairs. Such matters are clearly within the authority of Parliament and the provincial legislatures when they are in Canadian territory; it is just as clear that they lie outside the authority of those bodies when they are outside Canadian territory.

libellé du par. 32(1) de la *Charte*. En précisant les deux éléments qui justifiaient l'application de la *Charte* dans l'affaire *Cook*, les juges majoritaires ont d'abord fait remarquer que « l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* » (par. 25). Ils ont eu tort de tenir pour acquis l'objet précis de cette détermination. L'analyse relative à l'application de la *Charte* aux enquêtes à l'étranger vise à déterminer si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1). Interprété en fonction des principes obligatoires du droit international coutumier, le texte du par. 32(1) doit en fin de compte orienter l'analyse. Selon moi, on ne saurait logiquement décider d'abord que l'acte tombe sous le coup de la disposition pour rechercher ensuite si l'on doit néanmoins écarter l'application de la *Charte* à cause d'un « effet extraterritorial inacceptable ». J'estime plutôt qu'il faut tenir compte des conséquences extraterritoriales de l'application de la *Charte* pour décider en premier lieu si l'acte en question tombe sous le coup du par. 32(1). L'analyse débute et prend fin en fonction du par. 32(1) de la *Charte*.

94 Le paragraphe 32(1) oblige le Parlement, le gouvernement du Canada et les législatures et gouvernements des provinces à se conformer à la *Charte*. Mon collègue a raison d'affirmer au par. 161 de ses motifs que le par. 32(1) détermine les *acteurs* auxquels s'applique la *Charte*, et non le *lieu* où elle s'applique, mais il y a plus. La disposition précise les *circonstances* dans lesquelles elle s'applique à ces acteurs. Leur seule participation ne suffit pas, malgré l'avis du juge Bastarache. Il faut en outre que l'acte appartienne à l'un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures des provinces. L'enquête criminelle menée en territoire étranger ne saurait appartenir à un domaine relevant du Parlement ou des législatures provinciales, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'autoriser l'application de la loi à l'étranger. Tout comme l'organisation politique ou le système judiciaire, l'enquête criminelle reste intrinsèquement liée aux organes de l'État ainsi qu'à l'intégrité territoriale et aux affaires intérieures de l'État. Lorsqu'elle a lieu en territoire canadien, elle relève clairement du Parlement et des législatures provinciales, et lorsqu'elle a lieu à l'étranger, il est tout aussi clair qu'elle ne relève pas d'eux.

95 My colleague, Binnie J., recognizes that there are practical and theoretical difficulties with the application of the approach followed in *Cook* (para. 183). Nonetheless, in his view that approach should be preserved because of possible issues that may eventually end up before this Court in respect of international law and of its relationship with Canadian law. He refers to matters such as the "war on terror", the deployment of Canadian police officers in states with troubled histories and the Maher Arar inquiry. With respect, I do not think such matters belong to the issue put before our Court in this appeal, nor form part of the record in this case. We cannot always know what new issues might arise before the courts in the future, but we can trust that the law will grow and evolve as necessary and when necessary in response. But until those new issues are presented in live cases we ought not to abdicate our duty to rethink and refine today the law when confronted by jurisprudence that has demonstrated practical and theoretical weaknesses.

(3) The Globalization of Criminal Activities and the Need for International Co-Operation

96 The principles of international law and comity that I have discussed demonstrate why *Charter* standards cannot be applied to an investigation in another country involving Canadian officers so as to require that the investigation conform to Canadian law. At the same time, there is no impediment to extraterritorial adjudicative jurisdiction pursuant to which evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial, as this jurisdiction simply attaches domestic consequences to foreign events. The question flowing from those two propositions is whether the *Charter* can restrain Canadian officers from participating in a foreign investigation that does not meet *Charter* standards.

97 When it applies, the *Charter* imposes limits on the state's coercive power. It requires that state power be exercised only in accordance with certain restrictions. As a corollary, where those

Mon collègue le juge Binnie reconnaît les difficultés d'ordre pratique et théorique que présente l'application de l'arrêt *Cook* (par. 183). Il estime néanmoins qu'il faut s'en tenir à la démarche qui y est privilégiée au motif que notre Cour pourrait un jour être saisie de questions relatives au droit international et à son interaction avec le droit canadien. Il renvoie à la « guerre au terrorisme », au déploiement de policiers canadiens dans des pays déchirés par des conflits et à l'affaire Maher Arar. En toute déférence, je ne crois pas que ces sujets soient pertinents en l'espèce ou qu'ils fassent partie du dossier. Il n'est pas toujours possible de prévoir les questions nouvelles dont seront saisis les tribunaux, mais on peut être assuré que le droit se développera et évoluera dans la mesure nécessaire et au moment opportun. Jusqu'à ce que ces affaires nouvelles se présentent dans les faits, nous ne devons pas nous dérober à l'obligation de repenser le droit et de l'affiner lorsque l'application de la jurisprudence a fait ressortir ses lacunes sur les plans pratique et théorique.

(3) La mondialisation de l'activité criminelle et la nécessité de la collaboration internationale

Les principes de droit international et de courtoisie dont j'ai fait état démontrent que les exigences de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à une enquête menée dans un autre pays par des policiers canadiens et étrangers de telle sorte que l'enquête doive se dérouler conformément au droit canadien. Par ailleurs, il n'y a pas d'obstacle à la compétence juridictionnelle extraterritoriale suivant laquelle un élément de preuve obtenu à l'étranger peut être écarté par un tribunal canadien, car l'exercice de cette compétence ne fait qu'attacher des conséquences intérieures à des événements survenus à l'étranger. La question devient alors la suivante : la *Charte* peut-elle empêcher des policiers canadiens de prendre part à une enquête étrangère qui ne satisfait pas à ses exigences?

Lorsqu'elle s'applique, la *Charte* limite le pouvoir coercitif de l'État et l'oblige à respecter certaines conditions dans l'exercice de ce pouvoir. En conséquence, lorsque ces conditions ne peuvent

restrictions cannot be observed, the *Charter* prohibits the state from exercising its coercive power. Since the *Charter* does not authorize state action, but simply operates as a limit on such action, could it not be said that the *Charter* "applies" to extraterritorial investigations by prohibiting Canadian officers from participating in investigations abroad that do not conform to Canadian law? International law provides only part of the answer to this question. To prohibit Canadian officers from participating would indeed ensure conformity with both international law and the *Charter*; however, it would also mean that the investigation could not be conducted. This is a serious concern. The complete answer therefore lies both in international law and in the need to address the challenges of investigating and prosecuting transborder criminal activity.

Transnational crime is a growing problem in the modern world, as people, property and funds move fluidly across national borders. Some of the most costly, exploitative or dangerous crimes are committed on a worldwide scale, unconfined by state boundaries. The investigation and policing of such criminal activities requires cooperation between states. In a co-operative investigation, Canada cannot simply walk away when another country insists on following its own investigation and enforcement procedures rather than ours. That would fall short not only of Canada's commitment to other states and the international community to provide assistance in combatting transnational crime, but also of Canada's obligation to Canadians to ensure that crimes having a connection with Canada are investigated and prosecuted. As McLachlin J. wrote in *Harrer*, at para. 55:

> It is not reasonable to expect [police forces abroad] to comply with details of Canadian law. To insist on conformity to Canadian law would be to insist on external application of the *Charter* in preference to the local law. It would render prosecution of offences with international aspects difficult if not impossible. And it would undermine the ethic of reciprocity which underlies international efforts to control trans-border crime:

être remplies, la *Charte* interdit à l'État d'exercer son pouvoir coercitif. Comme la *Charte* n'autorise pas l'action de l'État, mais ne fait que la circonscrire, ne pourrait-on pas prétendre qu'elle « s'applique » à l'enquête extraterritoriale en empêchant un policier canadien de participer à une enquête à l'étranger qui ne respecte pas le droit canadien? Le droit international n'offre qu'un élément de réponse. L'interdiction faite à un policier canadien de prendre part à l'enquête assurerait certes le respect du droit international et de la *Charte*, mais l'enquête ne pourrait avoir lieu. L'inconvénient serait majeur. La réponse complète réside donc à la fois dans le droit international et dans la nécessité que l'activité criminelle transfrontalière fasse l'objet d'enquêtes et de poursuites.

98

La criminalité transnationale s'accroît dans notre monde moderne où personnes, biens et fonds circulent avec fluidité d'un pays à l'autre. Certains des crimes les plus coûteux, abusifs ou dangereux sont commis à l'échelle mondiale, au mépris des frontières nationales. La collaboration entre les États s'impose pour la détection et la répression de cette activité criminelle. Dans une enquête menée en collaboration, le Canada ne peut pas simplement cesser de collaborer lorsque l'autre pays insiste pour suivre sa propre procédure d'enquête et d'application de la loi plutôt que la nôtre. Notre pays manquerait non seulement à son engagement envers les autres États et la communauté internationale en matière de lutte contre la criminalité transnationale, mais aussi à son obligation envers les Canadiens de veiller à ce que les crimes ayant un lien avec le Canada fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites. Dans l'arrêt *Harrer*, la juge McLachlin fait les remarques suivantes (par. 55) :

> Il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce [que les forces policières d'un autre pays] se conforment aux particularités de la loi canadienne. Insister sur la conformité à la loi canadienne reviendrait à insister pour que la *Charte* soit appliquée dans ce pays étranger de préférence à la loi nationale. Cela rendrait difficile, voire impossible, la poursuite des infractions qui revêtent des aspects internationaux. Et cela minerait l'éthique de réciprocité

Argentina v. Mellino, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, *per* La Forest J. We live in an era when people, goods and information pass from country to country with great rapidity. Law enforcement authorities, if they are to do their job, must apprehend people and intercept goods and communications wherever they may be found. Often they find themselves working with officers in foreign jurisdictions; often they are merely the recipients of information gathered independently elsewhere. . . . We need to accommodate the reality that different countries apply different rules to evidence gathering, rules which must be respected in some measure if we are to retain the ability to prosecute those whose crime and travel take them beyond our borders.

qui sous-tend les efforts internationaux de lutte contre la criminalité transnationale : *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 551, le juge La Forest. Nous vivons à une époque où les personnes, les biens et l'information circulent d'un pays à l'autre très rapidement. Les autorités chargées d'appliquer la loi doivent, pour faire leur travail, arrêter des personnes et intercepter des biens et des communications là où ils se trouvent. Souvent elles travaillent avec des agents de police dans des pays étrangers; souvent elles ne sont que les destinataires de renseignements recueillis ailleurs de façon indépendante [. . .] Nous devons composer avec le fait que des pays différents appliquent des règles différentes à la collecte des éléments de preuve, lesquelles règles doivent être respectées dans une certaine mesure si nous devons conserver la capacité de poursuivre ceux que les crimes et les voyages emmènent au-delà de nos frontières.

99 When individuals choose to engage in criminal activities that cross Canada's territorial limits, they can have no guarantee that they carry *Charter* rights with them out of the country. As this Court has noted in the past, individuals should expect to be governed by the laws of the state in which they find themselves and in which they conduct financial affairs — it is the individual's decision to go to or operate in another country that triggers the application of the foreign law: *Terry*, at paras. 24 and 26; *Schreiber*, at para. 23. Co-operation between states is imperative if transnational crimes are not to be committed with impunity because they fall through jurisdictional cracks along national borders. In *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, in the context of drug trafficking, La Forest J. stated the following, at p. 1485:

L'individu qui se livre à une activité criminelle non confinée au territoire canadien ne peut être assuré de bénéficier à l'étranger des droits garantis par la *Charte*. Notre Cour a déjà affirmé qu'une personne doit s'attendre à être régie par les lois du pays où elle se trouve et dans lequel elle effectue des opérations financières — c'est la décision d'aller à l'étranger ou d'y exercer ses activités qui déclenche l'application du droit étranger : *Terry*, par. 24 et 26; *Schreiber*, par. 23. La collaboration entre les États s'impose pour que la criminalité transnationale ne demeure pas impunie en profitant des brèches que les problèmes de compétence ménagent dans les frontières nationales. Dans une affaire de trafic de drogues — *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469 —, le juge La Forest a fait la remarque suivante (p. 1485) :

The only respect paid by the international criminal community to national boundaries is when these can serve as a means to frustrate the efforts of law enforcement and judicial authorities. The trafficking in drugs, with which we are here concerned, is an international enterprise and requires effective tools of international cooperation for its investigation, prosecution and suppression.

La communauté criminelle internationale ne respecte les frontières nationales que lorsqu'elles peuvent permettre de contrecarrer les efforts des autorités judiciaires et des organismes chargés d'appliquer la loi. Le trafic de drogues qui nous intéresse en l'espèce est une entreprise de niveau international dont les enquêtes et les poursuites y relatives ainsi que la répression, exigent le recours à des outils efficaces de coopération internationale.

In order to foster such co-operation, and in the spirit of comity, Canada cannot either insist that the *Charter* be applied in other countries or refuse to participate. When Canadian authorities are

Pour favoriser cette collaboration, et dans l'esprit de la courtoisie, le Canada ne peut exiger que la *Charte* s'applique dans d'autres pays et, à défaut, refuser sa coopération. Lorsque les autorités

guests of another state whose assistance they seek in a criminal investigation, the rules of that state govern.

It is clear that a balance must be struck "to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice": *Harrer*, at para. 14. Individual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder cooperation. Sections 7 and 11(*d*) provide that everyone tried in Canada enjoys the same rights to a fair trial and not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Where the Crown seeks at trial to adduce evidence gathered abroad, the *Charter* provisions governing trial processes in Canada ensure that the appropriate balance is struck and that due consideration is shown for the rights of an accused being investigated abroad.

Moreover, there is an argument that comity cannot be invoked to allow Canadian authorities to participate in activities that violate Canada's international obligations. As a general rule, Canadian officers can participate in investigations abroad, but must do so under the laws of the foreign state. The permissive rule that allows Canadian officers to participate even when there is no obligation to do so derives from the principle of comity; the rule that foreign law governs derives from the principles of sovereign equality and non-intervention. But the principle of comity may give way where the participation of Canadian officers in investigative activities sanctioned by foreign law would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights. In such circumstances, the permissive rule might no longer apply and Canadian officers might be prohibited from participating. I would leave open the possibility that, in a future case, participation by Canadian officers in activities in another country that would violate Canada's international human rights obligations might justify a remedy under s. 24(1) of the *Charter* because

canadiennes sont les invitées de l'État étranger dont elles sollicitent l'assistance pour les besoins d'une enquête criminelle, les règles de l'État d'accueil priment.

100 Une pondération s'impose clairement pour « établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu visé et l'intérêt de l'État qui est d'assurer un système de justice applicable et équitable » : arrêt *Harrer*, par. 14. On ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière. L'article 7 et l'al. 11*d*) disposent que toute personne traduite en justice au Canada a droit à un procès équitable et qu'il ne sera porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Lorsque, au procès, le ministère public dépose en preuve un élément recueilli à l'étranger, les droits constitutionnels régissant la procédure judiciaire au Canada font en sorte qu'un juste équilibre soit établi et que les droits d'un accusé ayant fait l'objet d'une enquête à l'étranger soient dûment pris en considération.

101 Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l'étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l'État d'accueil. La règle autorisant un policier canadien à participer à une enquête même s'il n'y a aucune obligation en ce sens est issue du principe de courtoisie. La règle de l'application du droit étranger découle des principes d'égalité souveraine et de non-intervention. Or le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. En pareil cas, la règle « permissive » ne peut plus s'appliquer, et la participation du policier canadien peut être frappée d'interdiction. Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations

of the impact of those activities on *Charter* rights in Canada.

(4) A Balancing Methodology

102 In light of the foregoing considerations, several issues arise with respect to the question of the application of the *Charter* to investigations. It will be necessary to consider each of them carefully in order to develop a principled approach to determining whether the *Charter* applies and avoid the uncertainties that now plague the question.

103 The court must first turn to s. 32 in order to determine whether the actors are agents of government and then determine whether the activities fall within the scope of the legislative authority of Parliament or the provincial legislatures. It must begin by considering the wording of s. 32(1) of the *Charter*, bearing in mind that provision's two distinct components. As a threshold question, it must be asked whether there is a state actor in the sense of a government agent or official possessing statutory authority or exercising a public function (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 34-13 to 34-15 and 34-16 to 34-18). Police officers are clearly government actors to whom, *prima facie*, the *Charter* would apply: "By its terms, s. 32(1) dictates that the *Charter* applies to the Canadian police by virtue of their identity as part of the Canadian government" (*Cook*, at para. 124). However, the inquiry does not end there. It is clear that s. 32(1) applies to state actors "in respect of all matters" within the authority of Parliament or the provincial legislatures. The second part of the s. 32(1) inquiry is essential in such cases.

104 Although, on the basis of nationality, Canada has some jurisdiction over Canadian agents acting abroad, that jurisdiction is subject to the caveat that the matter must be within the authority of Parliament or the provincial legislatures. Consequently, Canada's jurisdiction is circumscribed

internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada.

(4) Une méthode de pondération

En raison des considérations qui précèdent, l'application de la *Charte* aux enquêtes menées à l'étranger soulève plusieurs questions. Il faudra examiner chacune d'elles attentivement afin de définir une méthode raisonnée, apte à déterminer si la *Charte* s'applique et de dissiper l'incertitude actuelle.

D'abord, les tribunaux doivent s'en remettre à l'art. 32 pour déterminer si les acteurs en cause sont des mandataires du gouvernement et si les activités en cause ressortissent à la compétence législative du Parlement ou de la législature d'une province. Il convient de commencer par l'examen des termes employés au par. 32(1) de la *Charte*, en gardant présentes à l'esprit les deux composantes distinctes de la disposition. La question préliminaire consiste à déterminer si nous sommes en présence d'un acteur étatique, c'est-à-dire un mandataire du gouvernement ou un fonctionnaire investi d'un pouvoir légal ou exerçant une charge publique (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 34-13 à 34-15 et 34-16 à 34-18). Le policier est clairement un acteur étatique auquel s'applique à première vue la *Charte* : « Aux termes de cette disposition, la *Charte* s'applique à la police canadienne parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province » (arrêt *Cook*, par. 124). L'examen ne prend pas fin pour autant. Il ressort du par. 32(1) que la *Charte* s'applique aux acteurs étatiques « pour tous les domaines » relevant du Parlement ou des législatures provinciales. Le second volet de l'analyse fondée sur le par. 32(1) est alors essentiel.

Bien que, sur le fondement de la nationalité, le Canada ait une certaine compétence à l'égard de ses mandataires à l'étranger, cette compétence doit s'exercer dans un domaine relevant du Parlement ou de la législature d'une province. La compétence du Canada se trouve donc limitée par la

by the territorial jurisdiction of the state in which its agents are operating. For example, Canadian consular officials operating abroad have some immunity from local laws on the basis of nationality jurisdiction, but that does not mean they have the power to abide by Canadian laws and only Canadian laws when in the host state. Bastarache J. correctly noted in *Cook* that a Canadian police officer is not stripped of his or her status as such on crossing the border into the U.S., but the officer's authority to exercise state powers is necessarily curtailed. Canada does not have authority over all matters respecting what the officer may or may not do in the foreign state. Where Canada's authority is limited, so too is the application of the *Charter*.

compétence territoriale de l'État étranger. Par exemple, le fonctionnaire consulaire canadien en poste à l'étranger jouit à l'égard des lois locales d'une certaine immunité fondée sur la compétence nationale, mais il ne s'ensuit pas pour autant que seules les lois canadiennes lui sont opposables pendant son séjour dans l'État d'accueil. Dans l'arrêt *Cook*, le juge Bastarache a affirmé avec justesse que le policier canadien qui se rend aux États-Unis demeure un policier canadien, mais que son pouvoir d'exercer les attributions conférées par l'État est nécessairement limité. Le Canada n'a pas compétence dans tous les domaines à l'égard des actes permis à l'agent dans l'autre État. Lorsque survient une telle limitation de la compétence du Canada, elle vaut aussi pour l'application de la *Charte*.

Neither Parliament nor the provincial legislatures have the power to authorize the enforcement of Canada's laws over matters in the exclusive territorial jurisdiction of another state. Canada can no more dictate what procedures are followed in a criminal investigation abroad than it can impose a taxation scheme in another state's territory. Criminal investigations implicate enforcement jurisdiction, which, pursuant to the principles of international law discussed above, cannot be exercised in another country absent the consent of the foreign state or the application of another rule of international law under which it can so be exercised. While concurrent jurisdiction over prosecutions of crimes linked with more than one country is recognized under international law, the same is not true of investigations, which are governed by and carried out pursuant to territorial jurisdiction as a matter inherent in state sovereignty. Any attempt to dictate how those activities are to be performed in a foreign state's territory without that state's consent would infringe the principle of non-intervention. And, as mentioned above, without enforcement, the *Charter* cannot apply.

105 Ni le Parlement ni les législatures provinciales n'ont le pouvoir d'autoriser l'application des lois canadiennes à des événements qui relèvent de la seule compétence territoriale d'un autre pays. À l'étranger, le Canada ne peut pas davantage dicter la procédure à suivre dans le cadre d'une enquête criminelle qu'il n'a la capacité d'y légiférer en matière de fiscalité. L'enquête criminelle met en jeu la compétence d'exécution et, selon les principes de droit international analysés précédemment, celle-ci ne peut être exercée dans un autre pays sans que l'État étranger y consente ou qu'une autre règle du droit international le permette. Lorsqu'un crime possède un lien avec plus d'un pays, le droit international reconnaît le caractère concurrent de la compétence à l'égard de la poursuite, mais pas l'égard de l'enquête, qui ressortit fondamentalement à la compétence territoriale en raison de la souveraineté des États. Toute tentative du Canada de régir le déroulement de l'enquête sans le consentement de l'État étranger porterait atteinte au principe de la non-intervention. Et, je le répète, sans le pouvoir de faire respecter ses dispositions, la *Charte* ne saurait recevoir d'application.

In some cases, the evidence may establish that the foreign state consented to the exercise of Canadian enforcement jurisdiction within its territory. The *Charter* can apply to the activities of Canadian officers in foreign investigations where the host state consents. In such a case, the investigation would

106 Il peut arriver que la preuve établisse le consentement de l'État étranger à l'exercice, sur son territoire, de la compétence d'exécution du Canada. La *Charte* peut s'appliquer aux actes d'agents canadiens lors d'une enquête à l'étranger si l'État d'accueil y consent. L'enquête appartient alors à un

be a matter within the authority of Parliament and would fall within the scope of s. 32(1). Consent clearly is neither demonstrated nor argued on the facts of the instant appeal, so it is unnecessary to consider when and how it might be established. Suffice it to say that cases in which consent to the application of Canadian law in a foreign investigation is demonstrated may be rare.

107 If the court is not satisfied that the foreign state consented to the enforcement of Canadian law in its territory, it must turn to the final stage of the inquiry and consider how to ensure the fairness of a trial held in Canada. What is in issue at this stage is no longer whether the actions of state agents outside Canada were consistent with the *Charter*, but whether they affect the fairness of a trial inside Canada.

108 Any individual tried in Canada for an offence under Canadian law has, pursuant to s. 11(*d*) and to centuries of common law, the right to a fair trial. In addition, everyone has the right to liberty and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7). This Court has in fact held that the right to a fair trial is a principle of fundamental justice: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603. If evidence is gathered in a way that fails to meet certain minimum standards, its admission at trial in Canada may — regardless of where it was gathered — amount to a violation of either or both of those sections of the *Charter*. Judges have the discretion to exclude evidence that would result in an unfair trial. That discretion, long established at common law, has attained constitutional status by being entrenched in s. 11(*d*) of the *Charter*. However, it does not automatically follow that a trial will be unfair or that the principles of fundamental justice will be infringed if evidence obtained in circumstances that do not meet *Charter* standards is admitted: *Harrer*, at para. 14.

109 The circumstances in which the evidence was gathered must be considered in their entirety to

domaine relevant du Parlement et tombe sous le coup du par. 32(1). Il est clair que l'existence d'un consentement n'est pas prouvée ni même alléguée en l'espèce, de sorte qu'il n'y pas lieu de déterminer à quelles conditions et de quelle manière elle peut être établie. Je ferai seulement observer que rares seront les cas dans lesquels l'on pourra prouver l'assujettissement au droit canadien d'une enquête à l'étranger.

Le tribunal qui n'est pas convaincu que l'État étranger a consenti à l'application du droit canadien dans son territoire doit passer à la dernière étape de l'analyse et déterminer la manière de garantir l'équité d'un procès au Canada. Il ne s'agit plus de savoir si les actes accomplis à l'étranger par les mandataires de l'État ont respecté la *Charte*, mais bien s'ils ont des conséquences sur l'équité du procès au Canada.

L'alinéa 11*d*) de la *Charte* et des siècles d'application de la common law garantissent un procès équitable à toute personne accusée au Canada d'une infraction prévue en droit canadien. De plus, l'art. 7 dispose que chacun a droit à la liberté et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Notre Cour a effectivement statué que le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603. Lorsqu'un élément de preuve est obtenu — où que ce soit — d'une manière qui ne respecte pas certaines conditions de base, son admission en preuve au Canada peut emporter la violation de l'une ou l'autre de ces dispositions de la *Charte*, ou des deux. Le tribunal détient le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Consacré depuis longtemps en common law, ce pouvoir est désormais constitutionnalisé à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Cependant, l'admission en preuve d'un élément obtenu dans des circonstances non conformes aux exigences de la *Charte* ne rendra pas automatiquement le procès inéquitable ni ne constituera d'emblée une atteinte aux principes de justice fondamentale : *Harrer*, par. 14.

Il faut examiner toutes les circonstances de l'obtention d'un élément de preuve pour décider si son

determine whether admission of the evidence would render a Canadian trial unfair. The way in which the evidence was obtained may make it unreliable, as would be true of conscriptive evidence, for example. The evidence may have been gathered through means, such as torture, that are contrary to fundamental *Charter* values. Such abusive conduct would taint the fairness of any trial in which the evidence was admitted: *Harrer*, at para. 46. La Forest J. offered the following additional guidance in *Harrer*, at paras. 16-18:

> The fact that the evidence was obtained in another country in accordance with the law of that country may be a factor in assessing fairness. Its legality at the place in question will necessarily affect all participants, including the police and the individual accused. More specifically, conformity with the law of a country with a legal system similar to our own has even more weight, for we know that a number of different balances between conflicting principles can be fair . . . .
>
> But the foreign law is not governing in trials in this country. For example, it may happen that the evidence was obtained in a manner that conformed with the law of the country where it was obtained, but which a court in this country would find in the circumstances of the case would result in unfairness if admitted at trial. On the other hand, the procedural requirements for obtaining evidence imposed in one country may be more onerous than ours. Or they may simply have rules that are different from ours but are not unfair. Or again we may not find in the particular circumstances that the manner in which the evidence was obtained was sufficiently objectionable as to require its rejection. In coming to a decision, the court is bound to consider the whole context.
>
> At the end of the day, a court is left with a principled but fact-driven decision.

La Forest J. and McLachlin J. both found that admission of the evidence would not render the trial unfair in the circumstances of that case. McLachlin J. noted in particular that the relevant

admission rendrait inéquitable le procès instruit au Canada. La manière dont est recueilli un élément de preuve peut le rendre non crédible : p. ex., la mobilisation de l'accusé contre lui-même. La preuve peut avoir été obtenue sous la torture ou un autre moyen contraire aux valeurs fondamentales de la *Charte*, auquel cas son admission compromettrait l'équité du procès au Canada : *Harrer*, par. 46. Dans cet arrêt, le juge La Forest a ajouté à ce propos (par. 16-18) :

> Le fait que l'élément de preuve ait été recueilli dans un autre pays, conformément au droit de ce pays, peut être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qui est équitable. La légalité de cet élément de preuve dans le pays en question aura nécessairement des conséquences pour les divers intervenants, y compris la police et l'accusé. De façon plus particulière, l'élément de preuve aura un poids encore plus grand s'il est conforme aux règles de droit d'un pays ayant un système juridique similaire au nôtre, car nous savons que le fait que des pays aient établi un équilibre différent entre des valeurs opposées n'est pas un obstacle à l'équité . . .
>
> Cependant, ce n'est pas le droit étranger qui s'applique dans les procès au Canada. Par exemple, il est possible qu'un élément de preuve ait été recueilli conformément au droit du pays étranger visé, mais qu'un tribunal canadien juge néanmoins que, dans les circonstances de l'espèce, admettre cet élément entraînerait un procès inéquitable. Par ailleurs, il se peut également que les exigences procédurales d'un pays étranger en matière d'obtention de la preuve soient plus rigoureuses que les nôtres, ou encore que certains pays aient des règles tout simplement différentes des nôtres, sans pour autant que ces règles soient inéquitables. Enfin, il est toujours possible que nous jugions que, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'élément de preuve n'a pas été obtenu d'une manière suffisamment condamnable pour qu'il soit nécessaire de l'écarter. Pour prendre sa décision à cet égard, le tribunal doit tenir compte de l'ensemble du contexte.
>
> En fin de compte, le tribunal rend une décision qui est fondée sur des principes mais déterminée par les faits.

110 Les juges La Forest et McLachlin ont tous deux conclu que l'admission de l'élément de preuve n'aurait pas rendu le procès inéquitable dans les circonstances de l'espèce. La juge McLachlin a en

circumstances included the expectations of the accused in the place where the evidence was taken, and that the police conduct was neither unfair nor abusive. She made the following comment, at para. 49: "The unfairness arises in large part from the accused's expectation that the police in Canada will comply with Canadian law. Where the [evidence] is [gathered] abroad, the expectation is otherwise."

111 Individuals can reasonably expect that certain basic standards will be adhered to in all free and democratic societies; where those standards are deviated from in gathering evidence, a Canadian trial that relies on that evidence may be unfair. In such instances, "[i]t may be that . . . notwithstanding the suspect's submission to the law of the foreign jurisdiction, to admit the evidence would be so grossly unfair as to repudiate the values underlying our trial system and condone procedures which are anathema to the Canadian conscience" (*Harrer*, at para. 51). Whether the evidence was obtained in compliance with or in violation of the law of the foreign state may also be relevant. However, where commonly accepted laws are complied with, no unfairness results from variances in particular procedural requirements or from the fact that another country chooses to do things in a somewhat different way than Canada. Further, the failure to comply with a particular rule in a given case does not necessarily amount to an injustice. As La Forest J. noted in *Harrer*, at para. 15, "we must be mindful that a constitutional rule may be adopted to ensure that our system of obtaining evidence is so devised as to ensure that a guaranteed right is respected as a matter of course". The rule is directed not at the individual case alone, but rather at systemic fairness — a concern that does not arise in foreign investigations under foreign systems. Instead, the concern is to preserve the fundamental values of the Canadian trial process.

112 Despite the fact that the right to a fair trial is available only at the domestic level, after the investigation, it does provide an incentive for Canadian

particulier fait état, au nombre des circonstances à considérer, des attentes de l'accusée là où l'élément avait été recueilli, et elle a estimé que le comportement des policiers n'avait été ni inéquitable ni abusif. Elle a fait observer que « [l]'injustice découle en grande partie du fait que l'accusé s'attend à ce que les policiers canadiens respectent la loi canadienne. Lorsque la [preuve] est recueillie à l'étranger, les attentes ne sont pas les mêmes » (par. 49).

On peut raisonnablement s'attendre au respect de certaines exigences fondamentales dans toute société libre et démocratique. Lorsqu'il n'est pas satisfait à ces exigences pour l'obtention d'un élément de preuve, le procès canadien qui s'appuie sur cet élément peut devenir inéquitable. Dans ce cas, « [i]l se peut que [. . .] même si le suspect était soumis à la loi étrangère, utiliser [l'élément] de preuve constituerait une injustice criante au point de rejeter les valeurs qui sous-tendent notre système judiciaire et de tolérer des procédures qui sont totalement condamnées au Canada » (*Harrer*, par. 51). Le fait que l'élément de preuve a été obtenu conformément ou non au droit de l'État étranger peut aussi devenir pertinent. Toutefois, lorsque les règles généralement reconnues sont respectées, une différence au chapitre des exigences procédurales ou le choix du pays étranger de faire les choses différemment n'entraîne pas d'iniquité. En outre, le non-respect d'une règle particulière dans un cas donné n'équivaut pas nécessairement à une injustice. Comme l'a souligné le juge La Forest dans l'arrêt *Harrer*, « il faut être conscient qu'une règle constitutionnelle peut être adoptée pour faire en sorte que nos mécanismes d'obtention de la preuve soient conçus de manière à assurer, dans le cours normal des choses, le respect d'un droit garanti » (par. 15). La règle vise non seulement l'équité dans le cas considéré, mais aussi l'équité systémique, un objectif qui ne vaut pas pour l'enquête dans un autre État menée conformément aux exigences de ce dernier. La règle vise plutôt à préserver les valeurs fondamentales de la procédure judiciaire au Canada.

Même si le droit à un procès équitable s'applique seulement dans notre pays après l'enquête menée en collaboration à l'étranger, il incite le policier

police officers to encourage foreign police to maintain high standards in the course of a co-operative investigation so as to avoid having the evidence excluded or a stay entered: *Terry*, at para. 26. In a similar vein, L'Heureux-Dubé J. commented in *Cook*, at para. 103, that to the extent that it is possible to do so in the circumstances, Canadian police should strive to conduct investigations outside Canada in accordance with the letter and spirit of the *Charter*, even when its guarantees do not apply directly.

canadien à encourager son homologue étranger à observer des normes rigoureuses afin d'éviter l'exclusion d'un élément de preuve ou l'arrêt des procédures : *Terry*, par. 26. Dans le même ordre d'idées, la juge L'Heureux-Dubé a opiné que lors d'une enquête à l'étranger, le policier canadien doit, dans la mesure du possible, s'efforcer de respecter la lettre et l'esprit de la *Charte* même lorsque les droits qu'elle garantit ne s'appliquent pas directement : *Cook*, par. 103.

G. *Summary of the Approach*

The methodology for determining whether the *Charter* applies to a foreign investigation can be summarized as follows. The first stage is to determine whether the activity in question falls under s. 32(1) such that the *Charter* applies to it. At this stage, two questions reflecting the two components of s. 32(1) must be asked. First, is the conduct at issue that of a Canadian state actor? Second, if the answer is yes, it may be necessary, depending on the facts of the case, to determine whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the *Charter* to the extraterritorial activities of the state actor. In most cases, there will be no such exception and the *Charter* will not apply. The inquiry would then move to the second stage, at which the court must determine whether evidence obtained through the foreign investigation ought to be excluded at trial because its admission would render the trial unfair.

G. *Résumé de la méthode à appliquer*

113 Je résumerai maintenant la méthode grâce à laquelle on peut déterminer si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger. La première étape consiste à se demander si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1) et est soumis à la *Charte*. En raison de la présence des deux alinéas du par. 32(1), deux sous-questions se posent alors. Premièrement, l'acte a-t-il été accompli par un acteur étatique canadien? Deuxièmement, dans l'affirmative, il peut se révéler nécessaire, selon les faits de l'espèce, de déterminer si une exception au principe de souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique. Dans la plupart des cas, aucune ne vaudra, et la *Charte* n'aura pas d'effet. Le tribunal passe alors à la seconde étape — déterminer si la preuve obtenue à l'issue de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès.

H. *Application to the Facts*

I will now apply the foregoing methodology to the facts of the instant case.

At the first stage, there is no question in the case at bar that the RCMP officers involved in the searches and seizures are state actors for the purposes of s. 32(1). However, since the search was carried out in Turks and Caicos, it is not a matter within the authority of Parliament. Without evidence of consent, that is enough to conclude that the *Charter* does not apply. It is not reasonable to suggest that

H. *Application aux faits*

114 J'appliquerai maintenant cette méthode aux faits de l'espèce.

115 En ce qui a trait à la première étape, il ne fait aucun doute que les agents de la GRC ayant pris part aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées en l'espèce sont des acteurs étatiques pour les besoins du par. 32(1). Cependant, puisque les mesures ont été prises aux îles Turks et Caicos, elles n'appartiennent pas à un domaine relevant du Parlement. Nul consentement n'ayant été établi,

Turks and Caicos consented to Canadian extraterritorial enforcement jurisdiction in the instant case. Nonetheless, I will say a few words on the factual circumstances of the investigation.

116 The trial judge made several significant findings of fact, and the appellant has not attempted to argue that they were based on a palpable and overriding error. Those findings are that:

- Detective Superintendent Lessemun "agreed to allow the RCMP to continue its investigation on the Islands, but was adamant he was going to be in charge, and that the RCMP would be working under his authority" (para. 4);
- "the RCMP officers were, and understood that they were, operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun" (para. 25);
- the RCMP officers "were subject to Turks & Caicos authority" (para. 25);
- "the Canadian police, in this case, were operating under and subject to the authority of Detective Superintendent Lessemun" (para. 29); and
- "the propriety and legality of the entries into the private premises in the Turks & Caicos Islands ... are subject to Turks & Caicos criminal law and procedures and the superintending scrutiny of the Turks & Caicos courts" (para. 29).

As those findings demonstrate, Turks and Caicos clearly and consistently asserted its territorial jurisdiction in the conduct of the investigation within its borders. It controlled the investigation at all times, repeatedly making it known to the RCMP officers that, at each step, the activities were being carried out pursuant to Turks and Caicos authority alone. As found by the trial judge, the RCMP officers were well aware that, when operating in Turks and Caicos, they were working under the authority and direction of Detective Superintendent

force est donc de conclure que la *Charte* ne s'applique pas. On ne saurait prétendre que les îles Turks et Caicos ont consenti en l'espèce à l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution du Canada. Voici néanmoins quelques remarques au sujet du déroulement de l'enquête.

Le juge du procès a tiré plusieurs conclusions de fait importantes, et l'appelant n'a pas tenté d'établir qu'elles reposaient sur une erreur manifeste et dominante :

- le commissaire Lessemun a autorisé la GRC à poursuivre l'enquête dans l'archipel, mais il a précisé qu'il en aurait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité (par. 4).
- les agents de la GRC étaient sous l'autorité du commissaire Lessemun et ils en étaient conscients (par. 25);
- les agents de la GRC étaient soumis aux autorités des îles Turks et Caicos (par. 25);
- en l'espèce, les policiers canadiens agissaient sous l'autorité du commissaire Lessemun (par. 29);
- la régularité et la légalité des entrées clandestines dans les locaux privés aux îles Turks et Caicos relevaient du droit criminel et de la procédure pénale de ce pays et étaient assujetties au contrôle des tribunaux locaux (par. 29).

Comme le montrent ces conclusions, les îles Turks et Caicos ont toujours fait clairement valoir leur compétence territoriale à l'égard de l'enquête menée dans son territoire. Elles ont conservé la responsabilité de l'enquête du début à la fin, rappelant maintes fois aux agents de la GRC qu'à chacune des étapes, les mesures étaient prises sous leur seule autorité. Comme l'a conclu le juge du procès, les agents de la GRC étaient bien conscients du fait qu'ils étaient soumis, dans l'archipel, à l'autorité du commissaire Lessemun. Même si une grande

Lessemun. Although much of the planning took place in Canada, and Canada contributed much of the human and technological resources, Turks and Caicos law and procedure applied to all the searches: it applied to the perimeter searches in February 1998, to the covert entries in March 1998, and to the overt entries in February 1999. In his trial testimony, Officer Boyle explained this as follows:

> I – I don't think there would have been any way, and certainly we would – I wasn't of the – I wasn't of the opinion that we would make [Detective Superintendent Lessemun] answerable to us in any way. We were – we were at his – it was at his discretion as to what we were allowed to do on that island. We were asking for his assistance as a Turks and Caicos police officer.
>
> . . .
>
> . . . I had no authority. None of our officers, myself or the RCMP officers, had any authority to conduct any investigations or searches on the island.

Finally, warrants were sought in Turks and Caicos courts, and that country's authorities prevented the seized documents from being removed to Canada.

The appellant took issue in this appeal with the trial judge's finding that the RCMP and Turks and Caicos officers were engaged in a "co-operative investigation". There is no magic in the words "co-operative investigation", because the issue relates not to who participated in the investigation but to the fact that it occurred on foreign soil and that consent was not given for the exercise of extraterritorial jurisdiction by Canada. When investigations are carried out within another country's borders, that country's law will apply. A co-operative effort involving police from different countries "does not make the law of one country applicable in the other country": *Terry*, at para. 18.

In short, although Canadian state actors were involved, the searches and seizures took place in Turks and Caicos and so were not matters within the authority of Parliament. The *Charter* does not apply.

partie de l'opération a été planifiée au Canada et que l'apport canadien a été important sur le plan des ressources humaines et techniques, le droit et la procédure des îles Turks et Caicos se sont appliqués à la totalité de l'opération, soit aux perquisitions périphériques de février 1998, aux entrées clandestines de mars 1998 et aux visites de février 1999. Au procès, l'agent Boyle a expliqué :

> [TRADUCTION] Je – je ne pense pas qu'il y aurait eu moyen, et nous aurions certainement – je ne – je ne croyais pas que [le commissaire Lessemun] aurait pu nous être subordonné de quelque manière. Nous – nous relevions – lui seul décidait de ce que nous étions autorisés à faire dans l'archipel. Nous demandions son assistance en tant que policier des îles Turks et Caicos.
>
> . . .
>
> . . . je n'avais aucun pouvoir. Aucun de nos agents, ni moi ni les autres agents de la GRC, n'avait le pouvoir de faire enquête ou d'effectuer des fouilles et des perquisitions dans l'archipel.

Enfin, des demandes de mandat ont été présentées aux tribunaux des îles Turks et Caicos, et les autorités de l'archipel ont empêché le transfert au Canada des documents saisis.

117 L'appelant conteste la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers de la GRC et ceux des îles Turks et Caicos ont participé à une « enquête menée en collaboration ». Cette qualification importe peu. Ce n'est pas l'identité des participants à l'enquête qui revêt un caractère déterminant, mais plutôt le fait que celle-ci a eu lieu en sol étranger, sans consentement à l'exercice de la compétence extraterritoriale du Canada. Lorsqu'une enquête se déroule dans un autre pays, le droit étranger s'applique. Une opération à laquelle collaborent des policiers de différents pays « ne rend pas les lois d'un pays applicables dans un autre » : *Terry*, par. 18.

118 En somme, même si des acteurs étatiques canadiens étaient en cause, les fouilles, les perquisitions et les saisies ont eu lieu aux îles Turks et Caicos et n'appartenaient donc pas à un domaine relevant du Parlement. La *Charte* ne s'applique pas.

119 The final recourse available to the appellant would be to demonstrate that the trial judge erred in admitting the evidence because doing so rendered the trial unfair. The trial judge determined that to admit the evidence would not result in an unfair trial and that it need not therefore be excluded, and the appellant did not argue trial fairness in this appeal. Nonetheless, I will consider this issue briefly.

120 There was some discussion at trial about the existence of warrants authorizing the March 14, 1998 entries. No warrants were admitted into evidence, and I must proceed on the basis that the searches were warrantless. However, considering all the circumstances, I cannot conclude that the admission of the documents obtained through the searches rendered the trial unfair. The evidence at issue consists of documents obtained from the BWIT's office. As Juriansz J. found in his ruling on the application to exclude, it is not conscriptive evidence. The actions of the RCMP officers were not unreasonable or unfair, as they were acting under Detective Superintendent Lessemun's direction and had a genuine and reasonable belief that they were complying with Turks and Caicos law. They thought that search warrants had been obtained and that the investigation was lawful under Turks and Caicos law. The RCMP officers acted in good faith at all times. Their actions were not improper. The way in which the evidence was obtained in no way undermines its reliability. Moreover, since he had chosen to conduct business in Turks and Caicos, the appellant's reasonable expectation should have been that Turks and Caicos law would apply to the investigation. Although no warrants were admitted at trial, I can find no evidence that the searches and seizures were conducted in a manner inconsistent with the requirements of Turks and Caicos law. Little evidence was presented on Turks and Caicos law. Foreign law must be proved. I see no basis for concluding that the procedural requirements for a lawful search and seizure under Turks and Caicos law fail to meet basic standards commonly accepted by free and democratic societies.

Le dernier moyen dont dispose l'appelant consisterait à établir que le juge du procès a eu tort d'admettre les éléments de preuve, car le procès en a été rendu inéquitable. Le juge du procès a conclu que les éléments ne devaient pas être écartés pour ce motif, et l'appelant n'a pas invoqué la question de l'équité du procès dans le présent pourvoi. J'examinerai néanmoins la question brièvement.

L'existence de mandats autorisant les entrées du 14 mars 1998 n'a pas été clairement établie au procès. Aucun document n'a été présenté à l'appui et je dois considérer que les fouilles et les perquisitions ont été effectuées sans mandat. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne puis toutefois conclure que l'admission des documents obtenus grâce aux fouilles et aux perquisitions ont rendu le procès inéquitable. Les éléments de preuve en cause sont des documents saisis aux bureaux de la BWIT. Comme l'a fait observer le juge Juriansz, il ne s'agit pas d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Les agents de la GRC n'ont pas agi de manière abusive ou inéquitable. Ils ont suivi les instructions du commissaire Lessemun et ont véritablement et raisonnablement cru respecter le droit des îles Turks et Caicos. Ils pensaient que des mandats de perquisition avaient été délivrés et que l'enquête était conforme au droit local. Ils ont toujours agi de bonne foi. Leurs actes n'ont pas été abusifs. Le mode d'obtention de la preuve ne diminue en rien sa valeur. De plus, en choisissant d'exercer ses activités aux îles Turks et Caicos, l'appelant aurait dû raisonnablement s'attendre à ce que le droit de l'archipel s'applique à l'enquête. Bien qu'aucun mandat n'ait été admis en preuve au procès, je ne puis conclure que les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées sans que les exigences du droit local soient respectées. Peu d'éléments de preuve ont été présentés concernant le régime juridique des îles Turks et Caicos. Le droit étranger doit être prouvé. Rien ne permet de conclure que les exigences procédurales applicables aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies dans l'archipel ne sont pas équivalentes à celles qui s'appliquent généralement à ces mesures dans les sociétés libres et démocratiques.

I do not think the circumstances demonstrate that this is a case where admission of the evidence would violate the appellant's right to a fair trial.

Je ne crois pas qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où l'admission des éléments de preuve porterait atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable. 121

III. Disposition

III. Dispositif

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité. 122

The reasons of Bastarache, Abella and Rothstein were delivered by

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella et Rothstein rendus par

BASTARACHE J. — This appeal is concerned with only one situation, investigatory actions undertaken by Canadian law enforcement officials in the Turks and Caicos Islands. It is argued that this Court's decision in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, left unclear whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will apply in such a case and that some clarification of the issue is required.

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi ne vise qu'une situation, soit celle où des mesures d'enquête sont prises par des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos. Dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, notre Cour n'aurait pas tranché clairement, soutient-on, la question de l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la situation considérée en l'espèce, de sorte que des éclaircissements s'imposeraient. 123

I have read the reasons of LeBel J. and believe we agree on many points. We agree that Canadian officers must respect fundamental human rights when investigating abroad. We also see the need for Canadian officers to participate effectively in the fight against transnational crime and recognize that this will often require Canadian officials to follow foreign laws and procedures. We both recognize that, on one hand, comity demands respect for a foreign state's choice of criminal procedure, while on the other hand, there is the possibility that some foreign procedures may violate fundamental human rights. In essence, we both see the need to strike a balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and the protection of fundamental human rights.

J'ai pris connaissance des motifs du juge LeBel et j'y souscris en grande partie. Nous sommes tous deux d'avis que les policiers canadiens doivent respecter les droits fondamentaux de la personne lorsqu'ils font enquête à l'étranger. En outre, nous jugeons nécessaire qu'ils participent effectivement à la lutte contre la criminalité transnationale et nous reconnaissons que cela exige souvent qu'ils se conforment à des règles de droit et de procédure étrangères. Nous convenons également que la courtoisie internationale exige le respect de la procédure pénale établie par l'État étranger, mais qu'il peut arriver que celle-ci porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Essentiellement, nous convenons de la nécessité d'établir un équilibre entre, d'une part, la participation efficace des policiers canadiens à la lutte contre la criminalité transnationale et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux de la personne. 124

Where we disagree is on the *Charter*'s role in this process. My colleague sees international law as the proper vehicle for achieving this balance. I prefer to continue to rely on the *Charter*, as this Court attempted to do in *Cook*, though I recognize

Toutefois, nous divergeons d'opinions quant au rôle de la *Charte* dans cette démarche. Selon mon collègue, c'est en fonction du droit international que s'établit le mieux cet équilibre. Pour ma part, je préfère m'en tenir à la *Charte*, comme notre Cour 125

there are problems with the position of the majority in that case that must be dealt with. Constitutions operate to define the sphere of legitimate governmental action; the *Charter* imposes restraints on all conduct of Canadian government officials with respect to fundamental human rights. It is a flexible document, amenable to contextual interpretation and permitting reasonable justifications of limitations to fundamental rights. I am of the view that it can apply to Canadian officers operating in another country without jeopardizing the need for comity.

126 I would resolve this case by ruling that the *Charter* did apply to the search and seizures conducted by the RCMP in the Turks and Caicos Islands. I would however dismiss the appeal by finding that Hape has not established a breach of s. 8 of the *Charter*.

I. Background

127 I generally agree with the summary of facts and judicial history of the case as set out by my colleague. However, I find it useful for the analysis that is to follow to set out the trial judge's ruling on the *Charter* and s. 8 in greater detail.

128 The trial judge resolved Hape's *Charter* motion by reference to *Cook*. He first noted that the majority found the *Charter* did apply to the actions of Canadian law enforcement in foreign territory and then cited an excerpt from my concurring reasons as imposing a qualification based on the extent of control an officer exercises over the investigation ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

129 He then stated that both the majority and concurring reasons require more than just s. 32 compliance, citing the majority's statement that the *Charter* will not apply where it "interfere[s] with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate[s] an objectionable extraterritorial effect" (para. 20).

a tenté de le faire dans l'arrêt *Cook*. Je reconnais cependant que la position des juges majoritaires dans cet arrêt pose certains problèmes qui doivent être réglés. Une constitution délimite l'action gouvernementale. La *Charte*, elle, limite les actes des membres de l'appareil gouvernemental canadien afin d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne. La *Charte* est un instrument souple qui se prête à une interprétation contextuelle et qui permet d'apporter à un droit fondamental une restriction fondée sur un motif raisonnable. À mon sens, on peut l'appliquer à un policier canadien faisant enquête à l'étranger sans que cela ne porte atteinte au principe de courtoisie internationale.

En l'espèce, j'estime que la *Charte* s'appliquait aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies de la GRC aux îles Turks et Caicos, mais je suis d'avis de rejeter le pourvoi, car M. Hape n'a pas prouvé la violation de l'art. 8 de la *Charte*.

I. Contexte

Je fais généralement miens le résumé des faits et l'historique judiciaire de mon collègue. Toutefois, il me paraît utile, pour les besoins de ma propre analyse, d'exposer plus en détail les conclusions du juge du procès relatives à la *Charte* et à son art. 8.

Le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *Cook* pour statuer sur la requête présentée par M. Hape en application de la *Charte*. Il a d'abord relevé la conclusion des juges majoritaires selon laquelle la *Charte* s'appliquait aux actes des policiers canadiens à l'étranger, mais — citant à l'appui un passage de mes motifs concordants — qu'il fallait tenir compte de la mesure dans laquelle les policiers avaient dirigé l'enquête ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

Il a ajouté que suivant les motifs majoritaires et concordants, la stricte conformité à l'art. 32 ne suffisait pas, les juges majoritaires ayant opiné que la *Charte* ne pouvait s'appliquer que si elle ne portait pas « atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produi[sai]t donc pas d'effet extraterritorial inacceptable » (par. 20).

The trial judge went on to discuss alternative language used by the majority to express this requirement, specifically that "Charter standards could 'not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state'" (para. 21). He then quoted all of para. 54 of *Cook* where he found that the majority again stressed this limitation.

The trial judge then pointed out the majority's emphasis on the words "co-operative investigation" in para. 54, quoting Justice McLachlin's (as she then was) observation in *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, that "any co-operative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken".

Following this, the trial judge rejected the defence's argument that a "co-operative investigation" is one where the participants make relatively equal contributions. He found that the term did not connote the extent of participation of the parties except that they "wor[k] together to the same end" (para. 24).

He then proceeded to find that the RCMP officers in question were involved in a "co-operative investigation":

> In any event, Detective Superintendent Lessemun was with the Canadian police at all times and did play a role in what they did by acting as a look-out, by providing information, and, the Canadian police believed, by obtaining warrants. While the Canadians may have made a larger contribution of officers, expertise and equipment, the Turks & Caicos contributed police authority in the jurisdiction. The RCMP sought and was granted permission from the Turks & Caicos authorities to conduct investigation on the Island. I accept Officer Boyle's testimony that the RCMP officers were, and understood that they were, operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun. The fact that the RCMP could not remove the seized records from the Island, as they had planned, makes apparent that they were subject to Turks & Caicos authority.
>
> I find that all the actions of the RCMP on the Turks and Caicos Islands were part of a "co-operative investigation." [paras. 25-26]

Il s'est penché sur la même exigence, mais formulée différemment par les juges majoritaires : [TRADUCTION] « l'application des normes imposées par la Charte "n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger" » (par. 21). Puis il a cité le par. 54 de l'arrêt *Cook* en entier où, à son avis, les juges majoritaires revenaient sur cette restriction. 130

Il a relevé dans le même paragraphe l'accent mis sur les mots « enquête fondée sur la collaboration » employés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207 : « toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l'activité en question se déroule ». 131

Il a rejeté la thèse de la défense voulant qu'une « enquête fondée sur la collaboration » suppose l'égalité relative des participations. Il a conclu qu'une telle enquête n'exigeait pas un niveau particulier de participation de part et d'autre, mais uniquement la collaboration à une même entreprise (par. 24). 132

Il a statué que les agents de la GRC avaient participé à une « enquête fondée sur la collaboration » : 133

> [TRADUCTION] De toute façon, le commissaire Lessemun a toujours accompagné les policiers canadiens et il a participé à l'enquête en faisant le guet, en fournissant des renseignements et, selon ce que croyaient les policiers canadiens, en obtenant des mandats. L'apport du Canada a peut-être été plus grand sur le plan de l'effectif, de l'expertise et du matériel, mais les îles Turks et Caicos avaient la responsabilité de l'enquête policière dans le territoire. La GRC avait obtenu l'autorisation de faire enquête dans l'archipel. J'ajoute foi au témoignage de l'agent Boyle selon lequel les agents de la GRC étaient sous l'autorité du commissaire Lessemun et en étaient conscients. Le fait que les agents de la GRC n'ont pu quitter l'archipel en emportant avec eux les dossiers saisis comme ils l'avaient projeté indique clairement qu'ils étaient soumis à l'autorité des îles Turks et Caicos.
>
> Je conclus que tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos ont été accomplis dans le cadre d'une « enquête fondée sur la collaboration ». [par. 25-26]

134 Following this conclusion, the trial judge determined that it was for him to determine whether the application of the *Charter* to this "co-operative investigation" would result in an objectionable extraterritorial effect. He concluded that it would:

> Cory J. and Iacobucci J., in the majority judgment in Cook, indicated, at paragraphs 15 and 54, that there is an objectionable extra-territorial effect when Canadian criminal law standards are imposed on foreign officials and procedures. In Cook, the words which the Canadian police spoke to the accused were at their complete discretion. The conversation between the Canadian police and Cook, while it took place in a U.S. jail, was not subject to American law and procedure. In that conversation, the Canadian police could have instructed the accused about his right to counsel in accordance with Canadian standards without implicating American criminal law or procedures.
>
> This is a different case, because the Canadian police, in this case, were operating under and subject to the authority of Detective Superintendent Lessemun. Moreover, the propriety and legality of the entries into the private premises in the Turks & Caicos Islands, whether pursuant to warrants or not, are subject to Turks & Caicos criminal law and procedures and the superintending scrutiny of the Turks & Caicos courts. [paras. 28-29]

On this basis, the trial judge held that the *Charter* did not apply.

135 The Court of Appeal essentially endorsed the trial judge's ruling on s. 8, finding that he considered the binding authorities (*Terry* and *Cook*) and correctly concluded on the basis of these authorities that the *Charter* did not apply ((2005), 201 O.A.C. 126).

II. Submissions of the Parties

136 The appellant's argument is that the conduct of the Canadian police falls within the factual confines of *Cook*. He further argues that the courts below erred in not applying the *Charter* on the basis that the RCMP officer's actions were part of a "co-operative investigation". He submits that the passage in *Terry* that employs this term only emphasizes that the *Charter* will not apply to foreign authorities, not that the *Charter* cannot apply

Le juge du procès s'est ensuite demandé — comme il estimait devoir le faire — si l'application de la *Charte* à cette « enquête fondée sur la collaboration » produirait un effet extraterritorial inacceptable. Il a répondu par l'affirmative :

> [TRADUCTION] Les juges Cory et Iacobucci, majoritaires dans l'affaire Cook, indiquent aux par. 15 et 54 que l'effet extraterritorial est inacceptable lorsque les normes du droit pénal canadien sont appliquées à la procédure et aux fonctionnaires étrangers. Dans cette affaire, les policiers canadiens avaient pu dire ce qu'ils avaient voulu à l'accusé. Leur entretien avec M. Cook, même s'il avait eu lieu dans une prison américaine, n'avait pas été assujetti aux règles de droit et de procédure américaines. Au cours de cet entretien, les policiers canadiens auraient pu informer l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat conformément aux exigences canadiennes sans porter atteinte au droit pénal américain — substantiel ou procédural.
>
> La présente espèce se distingue de l'affaire Cook en ce que les policiers canadiens agissaient sous l'autorité du commissaire Lessemun. En outre, la régularité et la légalité des entrées dans les locaux privés aux îles Turks et Caicos, qu'elles aient eu lieu ou non en vertu de mandats, relèvent du droit pénal — substantiel ou procédural — de l'archipel et sont assujetties au contrôle des tribunaux de ce pays. [par. 28-29]

Le juge du procès a donc conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas.

La Cour d'appel a essentiellement fait sienne la décision concernant l'art. 8, concluant que le juge du procès avait tenu compte des arrêts applicables (*Terry* et *Cook*) et avait eu raison de conclure, à la lumière de ces arrêts, que la *Charte* ne s'appliquait pas ((2005), 201 O.A.C. 126).

II. Thèses des parties

L'appelant soutient que les actes des policiers canadiens sont assimilables à ceux considérés dans l'arrêt *Cook*. Il ajoute que les tribunaux inférieurs ont eu tort de conclure à la non-application de la *Charte* au motif que les agents de la GRC avaient agi dans le cadre d'une « enquête fondée sur la collaboration ». Il fait valoir que dans l'arrêt *Terry*, notre Cour a employé cette expression pour préciser que la *Charte* ne s'applique pas aux autorités

to Canadian authorities. The appellant asks that the conviction be quashed as a result of a violation of s. 8 (though I note that he submits no argument on the alleged s. 8 breach or s. 24(2)).

The respondent takes the position that the trial judge correctly applied a "co-operation" test to determine the application of the *Charter*, and that the appellant is really only challenging his factual finding that the RCMP officers were co-operating with and under the control of Turks and Caicos officials. It argues that the decision of the trial judge is entitled to deference absent a palpable and overriding error and notes that no such error has been demonstrated. The respondent further argues that applying the *Charter* in this case would result in imposing the *Charter* to the laws and procedures of a foreign country, which *Cook* determined would constitute an interference with the sovereign authority of that country.

The intervener, Attorney General of Ontario, argues that co-operation *per se* precludes the application of the *Charter* in this case and supports the rulings of the courts below. The intervener does, however, make an alternative argument assuming *Charter* application. It argues that before determining whether *Charter* compliance will constitute an "objectionable extraterritorial effect", it is first necessary to determine the nature and scope of the s. 8 *Charter* right in the location and jurisdiction searched. Essentially, the intervener cautions this Court against endorsing an approach that would permit wholesale application of s. 8 to the activities of Canadian officials investigating abroad. It argues that protection consistent with the law of the foreign country is merited here and that this can be realized by adopting the approach of Lamer C.J. in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, or by relying on comments made by this Court in previous judgments that provide that the scope of s. 8 is determined by a contextual approach. The intervener also emphasizes that a wholesale approach to applying s. 8 abroad would hamper international co-operation in fighting transnational crime.

étrangères, et non qu'elle ne peut s'appliquer aux autorités canadiennes. L'appelant demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité au motif qu'il a été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 (même s'il n'a formulé aucun argument concernant la violation alléguée de l'art. 8 ou du par. 24(2)).

137 L'intimée est d'avis que le juge du procès a correctement appliqué le critère de la « collaboration » pour statuer sur l'application de la *Charte* et que l'appelant ne conteste que la conclusion de fait suivant laquelle les agents de la GRC collaboraient avec les autorités des îles Turks et Caicos et relevaient d'elles. Elle soutient qu'à défaut d'une erreur manifeste et dominante, la décision du juge du procès commande la déférence et elle signale qu'une telle erreur n'a pas été établie. Elle fait également valoir qu'appliquer la *Charte* en l'espèce équivaut à la substituer aux règles de droit et de procédure de l'État étranger, ce qui, suivant l'arrêt *Cook*, porterait atteinte à l'autorité souveraine de ce dernier.

138 L'intervenant, le procureur général de l'Ontario, soutient que la collaboration fait en soi obstacle à l'application de la *Charte* en l'espèce et il appuie les jugements des tribunaux inférieurs. Dans le cas où la *Charte* serait jugée applicable, il fait valoir à titre subsidiaire qu'avant de décider si l'application de la *Charte* produit un « effet extraterritorial inacceptable », il faut déterminer la nature et la portée du droit garanti par l'art. 8 dans le ressort où ont eu lieu les fouilles et les perquisitions. Essentiellement, il met notre Cour en garde contre l'adhésion à une approche qui permettrait l'application sans discernement de l'art. 8 aux enquêtes policières canadiennes à l'étranger. Il prétend que c'est la protection prévue par le droit de l'État étranger qui vaut en l'espèce et qu'elle peut être assurée en recourant à la démarche préconisée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, ou en se fondant sur des arrêts antérieurs où notre Cour a dit que la portée de l'art. 8 est déterminée au moyen d'une analyse contextuelle. L'intervenant fait en outre observer que l'application sans discernement de l'art. 8 à l'étranger nuirait à la collaboration internationale dans la lutte contre la criminalité transnationale.

III. Analysis

139 It is clear from this Court's jurisprudence (notably *Cook*, but also comments made by La Forest J. in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 11 and 12, and by Lamer C.J. in *Schreiber*, at para. 16) that the *Charter*'s reach does not end at the "water's edge". It is less clear, however, when and how the *Charter* applies abroad.

A. *Solution(s) Presented by the Majority Judgment in Cook*

140 At para. 25 of *Cook*, the majority set out two factors it identified as critical to its conclusion that the *Charter* applied to the activities of the Canadian police in that case on the basis of nationality: (1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* does not interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. These two factors have since been seen by many as the test for the application of the *Charter* abroad.

141 Applying this test to the facts in *Cook*, the majority held that s. 10(*b*) of the *Charter* applied to the conduct of two Vancouver police officers in the United States. As to the first stage, the Court found that the officers involved were Canadians and thus the impugned act (failure to provide a proper counsel warning) fell within the scope of s. 32(1). I would similarly find that the first branch of the test in *Cook* applies to the RCMP officers' actions in this case.

142 What remains unclear about the majority's decision in *Cook* is when the second branch of its test has been met. In my view, the majority decision in *Cook* does not provide a definitive answer. Rather, several possible approaches to the question, "When is there an interference with the sovereign authority of foreign state?" appear possible on the basis of *Cook*. I review each of these below.

III. Analyse

Il ressort de la jurisprudence de notre Cour (en particulier de l'arrêt *Cook*, mais aussi des observations du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, aux par. 11 et 12, et du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber*, au par. 16) que la *Charte* s'applique au-delà des limites territoriales. Les conditions et les modalités de cette application à l'étranger sont cependant moins certaines.

A. *Arrêt Cook : Solution(s) proposée(s) par les juges majoritaires*

Les juges majoritaires énoncent deux éléments leur permettant de conclure que la *Charte* s'applique aux actes des policiers canadiens sur le fondement de la nationalité (par. 25) : premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* ne porte pas atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable. Nombre de juristes estiment désormais qu'il s'agit des critères applicables pour déterminer si la *Charte* a une portée extraterritoriale ou non.

Après avoir appliqué ces deux critères aux faits de l'espèce, les juges majoritaires ont conclu que l'al. 10*b*) de la *Charte* s'appliquait aux actes des deux policiers de Vancouver accomplis aux États-Unis. En ce qui concerne le premier, notre Cour a statué que les policiers en cause étaient des Canadiens, de sorte que l'acte reproché (l'omission d'informer convenablement du droit à l'assistance d'un avocat) tombait sous le coup du par. 32(1). J'estime que la même conclusion vaut pour les actes des agents de la GRC en l'espèce.

Or, à la lecture des motifs majoritaires, le moment auquel il est satisfait au deuxième critère — l'absence d'atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger — demeure incertain. Je ne crois pas que la décision majoritaire apporte une réponse définitive. En fait, plusieurs réponses semblent possibles. J'examinerai chacune d'elles.

(1) "Co-Operation"

The reference to Justice McLachlin's comments in *Terry* and the emphasis placed on "co-operation" at para. 54 of *Cook* suggest that co-operation is tantamount to interference with foreign jurisdiction if it involves the application of Canadian laws or procedures and that the determinative test for *Charter* application is therefore whether there is "co-operation" between Canadian and foreign officials or not. This also suggests that there was no co-operation in *Cook*. However, in my view, there clearly had to have been "co-operation", at least in the form of consent, between the U.S. and the Canadian law enforcement officers in order for the interrogation to take place. (See R. A. Harvie and H. Foster, "Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a 'Silver Platter'" (2001), 59 *Advocate* 71, at pp. 75-76.)

The majority in *Cook* suggests, at para. 54, by citing the comments of McLachlin J. in *Terry*, that once there is any co-operation, the door to the application of the *Charter* closes entirely. In the present appeal, the trial judge did not dispose of the *Charter* issue by simply finding that there was co-operation between the RCMP and Turks and Caicos police. He went on to find that applying the *Charter* to this particular "co-operative investigation" would result in imposing Canadian standards on foreign authorities, and therefore constitute an interference with foreign jurisdiction. This Court must now decide whether *Cook* actually created a test based on "co-operation" to determine *Charter* application.

In my opinion, using "co-operative investigation" language to determine whether there is an objectionable extraterritorial effect of Canadian law is not helpful. The first problem with this approach relates to the fact that co-operation with foreign officials in the context of Canadian investigations abroad will be inevitable in most, if not all cases. All Canadian officers investigating in a foreign territory, in order to fulfill their mandate,

(1) La collaboration

143 Le renvoi aux observations de la juge McLachlin dans l'arrêt *Terry* et l'accent mis sur la « collaboration » au par. 54 de l'arrêt *Cook* donnent à penser que la collaboration porte atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger lorsqu'elle s'accompagne de l'application des règles de droit et de procédure canadiennes et que le critère décisif pour décider de l'application de la *Charte* réside donc dans la « collaboration » ou la « non-collaboration » entre fonctionnaires canadiens et étrangers. On peut également en conclure qu'il n'y avait pas eu de collaboration dans l'affaire *Cook*. J'estime toutefois qu'il y a nécessairement eu « collaboration », du moins sous forme de consentement, entre policiers américains et canadiens pour que l'interrogatoire ait lieu (voir R. A. Harvie et H. Foster, « Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a "Silver Platter" » (2001), 59 *Advocate* 71, p. 75-76).

144 Dans l'arrêt *Cook*, citant les remarques de la juge McLachlin dans l'arrêt *Terry*, les juges majoritaires laissent entendre au par. 54 que toute collaboration écarte totalement l'application de la *Charte*. En l'espèce, le juge du procès ne s'est pas contenté de conclure à la collaboration entre la GRC et le service de police des îles Turks et Caicos pour écarter l'application de la *Charte*. Il a ajouté qu'appliquer la *Charte* à l'« enquête fondée sur la collaboration » dans cette affaire équivalait à imposer les normes canadiennes aux autorités étrangères et, partant, constituait une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger. Notre Cour doit maintenant décider si, dans l'arrêt *Cook*, notre Cour a effectivement dégagé un critère fondé sur la « collaboration » pour déterminer l'applicabilité de la *Charte*.

145 À mon sens, la notion d'« enquête fondée sur la collaboration » n'est d'aucune utilité pour déterminer si l'application du droit canadien produit un effet extraterritorial inacceptable. La première raison en est que dans la plupart des enquêtes menées à l'étranger, sinon toutes, les autorités canadiennes doivent collaborer avec celles de l'État étranger. Les policiers canadiens qui enquêtent en sol étranger doivent, pour s'acquitter de leur mission,

will have to co-operate with foreign officials and comply with foreign law. This principle of international law is stated in I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed. 2003), at p. 306:

The governing principle is that a state cannot take measures on the territory of another state by way of enforcement of national laws without the consent of the latter. Persons may not be arrested, a summons may not be served, police or tax investigations may not be mounted, orders for production of documents may not be executed, on the territory of another state, except under the terms of a treaty or other consent given.

It is repeated in S. Coughlan et al., "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, at p. 32: "[S]tate officials such as police cannot exercise their executive powers on the territory of another state without that state's permission".

146 As well, in a paper on the extraterritorial application of the Fourth Amendment outside the United States, E. Bentley, writes:

[S]earches and seizures in foreign states are of necessity a cooperative endeavor, with United States agents routinely cast in the supporting role. In the "typical case," of which *Verdugo* provides an example, "the foreign officials are the ones who decide the scope and reasonableness of any proposed search," and United States agents "must comply with the demands of their hosts." The reasons for this are both legal and practical.

It is a settled principle of international law that law enforcement operations are exclusively entrusted to each state within its own jurisdiction, and that when one state sends police to another state to conduct a search, it may conduct the search only with the permission, and conforming to the laws, of the host state. . . .

It is not only international law, but practical realities as well, that prevent the United States from conducting unilateral law enforcement operations in foreign states. United States law enforcement agents operating

collaborer avec les fonctionnaires étrangers et se conformer aux lois du ressort. I. Brownlie énonce ce principe de droit international dans *Principles of Public International Law* (6e éd. 2003), p. 306 :

[TRADUCTION] Le principe directeur veut qu'un État ne puisse prendre de mesures pour appliquer ses propres lois sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier. L'arrestation, l'assignation, l'enquête policière ou fiscale, l'exécution d'ordonnances de production de documents ne peuvent avoir lieu sur le territoire de l'autre État qu'en application d'un traité ou de quelque autre consentement.

Ce principe est repris par S. Coughlan et autres dans « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, p. 32 : [TRADUCTION] « [U]n fonctionnaire, tel un policier, ne peut exercer ses pouvoirs d'application de la loi sur le territoire d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier ».

En outre, dans un article sur l'applicabilité du Quatrième Amendement à l'extérieur des États-Unis, E. Bentley dit ce qui suit :

[TRADUCTION] [L]es fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées à l'étranger supposent nécessairement la collaboration de l'État étranger, et les policiers américains sont alors habituellement relégués au second rôle. Dans la plupart des cas — l'affaire *Verdugo* constituant un bon exemple —, « il incombe aux policiers étrangers de déterminer la portée de la fouille ou de la perquisition projetée et son caractère non abusif » et aux policiers américains de « se conformer aux exigences de l'État d'accueil ». Il en est ainsi pour des raisons juridiques et pratiques.

Il est bien établi en droit international que les opérations de police relèvent du seul pouvoir d'un État sur son territoire et que les policiers envoyés en mission dans un autre pays pour y effectuer une fouille ou une perquisition doivent obtenir au préalable l'autorisation de l'État d'accueil et observer ses lois. . .

Outre le droit international, des considérations d'ordre pratique empêchent les États-Unis de se livrer unilatéralement à des opérations de police à l'étranger. Les policiers américains qui se rendent dans un autre

in a foreign state must try to accomplish their objectives while stripped of most of the powers of search and arrest that they wield in the United States. To accomplish anything, they generally must engage the cooperation of local authorities at one level or another. In attempting to do so, they face additional hurdles, in the form of alien legal and political systems, divergent law enforcement cultures, and diplomatic frictions.

As a result, United States extraterritorial law enforcement now takes place within an elaborate framework of international cooperation, at all levels of formality.

("Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez*" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329, at pp. 365-66 and 368)

Adopting a "co-operation" approach as the limit to *Charter* application will result in very few situations where the *Charter* can apply. This can be seen in the American experience. Bentley describes, at pp. 400-402, how the U.S. "joint venture standard" used to determine constitutional protection abroad (which operates somewhat like a co-operation test in that it seeks to identify sufficient participation of U.S. officials in foreign investigation to activate Fourth Amendment protection) has failed to be applied in a coherent fashion by U.S. courts and has resulted in little constitutional protection:

To date, as noted above, courts have found United States participation in foreign searches sufficient to trigger the Fourth Amendment in only a handful of cases. Among the activities which have been held not to rise to the requisite level of participation are: requesting, but not participating in, a foreign search, or otherwise "triggering the interest" of foreign authorities who subsequently conduct a search and pass the evidence on to United States authorities; passing on tips which prompt foreign police to initiate an investigation; passing on information requested by foreign governments; joining foreign police in a foreign-initiated search; participating in foreign wiretaps, as long as United States agents do not "initiate, supervise, control or direct" them; using information from an illegal foreign wiretap to support a United States search warrant; and even, in

pays doivent s'efforcer d'accomplir leur mission tout en s'abstenant d'exercer les pouvoirs dont ils sont investis aux États-Unis en matière de fouille, de perquisition et de saisie. Pour que leur enquête progresse, ils doivent généralement obtenir la collaboration des autorités de l'endroit à quelque échelon. Ils doivent surmonter d'autres obstacles : les particularités du régime juridique et politique étranger, sa culture différente en matière d'application de la loi et les tensions diplomatiques.

Par conséquent, les opérations de police à l'extérieur des États-Unis se déroulent dans un cadre de collaboration internationale complexe en ce qui concerne les différentes exigences de forme.

(« Toward an International Fourth Amendment : Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez* » (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329, p. 365-366 et 368)

147 Si le critère de la « collaboration » est retenu, rares seront les cas où la *Charte* pourra s'appliquer. Examinons à cet égard la situation aux États-Unis. Bentley explique comment le critère américain de l'« opération conjointe » utilisé pour déterminer la portée de la protection constitutionnelle à l'étranger (qui s'apparente à celui de la collaboration en ce qu'il consiste à déterminer si la participation des policiers américains est suffisante pour que le Quatrième Amendement joue à l'étranger) n'a pas été appliqué avec cohérence par les tribunaux américains et, partant, n'a donné lieu qu'à une protection constitutionnelle minime (p. 400-402) :

[TRADUCTION] À ce jour, je le rappelle, les tribunaux ont dans quelques cas seulement jugé la participation des États-Unis à une fouille et à une perquisition suffisante pour faire jouer le Quatrième Amendement à l'étranger. Au nombre des actes écartés, mentionnons les suivants : demander une fouille et une perquisition à l'étranger sans y participer ou susciter par ailleurs l'intérêt des autorités étrangères au point de les amener à effectuer une fouille et une perquisition et à transmettre les éléments de preuve recueillis aux autorités américaines; refiler un tuyau incitant la police étrangère à faire enquête; communiquer les renseignements demandés par un gouvernement étranger; participer à une fouille ou à une perquisition à l'étranger à la demande des autorités policières de l'État en cause; prendre part à de l'écoute électronique à l'étranger, à condition que

a few cases, triggering and then participating in a foreign search.

If these decisions embody a coherent standard on joint participation, it is difficult to perceive. While most courts have followed the test set out in *Stonehill v. United States* — that "Federal agents so substantially participated in the raids so as to convert them into joint ventures" — or language essentially to that effect; they have failed to articulate what this test entails in any coherent fashion, instead applying the test in an ad hoc, apparently result-oriented manner to the facts of the case at hand. . . . Whatever factors courts have focused on, the result has been the same: courts have found insufficient United States participation in all but the most indisputable circumstances. If one had to judge by the few cases in which joint participation has been found, one would have to conclude that the Fourth Amendment does not apply abroad unless United States officials both initiate the search and then continue to participate actively as it unfolds.

This near-elimination of Fourth Amendment liability cannot have been intended by the Supreme Court when it formulated the doctrine on which the joint venture standard was based. [Emphasis deleted.]

148 A second problem with the "co-operation" approach, at least in my view, is the fact that co-operation as such which occurs between Canadian officials and foreign authorities tells us nothing about whether impermissible extraterritorial effects will occur. An objectionable territorial effect does not necessarily result from the mere fact of co-operation. On this basis, I think Justice McLachlin's comments in *Terry* are better characterized as a recognition of a state of affairs rather than a prescription of when there will be objectionable extraterritorial effects.

(2) The "Factors" Approach to Determining When There Is Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

149 At para. 50, the majority in *Cook* enumerates a number of factual elements that demonstrate why there is no interference with U.S.

des policiers américains ne soient pas à l'origine de la mesure, ne l'encadrent pas ni ne la dirigent; utiliser des renseignements issus d'une écoute électronique illégale à l'étranger pour obtenir un mandat de perquisition aux États-Unis; dans quelques cas, donner l'impulsion à une fouille ou à une perquisition à l'étranger, puis y participer.

Difficile de discerner dans ces décisions un critère cohérent quant au caractère conjoint de l'enquête. La plupart des tribunaux ont appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Stonehill c. United States* — ou quelque variante — selon lequel la participation des policiers fédéraux à une descente doit avoir été suffisamment importante pour qu'il s'agisse d'une opération conjointe. Toutefois, ils n'ont pas circonscrit ce critère avec cohérence, l'appliquant plutôt dans chaque cas de manière ponctuelle et apparemment axée sur le résultat recherché [. . .] Peu importe les éléments privilégiés, les tribunaux sont arrivés au même résultat : la participation des États-Unis a été jugée insuffisante sauf lorsque le contraire était indéniable. Il appert des quelques cas où le tribunal a reconnu le caractère conjoint de l'enquête que le Quatrième Amendement ne s'applique à l'étranger que lorsque les policiers américains lancent la fouille ou la perquisition et participent activement à son déroulement.

La Cour suprême ne saurait avoir voulu cette quasi-suppression de l'obligation découlant du Quatrième Amendement lorsqu'elle a formulé la doctrine dont est issu le critère de l'opération conjointe. [Italiques omis.]

Le critère de la collaboration pose selon moi un deuxième problème : la collaboration comme telle entre fonctionnaires canadiens et autorités étrangères ne permet pas de conclure à l'existence d'un effet extraterritorial inacceptable. La collaboration ne produit pas nécessairement un tel effet. Voilà pourquoi j'estime qu'il faut voir dans les observations de la juge McLachlin dans l'arrêt *Terry* la reconnaissance d'un état de fait et non l'énoncé d'un critère permettant de conclure à un effet extraterritorial inacceptable.

(2) La prise en compte de certains « éléments » pour déterminer s'il y a atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger

Dans l'arrêt *Cook*, les juges majoritaires énumèrent un certain nombre de faits démontrant que, dans cette affaire, il n'y a pas eu d'empiétement sur

territorial jurisdiction on the facts in that case. These are: (1) the arrest and interrogation were initiated by a Canadian extradition request; (2) the offence was committed exclusively in Canada and was to be prosecuted in Canada; (3) the U.S. authorities did not become involved in the investigation; and (4) the interrogation was conducted solely by Canadian police officers. Harvie and Foster, at pp. 75-76, suggest that this is in fact *the* test advanced by the majority and criticize it as "a difficult and complex analysis", not straightforward enough, and difficult for lower courts to apply.

I have difficulty seeing how these factors establish a "test". Rather, this approach is based on a determination that seems as vague as "We will know what an interference is when we see one". Nevertheless, this is the type of "test" the appellant seems to suggest *Cook* stands for by arguing that his situation falls within the factual confines of *Cook*. There is clearly a need to define a more principled articulation of the rule governing the application of the *Charter* abroad.

(3) Who Initiates the Investigation as Determinative of When There Is Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

It has been suggested that the principle that can be distilled from the factors raised by the majority in *Cook* is that the *Charter* will apply when the Canadian investigation abroad occurs absent an independent foreign investigation (see Harvie and Foster, at p. 76). R. J. Currie, in "*Charter* Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms" (2004), 27 *Dal. L.J.* 235, at p. 242, states that the majority of the Court in *Cook* permitted *Charter* application to the interrogation in that case because "even though it occurred on U.S. territory, [it] did not interfere with American sovereignty since it was directed at the activities of Canadian officers acting within the context of a Canadian investigation, aimed at the ultimate result of a criminal trial in Canada". Coughlan et al., at p. 57, footnote 58, identifies the basis for applying the *Charter* in *Cook* as follows: "The application of

la compétence territoriale des États-Unis : (1) l'arrestation et l'interrogatoire avaient fait suite à une demande d'extradition présentée par le Canada; (2) l'infraction avait été commise uniquement au Canada et son auteur devait y être poursuivi; (3) les autorités américaines étaient restées à l'écart de l'enquête; (4) seuls les policiers canadiens avaient mené l'interrogatoire (par. 50). Harvie et Foster (aux p. 75-76) y voient le véritable critère énoncé par la majorité, lui reprochant d'être peu clair et difficile d'application par les tribunaux inférieurs et de donner lieu à une [TRADUCTION] « analyse ardue et compliquée ».

J'ai du mal à comprendre comment ces éléments peuvent constituer un « critère ». Cela revient à dire laconiquement que l'on saura ce qu'est une atteinte lorsqu'on en verra une. Quoi qu'il en soit, tel est le genre de « critère » que notre Cour aurait établi dans l'arrêt *Cook* selon l'appelant, qui soutient que cet arrêt s'applique en l'espèce au regard des faits. De toute évidence, il est nécessaire de doter d'un fondement plus rationnel la règle régissant l'application de la *Charte* à l'étranger. 150

(3) L'identité des instigateurs de l'enquête comme élément déterminant de l'atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger

D'aucuns ont laissé entendre que des éléments énoncés par les juges majoritaires dans l'arrêt *Cook* se dégage le principe que la *Charte* s'applique lorsque l'enquête canadienne est menée à l'étranger sans que les autorités étrangères ne procèdent à une enquête indépendante (Harvie et Foster, p. 76). Dans « *Charter* Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms » (2004), 27 *Dal. L.J.* 235, p. 242, R. J. Currie affirme que dans l'arrêt *Cook*, les juges majoritaires ont reconnu l'application de la *Charte* à l'interrogatoire parce que [TRADUCTION] « même si ce dernier avait eu lieu aux États-Unis, l'application de la *Charte* ne portait pas atteinte à la souveraineté de ce pays puisqu'elle visait les actes de policiers canadiens accomplis dans le cadre d'une enquête canadienne dont le but ultime était la tenue d'un procès criminel au Canada ». Selon Coughlan et autres, [TRADUCTION] « l'applicabilité 151

the *Charter* in this kind of case appears to turn on whether the Canadian police are conducting their own investigative activities with the consent of the foreign authorities to do so, or whether they are engaged in policing activities under the direction of the foreign police authority."

152 The statement in *Cook*, at para. 54, that "It may well be a different case where, for example, Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures" supports this view (emphasis added). "Undertaken" can be seen to refer to an investigation *initiated* by foreign authorities. Therefore, as long as the investigation is initiated by Canadians and the evidence is sought to be used in Canada, compliance with the test in *Cook* will be achieved. The facts of this case do tend to support the view that this was indeed an investigation initiated by Canadians and that the role played by Turks and Caicos authorities was merely one of facilitating the RCMP's investigation.

153 I see no principled basis why the *Charter* would not apply to Canadian officials who are actively involved in an investigation just because they did not initiate the investigation.

(4) Foreign "Control" Over the Investigation as the Limit on the Extraterritorial Application of the *Charter*

154 The approach I suggested in my concurring reasons in *Cook* offered a solution to the indeterminacy presented by the majority's "factors" or "cooperation" approaches. It would appear that the trial judge in this case interpreted my reasons to call for such a "control" test and found this test to be easily reconcilable with the majority reasons in *Cook*. This view of the "control" test has been summarized as follows: "On the one hand, no *Charter* breach occurs if the evidence is obtained by the host officers or under their supervision. On the other hand, the *Charter* does apply if the Canadian authorities are primarily responsible for obtaining

de la *Charte* dans ce genre d'affaire [*Cook*] paraît dépendre du fait que les policiers canadiens mènent leur propre enquête avec le consentement des autorités étrangères ou qu'ils agissent sous l'autorité de la police étrangère » (p. 57, note 58).

Notre Cour a confirmé ce point de vue dans l'arrêt *Cook* : « Il se peut bien qu'un cas différent se présente où, par exemple, les autorités canadiennes participent, à l'étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères » (par. 54 (je souligne)). On peut conclure de l'emploi du terme « menée » que l'enquête est *entreprise* par les autorités étrangères. Par conséquent, il sera satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Cook* si l'enquête est entreprise par des Canadiens et que la preuve recueillie doit être utilisée au Canada. Les faits de la présente affaire donnent à penser que l'enquête a effectivement été entreprise par les policiers canadiens et que les autorités des îles Turks et Caicos se sont contentées de faciliter leur enquête.

À mon avis, il n'y a pas de fondement rationnel à la décision de ne pas appliquer la *Charte* aux policiers canadiens qui participent activement à une enquête uniquement parce que ce ne sont pas eux qui l'ont entreprise.

(4) La « direction » de l'enquête par les autorités étrangères comme élément déterminant de l'application extraterritoriale de la *Charte*

L'approche que je proposais dans l'arrêt *Cook* apportait une solution à l'indétermination de la démarche des juges majoritaires axée sur certains « éléments » ou sur la « collaboration ». Le juge du procès semble avoir déduit de mes motifs concordants que je préconisais un critère fondé sur la « direction » de l'enquête et avoir jugé ce critère facile à concilier avec les motifs majoritaires. Voici comment cette interprétation du critère de la « direction » a été résumée : [TRADUCTION] « D'une part, il n'y a pas d'atteinte à la *Charte* si la preuve est obtenue par les policiers de l'État d'accueil ou sous leur autorité. D'autre part, la *Charte*

the evidence" (Harvie and Foster, at p. 74). A "control" test would thus be seen as a precision on the "co-operation" test discussed above, but this overlooks the fact that in most foreign investigations foreign officers will be in "control" since Canadian officials must operate in the foreign territory under their consent and guidance, usually relying on their procedures.

(5) Imposing Canadian Standards as Determinative of When There Is an Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

The majority reasons in *Cook* also suggest that the *Charter* will not apply where Canadian criminal law standards are imposed on foreign officials or where they would supplant foreign procedures (para. 54). I believe that this is what the trial judge in the case at bar concluded in his analysis. Above any other determination, in my view, his analysis emphasized the fact that the RCMP officers were subject to Turks and Caicos authority. This can be seen at para. 30, where, analysing the s. 8 arguments of the defence, he notes a tacit recognition by the defence of "the inescapable conclusion that foreign criminal law and procedures are engaged".

Adopting this approach will no doubt help resolve the issue where Canadian officers act independently; they will have to satisfy their normal *Charter* obligations. The test rests on two assumptions: (1) that whenever the *Charter* does apply, Canadian standards are applied *wholesale*; and (2) that some investigations occurring in a foreign state will be regulated by Canadian law. When the Canadian officers can meet their *Charter* obligation *independently* (and not by consent, as argued by LeBel J.), as was the case in *Cook*, there will be no interference. But when the assistance or authorization of foreign authorities is required, fulfilling Canadian standards for some *Charter* rights will always result in an interference if they are, as

s'applique si les autorités canadiennes sont les principales responsables de l'obtention de la preuve » (Harvie et Foster, p. 74). Le critère de la « direction » resserrerait donc celui de la « collaboration » examiné précédemment. Or, dans la plupart des enquêtes menées à l'étranger, les policiers de l'endroit « dirigent » l'enquête puisque les policiers canadiens doivent s'acquitter de leur mission avec leur consentement et sous leur autorité, en se conformant généralement à la procédure de l'État étranger.

(5) L'imposition des normes canadiennes comme élément déterminant de l'atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger

155 Dans l'arrêt *Cook*, les juges majoritaires ont également laissé entendre que la *Charte* ne s'applique pas lorsque les normes du droit pénal canadien seraient imposées aux fonctionnaires étrangers ou qu'elles supplanteraient les règles de procédure de l'État étranger (par. 54). Telle est selon moi la conclusion que le juge du procès a tirée à l'issue de son analyse, dont il ressort principalement que les agents de la GRC ont agi sous l'autorité des îles Turks et Caicos. En effet, au par. 30 de ses motifs, où il se penche sur les prétentions de la défense fondées sur l'art. 8, le juge du procès signale la reconnaissance tacite par la défense de [TRADUCTION] « la conclusion inéluctable que le droit pénal étranger — substantiel ou procédural — s'applique ».

156 Ce critère contribue sans doute à régler la question dans le cas où les policiers canadiens agissent de façon indépendante : ils doivent s'acquitter de leurs obligations habituelles suivant la *Charte*. Il repose sur deux prémisses : (1) si la *Charte* s'applique, les exigences canadiennes s'appliquent *intégralement*; (2) certaines enquêtes à l'étranger seront assujetties au droit canadien. Si comme dans l'affaire *Cook*, les policiers canadiens peuvent s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles *de façon indépendante* (et non avec le consentement de l'État étranger, selon le juge LeBel), il n'y aura pas d'atteinte. En revanche, si l'aide ou l'autorisation des autorités étrangères est requise, l'observation *intégrale* des exigences canadiennes à l'égard

said earlier, applied *wholesale*, as if the investigation was being held in Canada. For example, meeting Canadian s. 8 standards abroad will then mean imposing warrant requirements and standards on Turks and Caicos and requiring a certain conduct of Turks and Caicos officials. This generates objectionable extraterritorial effects.

157 But this approach produces inconsistent application of the *Charter*'s protection of legal rights because some rights, such as s. 10(*b*), could apply, as in *Cook*, but s. 8 and maybe s. 9 never will. This sort of "patchwork" approach to the *Charter* seems quite unprincipled. I recognize that the majority in *Cook* having said that the *Charter* would only apply in "rare circumstances" (see para. 25) supports the opposite inference; but I prefer the contrary view of Lamer C.J. in *Schreiber*, at para. 16, that "[Canadian] officials are clearly subject to Canadian law, including the *Charter*, within Canada, and in most cases, outside it" (cited in *Cook*, at para. 46).

B. *An Alternative to the Majority Approach in Cook*

158 It thus appears that the various approaches to determining when there is an interference with the sovereign authority of a foreign state presented by this Court's decision in *Cook* are problematic. One solution is to revert to the dissenting position of L'Heureux-Dubé J. in *Cook* and cut off the *Charter*'s reach at the "water's edge" on the basis that comity requires it. But there is an alternative to this displacement of the *Charter*.

159 Section 32(1) provides as follows:

> **32.** (1) This Charter applies
>
> (*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

de certains droits garantis par la *Charte*, comme si l'enquête se déroulait au Canada, donnera toujours lieu à une atteinte. Par exemple, satisfaire aux exigences découlant de l'art. 8 aura pour effet d'imposer aux îles Turks et Caicos les normes canadiennes en matière de mandats et d'exiger de leurs fonctionnaires qu'ils accomplissent certains actes. Il en résultera un effet extraterritorial inacceptable.

Or, cette démarche rend incohérente l'application des garanties juridiques de la *Charte* en ce que certains droits, dont ceux prévus à l'al. 10*b*), pourraient s'appliquer, comme dans l'affaire *Cook*, mais non ceux garantis à l'art. 8, ni peut-être même ceux que confère l'art. 9. Une telle application « morcelée » de la *Charte* paraît assez irrationnelle. Bien que les juges majoritaires dans l'arrêt *Cook* aient appuyé la conclusion contraire en affirmant que la *Charte* ne s'appliquera que dans de « rares circonstances » (par. 25), je préfère le point de vue opposé du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber*, à savoir que « [les agents canadiens] sont clairement assujettis au droit canadien, y compris la *Charte*, à l'intérieur du Canada et, dans la plupart des cas, à l'extérieur du Canada » (par. 16, cité dans l'arrêt *Cook*, par. 46).

B. *Solution de rechange à l'approche des juges majoritaires dans l'arrêt Cook*

Il appert donc que les différentes avenues proposées par notre Cour dans l'arrêt *Cook* pour déterminer s'il y a atteinte ou non à l'autorité souveraine d'un État étranger comportent des failles. Une solution pourrait être de se tourner vers les motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire et, au nom de la courtoisie internationale, de s'abstenir d'appliquer la *Charte* au-delà des limites territoriales. Mais il y a une autre possibilité.

Le paragraphe 32(1) est libellé comme suit :

> **32.** (1) La présente charte s'applique :
>
> *a*) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

These terms do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials. But they do not imply that the *Charter* cannot apply to Canadian police officials acting abroad. There can be no suggestion, therefore, that the *Charter* creates any legal consequences whatsoever for a foreign agent or for the application of foreign law.

I would disagree with LeBel J. that if one cannot enforce Canadian law outside Canada the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures under s. 32(1) (para. 69). I think s. 32(1) includes all actions of Canadian police officers precisely because s. 32 does not distinguish between actions taken on Canadian soil and actions taken abroad. It would also be unprincipled, in my view, to draw a distinction the moment a Canadian police officer's foot touches foreign soil. As I noted in *Cook*, at para. 120: "the status of a police officer as an officer of the state is not altered by crossing a jurisdictional border, even if he or she is deprived of all the coercive powers conferred by the home state. . . . From the perspective of the home legal system, . . . police officers are still representatives of their home government." The fact that Canadian law is not enforced in a foreign country does not mean that it cannot apply to a Canadian government official. I would note in particular that some Canadian laws apply on the basis of nationality wherever the crime is committed: see s. 7(4.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on sex crimes committed outside Canada and ss. 7(3.7) to 7(3.75) on crimes against humanity.

I do not think a restrictive interpretation of the words "matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures", adopted at para. 69 of my colleague's reasons, is warranted in discussing the obligations of Canadian police officers operating in another country. I am uncomfortable with such a "reading down" of s. 32(1) of the *Charter*. Section 32(1) of the *Charter* defines *who* acts, not *where* they act. In the instant case, the

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Ce libellé n'étend pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers. Toutefois, il n'écarte pas son application aux policiers canadiens en mission à l'étranger. On ne peut donc conclure que la *Charte* a quelque effet juridique sur un policier étranger ou sur l'application du droit étranger.

160 Contrairement au juge LeBel, je ne crois pas que le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales suivant le par. 32(1) s'il n'est pas possible de faire appliquer le droit canadien à l'extérieur du Canada (par. 69). À mon sens, la compétence que confère le par. 32(1) vise tous les actes des policiers canadiens précisément parce que l'art. 32 ne distingue pas entre les mesures prises au Canada et celles prises à l'étranger. Il ne serait pas fondé non plus, à mon avis, de faire une distinction dès le moment où le policier canadien foule le sol étranger. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Cook*, « [l]a qualité d'agent de l'État [du policier] ne change pas à la frontière, même s'il perd tous les pouvoirs coercitifs conférés par l'État d'origine [. . .] [V]u sous l'angle du système de droit d'origine, le policier est toujours le représentant du gouvernement d'origine » (par. 120). Ce n'est pas parce qu'on ne peut lui donner d'effet dans un pays étranger que le droit canadien ne peut s'appliquer à un fonctionnaire canadien. J'insiste entre autres sur le fait que certaines lois canadiennes s'appliquent en fonction de la nationalité indépendamment du lieu de perpétration du crime : voir le par. 7(4.1) (crimes sexuels commis à l'étranger) et les par. 7(3.7) à 7(3.75) (crimes contre l'humanité) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

161 Je ne crois pas qu'il faille interpréter l'expression « domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales » de manière restrictive comme le fait mon collègue au par. 69 de ses motifs pour définir les obligations des policiers canadiens en mission à l'étranger. Une telle interprétation atténuée du par. 32(1) de la *Charte* me gêne. Ce paragraphe précise l'*identité* de l'acteur et non le *lieu* où il agit. En l'espèce, le domaine est une enquête criminelle

matter is a Canadian criminal investigation involving Canadian police acting abroad, which clearly makes it a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures. It appears strange to me that my colleague could see an investigation as falling under s. 32(1) of the *Charter* in one case (in Canada) and not the other (outside Canada). If the investigative activities of Canadian police officers abroad do not fall under "matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures", then the officers would have no jurisdiction whatsoever to be conducting investigations abroad. Clearly, they do, as found in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

canadienne nécessitant l'intervention de policiers canadiens à l'étranger, et il est clair qu'il « relève » du Parlement ou des législatures provinciales. Je m'étonne que mon collègue considère que l'enquête tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* dans un cas (au Canada), mais pas dans l'autre (à l'étranger). Si leurs activités d'enquête à l'étranger ne « relèvent » pas du Parlement ou des législatures provinciales, les policiers canadiens n'ont aucun pouvoir d'enquête à l'étranger. Or, ils possèdent de toute évidence ce pouvoir, comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

162 The second thing that must be recognized is that the application of the *Charter* as such to the actions of Canadian officials does not automatically result in an interference with the sovereign authority of foreign states. In *Cook*, where I had adopted the "control" test, I found that there was no interference or "conflict" with sovereign authority when Canadian officials are subject to the *Charter* because the *Charter* does not mandate specific conduct, but rather imposes certain limits on the conduct of government officials:

Il faut en outre reconnaître que l'application de la *Charte* comme telle aux actes de fonctionnaires canadiens à l'étranger ne porte pas automatiquement atteinte à l'autorité souveraine de l'État en cause. Dans l'affaire *Cook*, où j'ai retenu le critère de la « direction », j'ai conclu qu'assujettir les fonctionnaires canadiens à la *Charte* ne portait pas atteinte à l'autorité souveraine ni ne créait de « conflit », car la *Charte* ne rend aucun acte obligatoire, mais impose certaines limites aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions :

[T]he nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Thus, if there is a rule of investigation in the foreign jurisdiction that directly contradicts a *Charter* provision, there is still no conflict. The reason for this is that the *Charter* does not impose any obligation to investigate; it simply requires that if an investigation is made by the officer, it must be conducted in accordance with certain conditions. It follows from this, moreover, that the application of the *Charter* to the Canadian official has no impact on the foreign legal system.

[L]es droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d'enquête expressément prévues. Donc, si une règle d'enquête en vigueur dans l'État étranger va directement à l'encontre d'une disposition de la *Charte*, il n'y a toujours pas de conflit parce que la *Charte* ne rend aucune enquête obligatoire; elle prévoit simplement que s'il y a enquête, celle-ci doit respecter certaines conditions. Il s'ensuit en outre que l'application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens n'a aucune incidence sur le système de droit étranger.

. . .

. . .

As is clear from the discussion above, there is no question of a "conflict" between foreign procedures and Canadian procedures. If the compulsory foreign procedure adopted falls below the standard required by the *Charter*, then the Canadian officials may not take a directing or primary role in the part of the investigation involving those techniques. In essence, they may not exercise, even when invited to do so by the foreign

Ainsi qu'il ressort de l'analyse qui précède, il n'est nullement question de « conflit » entre les règles de procédure de l'État étranger et les règles de procédure canadiennes. Si la procédure obligatoire de l'État étranger accorde une protection inférieure à celle de la norme imposée par la *Charte*, les policiers canadiens ne peuvent pas diriger la partie de l'enquête qui y est soumise, ni y jouer le rôle principal. Pour l'essentiel,

authority, the powers purportedly conferred on them by the foreign investigatory procedures. This is no more complex than the obligation imposed by the *Charter* within Canada. [Emphasis added; paras. 143 and 150.]

même à la demande des autorités de l'État étranger, ils ne peuvent pas exercer les pouvoirs que prétendent leur conférer les méthodes d'enquête de cet État. Voilà qui n'est pas plus compliqué que l'obligation imposée par la *Charte* sur le territoire du Canada. [Je souligne; par. 143 et 150.]

By putting the onus squarely on Canadian authorities to not exercise control if the investigatory action is not *Charter* compliant, we never have to ask whether the application of the *Charter* results in an interference with sovereign authority of a foreign state. If the "control" test is not adopted, as prescribed by *Cook*, we must consider in what circumstances there will be interference in cases where Canadian officers simply co-operate with foreign authorities.

Si l'on enjoint clairement aux autorités canadiennes de s'abstenir de prendre la direction d'une enquête non conforme à la *Charte*, la question de savoir si l'application de la *Charte* porte atteinte à l'autorité souveraine d'un État étranger ne se pose jamais. Si le critère de la « direction » n'est pas retenu comme le prescrit l'arrêt *Cook*, nous devons déterminer les cas dans lesquels la simple collaboration des policiers canadiens avec les autorités étrangères sera attentatoire.

At para. 97 of his reasons, LeBel J. concedes that international law does not prohibit Canada from imposing restraints on its own conduct and that of its officials. He admits that it is the policy consideration of Canadian participation in the fight against transnational crime that ultimately informs his conclusion:

163

Le juge LeBel reconnaît que le droit international ne fait pas obstacle à ce que le Canada limite son champ d'action et celui de ses fonctionnaires (par. 97 de ses motifs). Il concède en outre que sa conclusion repose en dernière analyse sur la considération d'intérêt public qu'est la participation du Canada à la lutte contre la criminalité transnationale :

Since the *Charter* does not authorize state action, but simply operates as a limit on such action, could it not be said that the *Charter* "applies" to extraterritorial investigations by prohibiting Canadian officers from participating in investigations abroad that do not conform to Canadian law? International law provides only part of the answer to this question. To prohibit Canadian officers from participating would indeed ensure conformity with both international law and the *Charter*; however, it would also mean that the investigation could not be conducted. This is a serious concern. The complete answer therefore lies both in international law and in the need to address the challenges of investigating and prosecuting transborder criminal activity.

Comme la *Charte* n'autorise pas l'action de l'État, mais ne fait que la circonscrire, ne pourrait-on pas prétendre qu'elle « s'applique » à l'enquête extraterritoriale en empêchant un policier canadien de participer à une enquête à l'étranger qui ne respecte pas le droit canadien? Le droit international n'offre qu'un élément de réponse. L'interdiction faite à un policier canadien de prendre part à l'enquête assurerait certes le respect du droit international et de la *Charte*, mais l'enquête ne pourrait avoir lieu. L'inconvénient serait majeur. La réponse complète réside donc à la fois dans le droit international et dans la nécessité que l'activité criminelle transfrontalière fasse l'objet d'enquêtes et de poursuites.

I do not question the importance of this policy consideration and the need for Canada to participate in the fight against transnational crime. However, I fail to see how the *Charter* prevents us from taking into account this important societal need while holding Canadian officers to their obligation to respect fundamental Canadian values. Let me then examine more closely what *Charter* compliance demands of Canadian officials. For present purposes I will

Je ne conteste pas l'importance de cette considération d'intérêt public ni la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale. Toutefois, je ne vois pas en quoi la *Charte* nous empêche de tenir compte de cet impératif social majeur si l'on oblige les policiers canadiens à respecter les valeurs fondamentales du Canada. J'examine maintenant plus à fond les exigences auxquelles les fonctionnaires canadiens doivent

limit my examination to the Legal Rights set out in ss. 7-14 of the *Charter*.

164 The Legal Rights provisions of the *Charter* are very different from the provisions one can find in the *Criminal Code*, although there are provisions of the *Criminal Code* that prohibit specific conduct by Canadian officials based on the recognition of fundamental human rights. Take, for example, s. 269.1(1) which makes "[e]very official, or every person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official, who inflicts torture on any other person" liable of an indictable offence.

165 The Legal Rights provisions of the *Charter* are also very different from the provisions in the *Criminal Code*, or other statutes, that stipulate specific criminal procedures that must be followed in a given case. For example, the *Criminal Code* specifies the circumstances in which search or arrest warrants are necessary (see for example ss. 487 to 489 and 495(2) of the *Criminal Code*), as well as those when they are not (see for example ss. 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) to (4), 462 and 495(1)). Police also have powers to search and detain without a warrant in certain circumstances at common law under the *Waterfield* test (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2).

166 The Legal Rights provisions of the *Charter* neither mandate nor prohibit specific conduct by Canadian officials. Rather they lay down a number of fundamental principles — framed as general propositions regarding the treatment of individuals — that are used to scrutinize the legitimacy of the specific criminal procedures and conduct of Canadian officials. The principles embodied within these provisions are broadly worded and from these courts draw out further guiding principles. Consider s. 8 of the *Charter*, which puts forth the principle that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure."

satisfaire pour se conformer à la *Charte*. Pour les besoins du présent pourvoi, je m'en tiendrai aux garanties juridiques prévues aux art. 7 à 14 de la *Charte*.

Les dispositions de la *Charte* conférant des garanties juridiques sont très différentes de celles du *Code criminel*, y compris celles qui interdisent aux fonctionnaires canadiens de se livrer à des actes contraires aux droits fondamentaux de la personne. Par exemple, suivant le par. 269.1(1) du *Code criminel*, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement « le fonctionnaire qui — ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d'un fonctionnaire ou à sa demande — torture une autre personne ».

Les dispositions de la *Charte* prévoyant des garanties juridiques sont également très différentes de celles du *Code criminel* ou d'autres lois qui établissent la procédure à suivre dans un cas donné. Par exemple, le *Code criminel* précise les circonstances dans lesquelles un mandat de perquisition ou d'arrestation est nécessaire (voir, p. ex., les art. 487 à 489 et le par. 495(2)) et celles où il ne l'est pas (voir, p. ex., l'art. 462 et les par. 117.02(1) et (2), 199(2), 254(2) à (4) et 495(1)). En outre, suivant le critère de l'arrêt *Waterfield*, la common law confère au policier le pouvoir, dans certaines circonstances, d'effectuer une fouille ou une perquisition et de détenir une personne sans obtenir au préalable un mandat (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2).

Dans la *Charte*, les garanties juridiques ne dictent ni n'interdisent aucun acte aux fonctionnaires canadiens. Il s'agit plutôt de principes fondamentaux — formulés de façon générale concernant le traitement des personnes — qui permettent de déterminer la légitimité d'une règle de procédure pénale ou d'une mesure prise par un fonctionnaire canadien. Les principes consacrés par ces dispositions sont larges, et les tribunaux en tirent des principes directeurs. Prenons l'art. 8 selon lequel « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ». De ce principe général les tribunaux en ont dégagé

This general principle has engendered a number of further principles determining what constitutes a "reasonable" search. This Court has stated in previous cases that: (1) the purpose behind s. 8 is to protect the privacy of individuals from unjustified state intrusion (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145); (2) this interest in privacy is, however, limited to a "reasonable expectation of privacy" (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8); (3) wherever feasible, prior authorization must be obtained in order for a search and seizure to be reasonable (*Hunter*); (4) prior authorization must be given by someone who is neutral and impartial and who is capable of acting judicially (*Hunter*); (5) the person granting the authorization must be satisfied by objective evidence on oath that there are reasonable and probable grounds for believing that an offence has been committed and that a search of the place for which the warrant is sought will find evidence related to that offence (*Hunter*); (6) a search is reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner of the search is reasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51).

d'autres précisant ce qu'est une fouille ou une perquisition non « abusive ». Notre Cour a notamment statué que : (1) l'art. 8 vise à protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145); (2) ce droit au respect de la vie privée ne confère cependant qu'une « attente raisonnable en matière de vie privée » (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8); (3) l'autorisation préalable, lorsqu'elle peut être obtenue, est nécessaire pour que la fouille, la perquisition ou la saisie ne soit pas abusive (arrêt *Hunter*); (4) l'auteur de l'autorisation préalable doit être une personne neutre et impartiale qui est en mesure d'agir de façon judiciaire (arrêt *Hunter*); (5) il doit être convaincu par un témoignage objectif sous serment qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve liés à l'infraction (arrêt *Hunter*); et, (6) pour qu'elle ne soit pas abusive, la fouille ou la perquisition doit être autorisée par la loi, la loi ne doit avoir elle-même rien d'abusif et la fouille ou la perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51).

It is the role of courts to interpret the general principles set out in the provisions of the *Charter*, draw out further principles, and apply these to the facts of a given case. That exercise is an ongoing process which has produced, up to now, a body of rules applicable within the Canadian legal system. The specific application of these principles to factual circumstances and the rules they create, however, should not be confused with the more abstract principles for which the *Charter* stands.

167 Il incombe au tribunal d'interpréter les principes généraux de la *Charte*, d'en tirer de nouveaux principes et de les appliquer aux faits de chaque espèce. Jusqu'à maintenant, ce processus incessant a produit un ensemble de règles applicables dans notre système de justice. L'application de ces principes à des faits et les règles qui s'en dégagent ne doivent toutefois pas être confondues avec les principes plus abstraits que consacre la *Charte*.

For example s. 10(*b*), in the context of officers operating in Canada, has been interpreted to require that officers tell individuals upon detention, without delay, of their right to counsel and to provide reasonable access to counsel if the right is exercised. In the context of officers operating in a foreign country, unless it is a situation like that in *Cook* where the officers were acting independently, the officer will have to rely on the foreign authorities and their procedures. When the foreign officials are detaining and interrogating the individual,

168 Par exemple, selon l'interprétation dont a fait l'objet l'al. 10*b*), un policier exerçant au Canada doit informer une personne sans délai, dès sa mise sous garde, de son droit à l'assistance d'un avocat et lui donner convenablement accès à un avocat si elle se prévaut de ce droit. Sauf s'il agit de façon indépendante comme dans l'affaire *Cook*, le policier qui enquête à l'étranger doit se soumettre aux autorités et à la procédure étrangère. Lorsqu'une personne est détenue et interrogée par un policier étranger, le policier canadien qui participe à l'interrogatoire

and where there is Canadian participation, the participating Canadian officer is not required to give a s. 10(*b*) warning; detention and interrogation are governed by the local laws. Nor is the Canadian officer required to provide "a crash course" to foreign officials on how to give the accused his s. 10(*b*) warning on the Canadian government's behalf. The *Charter* is not meant to be applied as if it were merely a code of criminal procedure.

169 In my view, adhering to fundamental principles that emanate from the *Charter* would simply require the Canadian officers to inform themselves of the rights and protections that exist under foreign law when dealing with the individual's legal rights on detention, and compare them to those guaranteed under the *Charter* in order to determine if they are consistent with fundamental human rights norms. It is not the case that the protections have to be identical. When the foreign procedure differs from the plain language of s. 10(*b*) (the right to retain and instruct counsel is not provided without delay upon arrest or detention for example), there will be a *prima facie* breach of this provision. However, differences resulting from different legal regimes and different approaches adopted in other democratic societies will usually be justified given the international context, the need to fight transnational crime and the need to respect the sovereign authority of other states, coupled with the fact that it is impossible for Canadian officials to follow their own procedures in those circumstances. Flexibility in this case is permitted by s. 1 of the *Charter*. Trivial and technical differences will easily be discarded, more substantial differences between the protections that would be available in Canada and those available in the foreign state will require more in order to be justified.

170 Consider a further example that is closer to the facts at hand. In *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, while investigating an illegal marijuana growing operation in British Columbia, police conducted a perimeter search of a dwelling, acting without reasonable grounds to justify a warrantless search under s. 10(1)(*a*) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The search not being authorized by statute, the Court found that the police had no

n'est pas tenu de faire la mise en garde qu'exige l'al. 10*b*); la détention et l'interrogatoire ressortissent au droit local. Il n'a pas non plus à donner à son homologue étranger un « cours accéléré » sur la manière de faire cette mise en garde au nom de l'État canadien. La *Charte* ne saurait être appliquée comme un simple code de procédure pénale.

À mon avis, pour se conformer aux principes fondamentaux qui se dégagent de la *Charte*, le policier canadien n'a qu'à s'enquérir des droits et des garanties d'une personne en détention suivant la loi étrangère et à les comparer à ceux prévus par la *Charte* pour déterminer s'ils respectent les droits fondamentaux de la personne. Il n'est pas nécessaire que les garanties soient identiques. Si la garantie étrangère diffère de celle énoncée clairement à l'al. 10*b*) (p. ex., le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'est pas accordé sans délai en cas d'arrestation ou de détention), il y a de prime abord violation de cet alinéa. Toutefois, la divergence due au régime de droit différent et à la démarche distincte adoptée par un État démocratique sera généralement justifiée au regard, d'une part, du contexte international, de la nécessité de combattre la criminalité transnationale et de l'obligation de respecter l'autorité souveraine des autres États et, d'autre part, de l'impossibilité pour un fonctionnaire canadien d'observer alors la procédure de son propre pays. Dans ce contexte, l'article premier de la *Charte* assure une certaine souplesse. Les différences minimes et techniques entre les garanties au Canada et celles à l'étranger pourront être écartées sans difficulté, mais les plus importantes seront plus difficiles à justifier.

Considérons une autre affaire dont les faits s'apparentent davantage à ceux de la présente espèce : *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Soupçonnant un individu de se livrer à la culture illégale de la marijuana en Colombie-Britannique, les policiers avaient soumis sa résidence à une perquisition périphérique sans avoir de motifs raisonnables justifiant une perquisition sans mandat suivant l'al. 10(1)*a*) de *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970,

common law power to conduct the perimeter search because the common law rights of property holders to be free of police intrusion can be restricted only by clear statutory language. The search was therefore deemed illegal, and hence in violation of s. 8 of the *Charter*. But the case does not stand for the general rule that the *Charter* always prohibits warrantless perimeter searches. The case also does not mean that Canadian officers conducting such a search under the laws of a foreign state would have to obtain a warrant issued in Canada to be executed, for example, in the Turks and Caicos (this would be contrary to norms of international law, as earlier stated), or require Turks and Caicos officials to obtain an authorization that is not required under local law.

ch. N-1. La perquisition n'ayant pas été autorisée par la loi, notre Cour a conclu que la common law ne conférait pas aux policiers le pouvoir de l'effectuer, car le droit que la common law reconnaissait au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne pouvait être restreint que par une disposition législative claire. La perquisition a donc été jugée illégale et, partant, contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Il convient toutefois de signaler que cet arrêt n'établit pas la règle générale que la *Charte* interdit toute perquisition périphérique sans mandat. Il ne dit pas non plus que le policier canadien qui effectue une telle perquisition en conformité avec les lois de l'État étranger est tenu d'obtenir au Canada un mandat qui sera exécuté, par exemple, aux îles Turks et Caicos (ce qui, je le rappelle, serait contraire aux exigences du droit international) ni qu'un fonctionnaire de cet archipel doit obtenir une autorisation que n'exige pas le droit qui s'y applique.

Under s. 8 *Charter* principles, a warrantless perimeter search may be *Charter* compliant if authorized by law. On the facts of this case, we know that a warrantless perimeter occurred and that such searches are permitted under Turks and Caicos law. *Charter* principles also require that a search permitted by law must be reasonable. The reasonableness test to be applied here is one that has regard to comity and the determination that the foreign law is not inconsistent with fundamental human rights. The ultimate question becomes, in reality: Was it reasonable for Canadian officers to participate in the search authorized by Turks and Caicos law?

171 Suivant les principes qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*, la perquisition périphérique effectuée sans mandat peut être conforme à la *Charte* si elle est autorisée par une disposition législative. Dans la présente affaire, une perquisition périphérique a été effectuée sans mandat, ce qu'autorisaient les lois des îles Turks et Caicos. Les principes qui sous-tendent la *Charte* exigent en outre que la perquisition autorisée par la loi ne soit pas abusive. Il faut dès lors tenir compte de la courtoisie internationale et déterminer que la loi étrangère n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux de la personne. En dernière analyse, la question qui se pose en réalité est celle de savoir s'il était abusif ou non que les policiers canadiens participent à la perquisition autorisée par la loi aux îles Turks et Caicos.

I believe the *Charter* is flexible enough to permit a reasonable margin of appreciation for different procedures. Even between free and democratic societies, investigative procedures can vary and it is necessary, in order to foster continued cooperation between nations in the fight against transnational crime, to respect certain differences. As was noted by McLachlin J. in *Harrer*, at para. 55:

172 J'estime que la *Charte* est assez souple pour conférer une latitude raisonnable dans l'appréciation d'une procédure différente. Même dans les sociétés libres et démocratiques, les méthodes d'enquête peuvent différer. Afin de favoriser la collaboration continue des pays dans la lutte contre la criminalité transnationale, il convient de respecter certaines différences. Dans l'arrêt *Harrer*, la juge McLachlin a dit au par. 55 :

We live in an era when people, goods and information pass from country to country with great rapidity. Law enforcement authorities, if they are to do their job, must apprehend people and intercept goods and communications wherever they may be found. Often they find themselves working with officers in foreign jurisdictions; often they are merely the recipients of information gathered independently elsewhere. The result is evidence gathered by rules which may differ from Canadian rules. We need to accommodate the reality that different countries apply different rules to evidence gathering, rules which must be respected in some measure if we are to retain the ability to prosecute those whose crime and travel take them beyond our borders. To insist on exact compliance with Canadian rules would be to insist universally on Canadian standards of procedures which, in the real world, may seldom be attained — an insistence which would make prosecution of many offences difficult, if not impossible.

Nous vivons à une époque où les personnes, les biens et l'information circulent d'un pays à l'autre très rapidement. Les autorités chargées d'appliquer la loi doivent, pour faire leur travail, arrêter des personnes et intercepter des biens et des communications là où ils se trouvent. Souvent elles travaillent avec des agents de police dans des pays étrangers; souvent elles ne sont que les destinataires de renseignements recueillis ailleurs de façon indépendante. On obtient alors des éléments de preuve recueillis selon des règles qui peuvent différer de celles en vigueur au Canada. Nous devons composer avec le fait que des pays différents appliquent des règles différentes à la collecte des éléments de preuve, lesquelles règles doivent être respectées dans une certaine mesure si nous devons conserver la capacité de poursuivre ceux que les crimes et les voyages emmènent au-delà de nos frontières. Insister sur le respect intégral des règles canadiennes reviendrait à insister sur l'application universelle d'un modèle canadien de procédures, ce qui, dans la réalité, peut rarement se faire — insistance qui rendrait difficile, voire impossible, la poursuite de nombreuses infractions.

173 The *Charter* permits the incorporation of legitimate justifications, sometimes within the right itself, as with s. 8, or pursuant to ss. 1 and 24(2). Both my colleague and I are prepared to accept that the need for Canadian officers to fight transnational crime, abide by foreign procedures and respect the sovereign authority of foreign states justifies Canada's participation in investigation procedures that are not identical to Canada's, *to a point*. For LeBel J., this point seems to be when Canadian authorities violate their international law obligations (para. 101). It may be that this proposition sounds appealing in theory, but I have difficulty in seeing how, in practice, Canadian officials will know when this point has been reached. Is the expectation that Canadian officers become knowledgeable in international customary law — an area of law whose content is uncertain and disputed? Practically speaking, I believe it is preferable to frame the fundamental rights obligations of Canadian officials working abroad in a context that officers are already expected to be familiar with — their obligations under the *Charter*. LeBel J.'s proposal of applying international law standards to the actions of Canadian officials working abroad introduces another new set of standards to the mix, which my colleague himself appears to recognize is difficult, at para. 90:

La *Charte* admet l'exception légitime, parfois intégrée directement au droit, comme à l'art. 8, ou reconnue en application de l'article premier ou du par. 24(2). À l'instar de mon collègue, je conviens que la nécessité de la participation à la lutte contre la criminalité transnationale, de l'observation de la procédure étrangère et du respect de l'autorité souveraine des États étrangers justifient, *jusqu'à un certain point*, qu'un policier canadien prenne part à une enquête qui n'est pas entièrement conforme aux exigences canadiennes. Pour le juge LeBel, la justification disparaîtrait lorsque les autorités canadiennes manquent à leurs obligations internationales (par. 101). La proposition est valable en théorie, mais j'ai du mal à voir comment, en pratique, les policiers canadiens détermineront le moment auquel il leur faudra mettre fin à leur participation. Doit-on exiger d'eux qu'ils se familiarisent avec le droit international coutumier, dont la teneur est incertaine et suscite le débat? D'un point de vue pratique, j'estime préférable d'inscrire l'obligation de respect des droits fondamentaux de la personne qui incombe aux fonctionnaires canadiens travaillant à l'étranger dans un cadre qu'ils sont déjà censés connaître, à savoir la *Charte*. Le juge LeBel propose d'appliquer les exigences du droit international aux actes de ces fonctionnaires mais, ce faisant, il établit un nouvel ensemble d'exigences, ce qui — il semble le reconnaître lui-même au par. 90 — est problématique :

It is no more helpful to suggest that some third option other than the law of the host state or the full application of *Charter* standards might govern foreign investigations. Where would the standards to be applied come from? How would Canadian officials know what is required of them at the outset of an investigation?

The approach I am advocating is in my view far more practical. It is also consistent with this Court's approach in extradition and deportation cases: see for instance *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7. What I advocate is that Canadian officers assess the fundamental human rights protection offered by the foreign procedures against the principles guaranteed by the *Charter*; they may consider *Charter* compliance for guidance. Minor differences in protection can be justified on the basis for the need for Canadian officials to participate in fighting transnational crime, and comity. Substantial differences require greater justifications, but there will still be a favourable presumption for laws and procedures of democratic countries.

To summarize, in any challenge to the conduct of Canadian officials investigating abroad, the onus will be on the claimant to demonstrate that the difference between fundamental human rights protection given by the local law and that afforded under the *Charter* is inconsistent with basic Canadian values; the onus will then shift to the government to justify its involvement in the activity. In many cases, differences between protections guaranteed by *Charter* principles and the protections offered by foreign procedures will simply be justified by the need for Canada to be involved in fighting transnational crime and the need to respect the sovereign authority of foreign states. On account of this, courts are permitted to apply a rebuttable presumption of *Charter* compliance where the Canadian officials were acting pursuant to valid foreign laws and procedures. Unless it is shown that those laws or procedures are substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*, they will not give rise to the breach of a *Charter* right. In my view, this is the most principled and practical way to strike an appropriate

Il est tout aussi vain d'envisager que l'enquête menée à l'étranger ne soit assujettie ni au droit de l'État d'accueil ni aux dispositions de la *Charte*. Quelle serait l'origine des règles alors applicables? Comment un policier canadien pourrait-il connaître ses obligations au début de l'enquête?

La démarche que je privilégie me semble d'application beaucoup plus aisée. De plus, elle est conforme à celle qu'a adoptée notre Cour en matière d'extradition et d'expulsion : voir p. ex. *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, et *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7. Je préconise en somme que les policiers canadiens soupèsent la protection des droits fondamentaux de la personne qu'offre la procédure étrangère au regard des principes qui sous-tendent la *Charte*, comme si la *Charte* s'appliquait. Un écart minime peut être justifié par la nécessité que les policiers canadiens participent à la lutte contre la criminalité transnationale et par la courtoisie internationale. Un écart important devra être justifié plus avant, mais les règles de droit et de procédure de pays démocratiques bénéficieront toujours d'une présomption favorable.

174

En résumé, la personne qui conteste un acte d'un fonctionnaire canadien enquêtant à l'étranger devra démontrer que l'écart entre la protection des droits fondamentaux de la personne par le droit étranger et celle prévue par la *Charte* est incompatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Il incombera alors au gouvernement de justifier sa participation à l'acte en cause. Dans biens des cas, l'écart entre la protection assurée par les principes qui sous-tendent la *Charte* et celle offerte par la procédure étrangère sera simplement justifié par la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale et respecte l'autorité souveraine des États étrangers. C'est pourquoi le tribunal peut appliquer la présomption réfutable du respect de la *Charte* lorsqu'un fonctionnaire canadien a agi conformément aux règles de droit et de procédure étrangères. Il n'y aura atteinte à un droit garanti par la *Charte* que si une incompatibilité importante entre les règles de droit et de procédure étrangères et les principes fondamentaux de la *Charte* est établie. À mon sens, c'est le moyen le plus rationnel et le plus pratique d'établir un juste équilibre entre la

balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and respect for fundamental human rights.

175 It can be argued that applying the *Charter* abroad in this fashion, at the end of the day, essentially achieves the same result as applying the *Charter* "*ex post facto*"; under that approach, the *Charter* never applies abroad, but evidence at a Canadian trial could be excluded on the basis of ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The first problem I see with that approach is that it can only address situations where a s. 24(2) remedy may be sought (i.e., the exclusion of evidence), and not situations where s. 24(1) remedies may be sought. Though no such case has yet come before the Court, it is possible that at some future date an applicant may seek a declaration or some other remedy resulting from a *Charter* violation by Canadian officials acting abroad. It would be premature, in my view, to preclude this from occurring, without such a case being properly before the Court. The second problem with the ss. 7 and 11(*d*) approach is that it curtails the use of the fundamental principles set out under the other provisions of the *Charter*. From an analytical standpoint, it is preferable to use the principles emanating from s. 8 of the *Charter* to assess whether evidence gathered from a search and seizure ought to be excluded from a trial in Canada than to refer to principles developed under s. 7 to deal with the same issue.

C. *Conclusion on the Proper Approach to Extraterritorial Charter Application*

176 The main question here is to determine what are the *Charter* obligations of Canadian officers investigating in another country. In my view, *Cook* at least established that Canadian authorities must abide by standards set for actions taken in Canada when they act independently, i.e., where the foreign state takes absolutely no part in the action and does not subject the action to its laws. Where the host state takes part in the action by subjecting Canadian authorities to its laws, the *Charter* still applies to Canadian officers but there will be no *Charter* violation where the Canadian officers abide by the laws of the host

participation efficace des policiers canadiens à la répression de la criminalité transnationale et le respect des droits fondamentaux de la personne.

D'aucuns pourraient soutenir qu'appliquer ainsi la *Charte* à l'étranger revient en fin de compte à l'appliquer après coup. Pour eux, la *Charte* ne s'applique jamais à l'étranger, mais la preuve présentée à un tribunal au Canada peut être écartée en application de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte*. À mon avis, la première faille de cette thèse est qu'elle vaut dans le cas d'une réparation demandée sur le fondement du par. 24(2) (exclusion de la preuve), mais non du par. 24(1). Notre Cour n'a pas encore été saisie de la question, mais elle pourrait devoir trancher un jour si une déclaration ou quelque autre réparation lui était demandée au motif qu'un fonctionnaire canadien a violé la *Charte* à l'étranger. Je juge prématuré d'exclure une telle réparation avant qu'elle n'ait été dûment demandée à notre Cour. La seconde faille de l'approche fondée sur l'art. 7 et l'al. 11*d*) est qu'elle limite l'application des principes fondamentaux énoncés aux autres dispositions de la *Charte*. D'un point de vue analytique, pour décider d'écarter ou non — lors du procès au Canada — une preuve recueillie lors d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie à l'étranger, mieux vaut se fonder sur les principes d'application de l'art. 8 de la *Charte* que sur ceux issus de l'art. 7.

C. *Conclusion : La démarche appropriée en ce qui concerne l'application extraterritoriale de la Charte*

Le principal objet du présent pourvoi est la détermination des obligations constitutionnelles des policiers canadiens qui enquêtent à l'étranger. À mon avis, l'arrêt *Cook* établit à tout le moins que les autorités canadiennes doivent satisfaire aux exigences applicables au Canada lorsqu'elles agissent de façon indépendante, soit lorsque l'État étranger ne participe aucunement à l'opération ni ne l'assujettit à ses lois. Lorsque l'État d'accueil participe à l'opération et soumet les autorités canadiennes à ses lois, la *Charte* continue de s'appliquer aux policiers canadiens. Toutefois, ces derniers ne violeront

state, subject to the exception discussed above. I believe this is the outcome contemplated in *Harrer* and *Terry*. This is also consistent with the approach taken by Lamer C.J. in *Schreiber*, who found a person's expectation of privacy to be commensurate with legal protections provided in the host country; his approach was based on a contextual application of the *Charter* and also showed some deference to the laws of the foreign country where the search took place.

pas la *Charte* s'ils se conforment aux lois de l'État d'accueil, sous réserve de l'exception susmentionnée. J'estime que tel est le résultat voulu par notre Cour dans les arrêts *Harrer* et *Terry*. Cette position est également compatible avec celle du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber* — l'attente d'une personne en matière de vie privée est fonction des garanties juridiques accordées dans l'État d'accueil —, où il a fondé sa conclusion sur une analyse contextuelle de la *Charte* et fait preuve d'une certaine déférence à l'égard du législateur étranger en cause.

I cannot agree with LeBel J. that the *Charter* is inapplicable or cannot be complied with outside Canadian territory. If s. 8 of the *Charter* was inapplicable to a s. 32(1) matter, as LeBel J. argues, I fail to see why he would apply s. 7 of the *Charter* as a control mechanism *ex post facto* (see para. 91) to the same matter, i.e. a Canadian investigation. There is, in my view, no meaningful distinction between *ex post facto* and *ex ante* application of the *Charter* to Canadian officials.

177 Je ne puis convenir avec le juge LeBel de l'inapplicabilité de la *Charte* ou de l'impossibilité de la respecter à l'extérieur du pays. Si, comme il le soutient, l'art. 8 de la *Charte* ne peut s'appliquer à un domaine visé au par. 32(1), je ne comprends pas pourquoi l'art. 7 de la *Charte* s'applique à la même enquête canadienne pour la contrôler après coup (par. 91). À mon sens, il n'y a pas de distinction valable entre appliquer la *Charte* aux fonctionnaires canadiens après coup ou préventivement.

The *Charter* applies extraterritorially, but the obligations it creates in the circumstances will depend on the nature of the right at risk, the nature of the action of the police, the involvement of foreign authorities and the application of foreign laws. In the context of actions taken outside Canada, the search had to be conducted in conformity with the local laws. There is obviously consent to the participation of Canadian officers in all cases where they operate in another country. Thus, in my view, consent is not a useful criterion to determine *Charter* application. The main question is rather whether the foreign law applies. *Cook* was a rare instance where it did not. But even where the foreign law applies, there are potential *Charter* protections. As LeBel J. recognizes himself at para. 109, flagrant breaches of fundamental human rights, such as torture, would not be accepted even if authorized by local laws.

178 La *Charte* s'applique à l'extérieur du territoire canadien, mais les obligations qu'elle crée dépendent de la nature du droit en jeu et de la mesure policière, de la participation des autorités étrangères et de l'application des lois étrangères. Dans le cas d'actes accomplis à l'extérieur du Canada, la perquisition doit être effectuée conformément aux lois de l'État d'accueil. La participation de policiers canadiens à une opération à l'étranger suppose nécessairement le consentement de l'État d'accueil. Par conséquent, je ne crois pas que le critère du consentement permette vraiment de déterminer si la *Charte* s'applique. Il faut plutôt se demander si le droit étranger s'applique. L'affaire *Cook* constitue un rare cas où il ne s'appliquait pas. Toutefois, l'application du droit étranger n'exclut pas celle des garanties prévues par la *Charte*. Comme le reconnaît le juge LeBel (par. 109), la violation flagrante des droits fondamentaux de la personne (la torture, par exemple) demeure inacceptable même lorsqu'elle est autorisée par les lois de l'autre État.

On the facts of this case, it is clear that the Canadian authorities were operating under the

179 Il ressort des faits de l'espèce que les autorités canadiennes ont agi sous l'autorité du commissaire

authority of Detective Superintendent Lessemun, that the local laws applied to the investigation and that there was no evidence that the local laws had been breached or did not meet fundamental human rights standards. Hape led no evidence to suggest there were any differences between the fundamental human rights protections available under Turks and Caicos search and seizure laws and what the protections the *Charter* guarantees under Canadian law that would raise serious concerns. The seizure of documents was thus reasonable in the context and the evidence should not be excluded.

IV. Conclusion

180 I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The following are the reasons delivered by

181 BINNIE J. — This appeal raises relatively straightforward issues arising out of a money laundering investigation. It should be dismissed. As my colleagues note, the searches and seizures of the appellant's bank records in the Turks and Caicos Islands were carried out under the authority of the local police in conformity with local powers of search and seizure. No prejudice to the appellant's right to a fair trial in Canada has been demonstrated. The appellant, having chosen to do his banking in the Turks and Caicos Islands, can be taken to have accepted the degree of privacy which the law of that jurisdiction affords. The record demonstrates that superimposing the Canadian law of search and seizure on top of that of the Turks and Caicos Islands would be unworkable. The appeal fails because the appellant cannot bring his case within the requirements adopted by the majority of this Court in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, at para. 25, namely that:

> ... (1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* to the actions of the Canadian [police in the Turks and Caicos Islands do] not, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state

Lessemun, que l'enquête était assujettie aux lois de l'État étranger et que l'inobservation de ces lois ou leur incompatibilité avec les droits fondamentaux de la personne n'ont pas été établies. M. Hape n'a présenté aucune preuve de différences préoccupantes entre, d'une part, la protection des droits fondamentaux de la personne et les dispositions régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies aux îles Turks et Caicos et, d'autre part, les garanties prévues par la *Charte* au Canada. Par conséquent, la saisie des documents n'était pas abusive dans le contexte, et la preuve n'aurait pas dû être écartée.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — La présente affaire soulève des questions assez simples relativement à une enquête menée dans une affaire de blanchiment d'argent. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Comme le signalent mes collègues, la fouille, la perquisition et la saisie des documents bancaires de l'appelant ont eu lieu aux îles Turks et Caicos sous l'autorité du service de police de l'archipel conformément aux pouvoirs conférés par le droit étranger en la matière. Nulle atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable au Canada n'a été établie. En choisissant d'exercer ses activités financières aux îles Turks et Caicos, l'appelant est présumé avoir accepté le degré de protection que prévoit le droit de l'archipel en matière de vie privée. Il appert du dossier que la superposition du droit canadien et du droit des îles Turks et Caicos en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies poserait des problèmes insurmontables. L'appelant est débouté parce qu'il n'a pu prouver le respect en l'espèce des exigences établies par les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 25 :

> ... premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes [des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos] ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État

and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. [Emphasis added.]

My colleague LeBel J. holds, in essence, that *any* extraterritorial effect is objectionable (para. 85). This effectively overrules *Cook* and would further limit the potential extraterritorial application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect, I do not believe that this case, or the narrowly focussed argument of the very experienced counsel for the appellant (a 12-page factum of which three pages were devoted to legal argument citing only four authorities) affords a proper springboard for such sweeping conclusions.

While the application of *Cook* is not without practical and theoretical difficulties, as my colleagues Bastarache and LeBel JJ. show, there is sufficient flexibility in the notion of *objectionable* extraterritorial effect for such difficulties to be resolved over time in circumstances more challenging than those of the routine police investigations at issue here and in the four cases cited by the appellant, namely, *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, and *Cook* itself. Routine Canadian police investigations in the United States (*Harrer*, *Terry* and *Cook*), Switzerland (*Schreiber*) and in the Turks and Caicos Islands (this case) are of course significant, but issues of more far-reaching importance will soon confront Canadian courts, especially in the context of the "war on terror" and its progeny. We should, in my view, avoid premature pronouncements that restrict the application of the *Charter* to Canadian officials operating abroad in relation to Canadian citizens.

In the 12 years since *Harrer*, serious questions of the utmost importance have arisen respecting the extent to which, if at all, a constitutional bill of rights follows the flag when state security and police authorities operate outside their home territory. In the United States, the issues are being debated in the context of "special renditions" of

étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable. [Je souligne.]

182 Mon collègue le juge LeBel conclut essentiellement que *tout* effet extraterritorial est inacceptable (par. 85), infirmant dans les faits l'arrêt *Cook* et limitant davantage l'application extraterritoriale éventuelle de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec égards, je ne crois pas que la présente affaire non plus que la plaidoirie très ciblée de l'avocat chevronné de l'appelant (des 12 pages de son mémoire, trois sont consacrées à l'argumentation juridique et il n'y cite que quatre arrêts de jurisprudence) offrent l'assise voulue pour un tel revirement.

183 Même si — mes collègues LeBel et Bastarache le montrent — l'application de l'arrêt *Cook* n'est pas sans soulever de difficultés d'ordre pratique et théorique, la notion d'effet extraterritorial *inacceptable* offre suffisamment de souplesse pour les surmonter dans des circonstances qui présentent un plus grand défi que celles de la banale enquête policière menée en l'espèce ou dans les quatre affaires invoquées par l'appelant, à savoir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, et *Cook*. Certes, les enquêtes de routine effectuées par des policiers canadiens aux États-Unis (*Harrer*, *Terry* et *Cook*), en Suisse (*Schreiber*) et aux îles Turks and Caicos (en l'espèce) n'étaient pas sans importance, mais les tribunaux canadiens seront bientôt saisis de questions à la portée beaucoup plus grande, en particulier dans le contexte de la « guerre au terrorisme » et des mesures qui en découlent. Selon moi, il nous faut éviter de formuler prématurément des énoncés qui limitent l'application de la *Charte* à l'égard des fonctionnaires canadiens exerçant leurs activités à l'étranger relativement à des citoyens canadiens.

184 Au cours des 12 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Harrer*, des questions graves et de la plus haute importance ont été soulevées quant à la mesure dans laquelle, le cas échéant, une charte des droits inscrite dans la Constitution continue de régir à l'étranger les autorités chargées de la sûreté de l'État et du respect de la loi. Aux États-Unis,

suspects by non-military U.S. authorities to and between foreign countries and the rights of individuals held in camps said to be operated under the control of non-military U.S. personnel outside the United States (quite apart from military installations such as Guantanamo Bay). It has been widely contended in that country that different standards apply to civilian as distinguished from military personnel and to citizens as distinguished from non-citizens. Canadian police and security officials have also been active recently in foreign "hot spots" as diverse as Haiti, Iraq and Afghanistan. In fact, since 1989, the RCMP has managed the deployment of over 2,000 Canadian police officers in at least 12 countries with troubled histories including Kosovo, East Timor, Guinea, Sierra Leone, Bosnia and Herzegovina, Ethiopia, Haiti, Jordan, Iraq, the Democratic Republic of Congo, Côte d'Ivoire and Afghanistan (Royal Canadian Mounted Police, *RCMP International Peacekeeping Branch Review, 2004/2005* (2006)). In addition, RCMP "International Operations Branch" Officers work in 25 locations around the world (Royal Canadian Mounted Police, *RCMP Fact Sheet — International Operations Branch* (2005)) in circumstances that could give rise to *Charter* challenges. Recently, claims have been launched in Canadian courts by human rights activists (including Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association) against the federal government asking the courts to extend *Charter* protections (as well as international human rights and humanitarian law) to individuals detained by the Canadian Forces operating in Afghanistan. It is not known to what extent Canadian citizens were among the detainees in question, although there is some evidence that there are Canadians among the Taliban. The allegation against the Minister of National Defence and the Attorney General of Canada (both civilian authorities) is that detainees were given into the custody of the security personnel of the government of Afghanistan without adequate safeguards (see Federal Court File Number T-324-07). We have no idea if there is any merit in any of these claims, but at some point we are likely to be called upon to address them. The Maher Arar Inquiry disclosed serious issues about Canadian

les questions se posent dans le contexte du « transfert spécial » de suspects par des autorités américaines non militaires à des pays étrangers, et entre pays étrangers, ainsi qu'en fonction des droits des personnes détenues dans des camps qui seraient dirigés par du personnel américain non militaire à l'extérieur des États-Unis (et non dans des installations militaires comme celles de Guantanamo). Bon nombre d'observateurs de ce pays soutiennent que des normes différentes s'appliquent aux civils et aux militaires, ainsi qu'aux citoyens et aux non-citoyens. Aussi, ces dernières années, des forces de sécurité canadiennes, y compris des policiers, ont été déployées dans divers « points chauds » du globe comme Haïti, l'Iraq et l'Afghanistan. En fait, depuis 1989, la GRC a géré le déploiement de plus de 2 000 policiers canadiens dans au moins 12 pays déchirés par des conflits, dont le Kosovo, le Timor oriental, la Guinée, la Sierra Leone, la Bosnie-Herzégovine, l'Éthiopie, Haïti, la Jordanie, l'Iraq, la République démocratique du Congo, la Côte d'Ivoire et l'Afghanistan (Gendarmerie royale du Canada, *Revue de la Sous-direction du maintien de la paix internationale, 2004/2005* (2006)). En outre, des membres de la « Sous-direction des opérations internationales » de la GRC participent à 25 missions dans le monde (Gendarmerie royale du Canada, *GRC Fiches documentaires — Sous-direction des opérations internationales* (2005)) dans un contexte susceptible de donner lieu à des contestations fondées sur la *Charte*. Des défenseurs des droits de la personne (dont Amnistie Internationale Canada et l'association des libertés civiles de la Colombie-Britannique) ont récemment poursuivi le gouvernement fédéral devant les tribunaux canadiens afin d'obtenir que les garanties prévues par la *Charte* (ainsi que par les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et au droit humanitaire) bénéficient également aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan. On ne sait pas à quel point des citoyens canadiens figurent parmi ces détenus, mais il semble qu'il y aurait des Canadiens parmi les talibans. Selon l'allégation formulée contre le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada (deux civils), on aurait confié des détenus à la garde de responsables de la sécurité au sein du

police conduct in relation to the extraterritorial apprehension of a Canadian citizen in the United States which led to his incarceration and torture in Syria. The work of Canadian security personnel other than the RCMP may give rise to other issues, some of which may relate to the extraterritorial treatment of Canadian citizens. I mention these matters simply to illustrate the sort of issues that may eventually wind up before us and on which we can expect to hear extensive and scholarly argument in relation to the extraterritorial application of the *Charter*. Traditionally, common law courts have declined to make far-reaching pronouncements before being required by the facts before them to do so, heeding the cautionary words of the poet:

gouvernement afghan sans obtenir les assurances voulues au préalable (Cour fédérale, dossier T-324-07). Nous ignorons si ces allégations ont quelque fondement, mais nous serons probablement appelés à les examiner un jour ou l'autre. Dans l'affaire Maher Arar — arrestation extraterritoriale d'un citoyen canadien aux États-Unis, emprisonné et torturé par la suite en Syrie —, l'enquête a soulevé de graves questions au sujet du comportement des policiers canadiens. Les mesures prises par d'autres organismes canadiens que la GRC peuvent soulever d'autres questions, notamment en ce qui concerne le traitement de citoyens canadiens à l'étranger. Je donne ces exemples uniquement pour illustrer le genre de questions dont notre Cour pourrait un jour être saisie, bénéficiant alors d'une argumentation approfondie et savante sur l'application extraterritoriale de la *Charte*. Traditionnellement, les tribunaux de common law ont refusé de rendre des décisions de grande portée lorsque les faits dont ils étaient saisis ne l'exigeaient pas, tenant ainsi compte de la mise en garde du poète :

There are more things in heaven and earth, Horatio,
Than are dreamt of in your philosophy.

(*Hamlet*, Act I, Scene v, 11. 166-67)

Il y a plus de choses au ciel et sur la terre, Horatio, que
dans les rêves de la philosophie.

(*Hamlet*, acte I, scène v, lignes 166-167)

Justice LeBel places great emphasis on the remedial potential of s. 24(2) of the *Charter* under which evidence may, in certain circumstances, be excluded from a Canadian trial, but the allegations now coming before our courts may not result in a trial in Canada. Indeed even the *right* to an ordinary trial may become an issue here as it has in the United States. Such serious *Charter* issues should be resolved only after full argument and debate in this Court, which we did not receive (and had no reason to expect) in this case.

185 Le juge LeBel insiste beaucoup sur le potentiel réparateur du par. 24(2) de la *Charte* qui, dans certaines circonstances, permet d'écarter un élément de preuve lors du procès au Canada. Or, les allégations formulées aujourd'hui devant nos tribunaux ne donneront pas nécessairement lieu à un procès au Canada. En fait, même le *droit* à un simple procès pourrait être compromis comme il l'est aux États-Unis. De si graves questions concernant la *Charte* ne doivent être tranchées qu'à l'issue d'une plaidoirie et d'un débat exhaustifs devant notre Cour, ce à quoi nous n'avons pas eu droit (et ne pouvions nous attendre) en l'espèce.

My colleague LeBel J. draws a number of very broad propositions from his analysis of certain aspects of international law and takes a more attenuated view of s. 32(1) of the *Charter* than was adopted by the majority in *Cook*. LeBel J. concludes that:

186 Mon collègue le juge LeBel tire des conclusions très générales de son analyse de certains volets du droit international, et son interprétation du par. 32(1) de la *Charte* est davantage atténuée que celle des juges majoritaires dans l'arrêt *Cook*. Il conclut :

Since extraterritorial enforcement [of Canadian law] is not possible, and enforcement is necessary for the *Charter* to apply, extraterritorial application of the *Charter* is impossible. [Emphasis added; para. 85.]

I accept, of course, that enforcement is a central issue, but at this stage I would not treat difficulties in that regard as conclusive. My colleague adds at para. 100 that "[i]ndividual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder co-operation" (emphasis added). In an effort to fill the gap created by his rejection of *Charter* applicability, LeBel J. would substitute Canada's "international human rights obligations", as a source of limitation on state power. The content of such obligations is weaker and their scope is more debatable than *Charter* guarantees. Specifically, LeBel J. writes, at para. 101, that relief may be available "where the participation of Canadian officers in investigative activities sanctioned by foreign law would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights". The proposal is that international human rights obligations should become the applicable "extraterritorial" standard in substitution for *Charter* guarantees even as between the Canadian government and Canadian citizens.

187 This is not the case, in my respectful view, for the Court to determine whether Canadian citizens harmed by the extraterritorial conduct of Canadian authorities should be denied *Charter* relief (except if faced with a criminal trial in Canada) and be left to arguments about Canada's international law obligations. The Crown and the intervener, the Attorney General of Ontario, sought no such limitation. Neither the parties nor the intervener asked that *Cook* be revisited, much less overruled. Counsel were not at all dismissive of the relevance of the *Charter* in holding to account "extraterritorial" conduct of Canadian officials in relation to Canadian citizens, accepting (in my view correctly) that in *Charter* terms the denial of "objectionable extraterritorial effect" is a very different thing from the denial of *any* extraterritorial effect.

Comme il n'est pas possible de faire respecter la *Charte* à l'étranger, et que cela est nécessaire pour qu'elle s'applique, l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible. [Je souligne; par. 85.]

Je reconnais bien sûr que la question de la mise en application est fondamentale, mais à ce stade, les difficultés s'y rapportant ne me paraissent pas décisives. Mon collègue ajoute qu'« [o]n ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière » (par. 100 (je souligne)). Afin de combler le vide créé par la non-application de la *Charte*, le juge LeBel propose, pour circonscrire le pouvoir de l'État, de s'en remettre aux « obligations internationales [du Canada] en matière de droits de la personne ». La teneur de ces obligations est moindre et leur portée est plus discutable que celles des garanties de la *Charte*. Plus précisément, le juge LeBel dit qu'il pourrait y avoir réparation lorsque « la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger [. . .] emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne » (par. 101). Ainsi, ces obligations deviendraient la norme « extraterritoriale » applicable en lieu et place des garanties de la *Charte*, même entre l'État canadien et les citoyens canadiens.

À mon humble avis, notre Cour ne saurait déterminer en l'espèce si un citoyen canadien lésé par le comportement extraterritorial d'une autorité canadienne devrait se voir refuser une réparation fondée sur la *Charte* (sauf s'il fait l'objet d'un procès pénal au Canada) et ne pouvoir invoquer que les obligations du Canada en droit international. Le ministère public et l'intervenant le procureur général de l'Ontario n'ont pas demandé pareille limitation. Ni les parties ni l'intervenant n'ont demandé la révision de l'arrêt *Cook*, encore moins son infirmation. Les avocats n'ont pas du tout écarté la pertinence de la *Charte* en faisant valoir qu'un fonctionnaire canadien pourrait devoir répondre de ses actes à l'étranger vis-à-vis d'un citoyen canadien, reconnaissant (à juste titre, selon moi) qu'il est très différent de nier l'« effet extraterritorial inacceptable » de l'application de la *Charte* et de nier *tout* effet extraterritorial en résultant.

So too my colleague LeBel J. writes, at para. 101:

I would leave open the possibility that, in a future case, participation by Canadian officers in activities in another country that would violate Canada's international human rights obligations might justify a remedy under s. 24(1) of the *Charter* because of the impact of those activities on *Charter* rights in Canada.

However, the scope of this possible exception is unclear, given the fact that the conduct at issue would necessarily be outside Canada and, according to my colleague, ought not to be judged by the *Charter* standards because "extraterritorial application of the *Charter* is impossible" (para. 85).

I would therefore resolve this appeal on the basis of *Harrer*, *Terry*, *Schreiber* and *Cook*. I would retain for the present *Cook*'s "objectionable extraterritorial effect" principle while leaving the door open to future developments in assessing the extraterritorial application of the *Charter*. Our grasp of the potential ramifications of different approaches would be sharpened by the challenging fact situations and fresh perspectives presented in cases now working their way through the system. Constitutional pronouncements of such far-reaching implications as are laid down by my colleague ("extraterritorial application of the *Charter* is impossible") were not even on the radar screen of the parties and intervener to this appeal, all of whom were represented by able and experienced counsel. The Court should decline to resolve such important questions before they are ripe for decision.

Since writing the above, my colleague LeBel J. has joined issue with this lone protest with the following comment:

We cannot always know what new issues might arise before the courts in the future, but we can trust that the law will grow and evolve as necessary and when necessary in response. [para. 95]

The law of the Constitution can only "grow and evolve" if the Court leaves it the flexibility to do

Mon collègue le juge LeBel écrit par ailleurs au par. 101 : 188

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada.

Or, la portée de cette exception éventuelle demeure incertaine, car les actes en cause seraient nécessairement accomplis à l'étranger et, selon mon collègue, ne devraient pas être jugés au regard des exigences canadiennes parce que « l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible » (par. 85).

Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi en fonction des arrêts *Harrer*, *Terry*, *Schreiber* et *Cook*. Je m'en tiendrais pour l'instant au principe de l'« effet extraterritorial inacceptable » établi dans l'arrêt *Cook* et laisserais la voie libre à une évolution ultérieure quant à la question de l'application extraterritoriale de la *Charte*. Certaines affaires qui franchissent actuellement les différents paliers du système judiciaire offrent une assise factuelle stimulante et une perspective nouvelle qui nous permettraient de mieux saisir les conséquences possibles des différents points de vue. Un énoncé constitutionnel de grande portée comme celui de mon collègue le juge LeBel (« l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible ») n'était même pas envisagé par les parties et l'intervenant en l'espèce, qui étaient tous représentés par des avocats compétents et chevronnés. Notre Cour devrait refuser de se prononcer prématurément sur des questions aussi importantes. 189

Après avoir pris connaissance des motifs qui précèdent, mon collègue a confirmé notre désaccord en ajoutant : 190

Il n'est pas toujours possible de prévoir les questions nouvelles dont seront saisis les tribunaux, mais on peut être assuré que le droit se développera et évoluera dans la mesure nécessaire et au moment opportun. [par. 95]

Le droit constitutionnel ne « se développera et [n]'évoluera » que si notre Cour offre la souplesse 191

so. It is precisely because of the uncertainty about future developments, some of which are now in the litigation pipeline, that I believe the Court should not in this case substitute rigidity for flexibility and, prematurely (and unnecessarily), foreclose *Charter* options that are now open to it under the flexible principles enunciated in *Cook*.

192 I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gold & Associates, Toronto.

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

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

voulue. C'est précisément l'incertitude quant aux affaires à venir — certaines d'entre elles cheminant actuellement devant les tribunaux inférieurs — qui m'amène à croire que notre Cour ne doit pas, en l'espèce, substituer la rigidité à la souplesse et supprimer prématurément (et sans nécessité) les possibilités qu'offrent actuellement les principes flexibles énoncés dans l'arrêt *Cook* relativement à l'application de la *Charte*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Gold & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Toronto.

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

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association, Health Services and Support – Community Subsector Bargaining Association, Nurses' Bargaining Association, Hospital Employees' Union, B.C. Government and Service Employees' Union, British Columbia Nurses' Union, Heather Caroline Birkett, Janine Brooker, Amaljeet Kaur Jhand, Leona Mary Fraser, Pamela Jean Sankey-Kilduff, Sally Lorraine Stevenson, Sharleen G. V. Decillia and Harjeet Dhami *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, Confederation of National Trade Unions, Canadian Labour Congress, Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada, and British Columbia Teachers' Federation *Interveners*

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association, Health Services and Support – Community Subsector Bargaining Association, Nurses' Bargaining Association, Hospital Employees' Union, B.C. Government and Service Employees' Union, British Columbia Nurses' Union, Heather Caroline Birkett, Janine Brooker, Amaljeet Kaur Jhand, Leona Mary Fraser, Pamela Jean Sankey-Kilduff, Sally Lorraine Stevenson, Sharleen G. V. Decillia et Harjeet Dhami *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, Confédération des syndicats nationaux, Congrès du travail du Canada, Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada et British Columbia Teachers' Federation *Intervenants*

INDEXED AS: HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. *v.* BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2007 SCC 27.

File No.: 30554.

2006: February 8; 2007: June 8.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

RÉPERTORIÉ : HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2007 CSC 27.

N° du greffe : 30554.

2006 : 8 février; 2007 : 8 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to bargain collectively

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Loi

— Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether constitutional guarantee of freedom of association includes procedural right to collective bargaining — If so, whether legislation infringes right to bargain collectively — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Health care workers — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether effects of legislation on health care workers constitute discrimination under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

The *Health and Social Services Delivery Improvement Act* was adopted as a response to challenges facing British Columbia's health care system. The Act was quickly passed and there was no meaningful consultation with unions before it became law. Part 2 of the Act introduced changes to transfers and multi-worksite assignment rights (ss. 4 and 5), contracting out (s. 6), the status of contracted out employees (s. 6), job security programs (ss. 7 and 8), and layoffs and bumping rights (s. 9). It gave health care employers greater flexibility to organize their relations with their employees as they see fit, and in some cases, to do so in ways that would not have been permissible under existing collective agreements and without adhering to requirements of consultation and notice that would otherwise obtain. It invalidated important provisions of collective agreements then in force, and effectively precluded meaningful collective bargaining on a number of specific issues. Furthermore, s. 10 voided any part of a collective agreement, past or future, which was inconsistent with Part 2, and any collective agreement purporting to modify these restrictions. The appellants, who are unions and members of the unions representing the nurses, facilities, or community subsectors, challenged the constitutional validity of Part 2 of the Act as violative of the guarantees of freedom of association and equality protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the trial judge and the Court of

provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — La liberté d'association garantie par la Constitution comprend-elle le droit procédural de négociation collective? — Dans l'affirmative, la loi porte-t-elle atteinte au droit de négocier collectivement? — Cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Travailleurs de la santé — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — Les effets de la loi sur les travailleurs de la santé constituent-ils de la discrimination selon l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

La *Health and Social Services Delivery Improvement Act* a été adoptée par suite des difficultés qui pèsent sur le système de santé de la Colombie-Britannique. Elle fut rapidement adoptée. Aucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet devienne loi. La partie 2 de la Loi modifie les droits liés aux transferts et affectations dans différents lieux de travail (art. 4 et 5), la sous-traitance (art. 6), le statut des employés contractuels (art. 6), les programmes de sécurité d'emploi (art. 7 et 8), les droits de mise en disponibilité et de supplantation (art. 9). Elle accorde aux employeurs du secteur de la santé une plus grande latitude pour aménager à leur gré leurs relations avec leurs employés et, dans certains cas, pour procéder d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée, et ce, sans se conformer aux exigences de consultation et de notification qui auraient été normalement applicables. Elle invalide d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et effectivement interdit toute véritable négociation collective sur certaines questions. De plus, l'art. 10 invalide toute partie d'une convention collective, présente ou future, incompatible avec la partie 2, et toute convention collective visant à modifier ces restrictions. Les appelants, qui sont des syndicats et des membres des syndicats représentant le sous-secteur des infirmiers, celui des installations ou le sous-secteur communautaire, contestent la constitutionnalité de la partie 2 de la Loi au

Appeal found that Part 2 of the Act did not violate ss. 2(*d*) or 15 of the *Charter*.

Held (Deschamps J. dissenting in part): The appeal is allowed in part. Sections 6(2), 6(4), and 9 of the Act are unconstitutional. This declaration is suspended for a period of 12 months.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ.: Freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter* includes a procedural right to collective bargaining. The grounds advanced in the earlier decisions of this Court for the exclusion of collective bargaining from s. 2(*d*)'s protection do not withstand principled scrutiny and should be rejected. The general purpose of the *Charter* guarantees and the broad language of s. 2(*d*) are consistent with a measure of protection for collective bargaining. Further, the right to collective bargaining is neither of recent origin nor merely a creature of statute. The history of collective bargaining in Canada reveals that long before the present statutory labour regimes were put in place, collective bargaining was recognized as a fundamental aspect of Canadian society, emerging as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context. Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*. The protection enshrined in s. 2(*d*) of the *Charter* may properly be seen as the culmination of a historical movement towards the recognition of a procedural right to collective bargaining. Canada's adherence to international documents recognizing a right to collective bargaining also supports recognition of that right in s. 2(*d*). The *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified. Lastly, the protection of collective bargaining under s. 2(*d*) is consistent with and supportive of the values underlying the *Charter* and the purposes of the *Charter* as a whole. Recognizing that workers have the right to bargain collectively as part of their freedom to associate reaffirms the values of dignity, personal autonomy, equality and democracy that are inherent in the *Charter*. [22] [39-41] [66] [68] [70] [86]

The constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage

motif qu'elle porte atteinte à la liberté d'association et aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon la juge de première instance et la Cour d'appel, la partie 2 de la Loi ne va pas à l'encontre de l'al. 2*d*) ni de l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les paragraphes 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi sont inconstitutionnels. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour 12 mois.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Abella : La liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* comprend le droit procédural de négocier collectivement. Les motifs avancés dans des arrêts antérieurs de la Cour pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par l'al. 2*d*) ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et devraient être écartés. L'objet général des garanties de la *Charte* et le libellé général de l'al. 2*d*) se concilient avec la reconnaissance d'une certaine protection de la négociation collective. Par ailleurs, le droit de négociation collective ne représente pas l'œuvre récente du législateur. L'histoire de la négociation collective au Canada révèle que, bien avant la mise en place des régimes légaux actuels des relations du travail, la négociation collective était reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne, représentant la plus importante activité collective par l'intermédiaire de laquelle s'exprime la liberté d'association dans le contexte des relations du travail. Le droit de s'associer avec d'autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada, qui existait avant l'adoption de la *Charte*. On peut à juste titre considérer la protection consacrée à l'al. 2*d*) de la *Charte* comme l'aboutissement d'un mouvement historique vers la reconnaissance d'un droit procédural de négocier collectivement. L'adhésion du Canada à des instruments internationaux reconnaissant l'existence du droit de négocier collectivement appuie aussi la thèse que ce droit est protégé à l'al. 2*d*). Il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne. Enfin, la protection de la négociation collective garantie par l'al. 2*d*) est compatible avec les valeurs reconnues par la *Charte* et avec l'ensemble de ses objectifs. Reconnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, intrinsèques à la *Charte*. [22] [39-41] [66] [68] [70] [86]

Le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer

in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. Section 2(*d*) of the *Charter* does not guarantee the particular objectives sought through this associational activity but rather the process through which those goals are pursued. It means that employees have the right to unite, to present demands to government employers collectively and to engage in discussions in an attempt to achieve workplace-related goals. Section 2(*d*) imposes corresponding duties on government employers to agree to meet and discuss with them. It also puts constraints on the exercise of legislative powers in respect of the right to collective bargaining. However, s. 2(*d*) does not protect all aspects of the associational activity of collective bargaining. It protects only against "substantial interference" with associational activity. Intent to interfere with the associational right of collective bargaining is not essential to establish breach of s. 2(*d*). It is enough if the effect of the state law or action is to substantially interfere with the activity of collective bargaining. To constitute substantial interference with freedom of association, the intent or effect must seriously undercut or undermine the activity of workers joining together to pursue the common goals of negotiating workplace conditions and terms of employment with their employer. [89-90] [92]

Determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries: (1) the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert; and (2) the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation. If the matters affected do not substantially impact on the process of collective bargaining, the measure does not violate s. 2(*d*) and the employer may be under no duty to discuss and consult. If, on the other hand, the changes substantially touch on collective bargaining, they will still not violate s. 2(*d*) if they preserve a process of consultation and good faith negotiation. Only where the matter is both important to the process of collective bargaining and has been imposed in violation of the duty of good faith negotiation will s. 2(*d*) be breached. [93-94] [109]

à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail. L'alinéa 2*d*) de la *Charte* protège non pas les objectifs particuliers que les employés cherchent à atteindre par cette activité associative, mais plutôt le processus de réalisation de ces objectifs. Cela signifie que les employés ont le droit de s'unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs du secteur public et de participer à des discussions en vue d'atteindre des objectifs liés au milieu de travail. L'alinéa 2*d*) impose aux employeurs du secteur public des obligations correspondantes d'accepter de rencontrer les employés pour discuter avec eux. Il restreint aussi le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective. Cependant, il ne protège pas tous les aspects de l'activité associative liée à la négociation collective. Il protège uniquement contre les « entraves substantielles » à l'activité associative. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention de porter atteinte au droit d'association lié à la négociation collective pour établir la violation de l'al. 2*d*). Il suffit que la loi ou l'acte de l'État ait pour effet d'entraver de façon substantielle l'activité de négociation collective. Pour qu'il s'agisse d'une atteinte substantielle à la liberté d'association, l'intention ou l'effet doit sérieusement compromettre l'activité des travailleurs qui consiste à se regrouper en vue de réaliser des objectifs communs, c'est-à-dire négocier des conditions de travail et des modalités d'emploi avec leur employeur. [89-90] [92]

Pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions : (1) l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la capacité des syndiqués d'agir d'une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs ainsi que (2) l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi. Si les aspects touchés n'ont pas de répercussions importantes sur le processus de négociation collective, la mesure n'enfreint pas l'al. 2*d*) et il se peut que l'employeur n'ait pas l'obligation de tenir des discussions et des consultations. Par ailleurs, les modifications qui ont une profonde incidence sur la négociation collective ne contreviendront pas non plus à l'al. 2*d*) si elles préservent le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. L'atteinte à l'al. 2*d*) ne surviendra que dans le cas où seront en cause à la fois un sujet d'importance pour le processus de négociation collective et une mesure imposée sans égard à l'obligation de négocier de bonne foi. [93-94] [109]

A basic element of the duty to bargain in good faith is the obligation to actually meet and to commit time to the process. The parties have a duty to engage in meaningful dialogue, to exchange and explain their positions and to make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract. However, the duty to bargain in good faith does not impose on the parties an obligation to conclude a collective agreement, nor does it include a duty to accept any particular contractual provisions. In considering whether the legislative provisions impinge on the collective right to good faith negotiations and consultation, regard must be had for the circumstances surrounding their adoption. Situations of exigency and urgency may affect the content and the modalities of the duty to bargain in good faith. Different situations may demand different processes and timelines. Moreover, failure to comply with the duty to consult and bargain in good faith should not be lightly found, and should be clearly supported on the record. [100-101] [103] [107]

In this case, ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act, in conjunction with s. 10, interfere with the process of collective bargaining, either by disregarding past processes of collective bargaining, by pre-emptively undermining future processes of collective bargaining, or both. Sections 4 and 5 are concerned with relatively minor modifications to in-place schemes for transferring and reassigning employees. Significant protections remained in place. While the Act took these issues off the collective bargaining table for the future, on balance, ss. 4 and 5 cannot be said to amount to a substantial interference with the union's ability to engage in collective bargaining so as to attract the protection under s. 2(*d*) of the *Charter*. However, the provisions dealing with contracting out (ss. 6(2) and 6(4)), layoffs (ss. 9(a), 9(b) and 9(c)) and bumping (s. 9(d)) infringe the right to bargain collectively protected by s. 2(*d*). These provisions deal with matters central to the freedom of association and amount to substantial interference with associational activities. Furthermore, these provisions did not preserve the processes of collective bargaining. Although the government was facing a situation of exigency, the measures it adopted constituted a virtual denial of the s. 2(*d*) right to a process of good faith bargaining and consultation. [128] [130-132] [134-135]

The s. 2(*d*) infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the government established that the

L'un des éléments fondamentaux de l'obligation de négocier de bonne foi consiste en l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus. Les parties ont l'obligation d'établir un véritable dialogue : elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable. Cependant, l'obligation de négocier de bonne foi n'impose pas la conclusion d'une convention collective ni l'acceptation de clauses contractuelles particulières. Pour déterminer si des dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menées de bonne foi, il faut tenir compte des circonstances de leur adoption. Une situation d'urgence est susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi. Différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers. De plus, on se gardera de tirer à la légère, en l'absence d'un dossier bien étayé, une conclusion d'atteinte à l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. [100-101] [103] [107]

En l'espèce, les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4) de la Loi, appliqués conjointement avec l'art. 10, constituent une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois. Les articles 4 et 5 apportent des modifications relativement mineures aux régimes existants de transfert et de nouvelle affectation des employés. D'importantes protections subsistaient. Il est vrai que la Loi retirait désormais ces questions de la table des négociations collectives, mais, tout bien considéré, on ne peut pas affirmer que les art. 4 et 5 entravent de façon substantielle la capacité du syndicat d'engager des négociations collectives et qu'il s'agisse d'un cas donnant droit à la protection prévue à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Toutefois, les dispositions concernant la sous-traitance (par. 6(2) et (4)), la mise en disponibilité (al. 9a), b) et c)) et la supplantation (al. 9d)) entravent le droit de négocier collectivement garanti par l'al. 2*d*). Ces dispositions portent sur des questions d'une importance capitale pour la liberté d'association et entravent de façon substantielle les activités associatives. De plus, elles ne respectent pas le droit à un processus de négociation collective. Même si le gouvernement se trouvait dans une situation d'urgence, les mesures qu'il a adoptées constituent pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2*d*) à un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. [128] [130-132] [134-135]

La violation de l'al. 2*d*) ne peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*. Même si le gouvernement

Act's main objective of improving the delivery of health care services and sub-objectives were pressing and substantial, and while it could logically and reasonably be concluded that there was a rational connection between the means adopted by the Act and the objectives, it was not shown that the Act minimally impaired the employees' s. 2(*d*) right of collective bargaining. The record discloses no consideration by the government of whether it could reach its goal by less intrusive measures. A range of options were on the table, but the government presented no evidence as to why this particular solution was chosen and why there was no meaningful consultation with the unions about the range of options open to it. This was an important and significant piece of labour legislation which had the potential to affect the rights of employees dramatically and unusually. Yet, it was adopted rapidly with full knowledge that the unions were strongly opposed to many of the provisions, and without consideration of alternative ways to achieve the government objective, and without explanation of the government's choices. [143-144] [147-149] [156] [158] [160-161]

Part 2 of the Act does not violate s. 15 of the *Charter*. The distinctions made by the Act relate essentially to segregating different sectors of employment, in accordance with the long-standing practice in labour regulation of creating legislation specific to particular segments of the labour force, and do not amount to discrimination under s. 15. The differential and adverse effects of the legislation on some groups of workers relate essentially to the type of work they do, and not to the persons they are. Nor does the evidence disclose that the Act reflects the stereotypical application of group or personal characteristics. [165] [167]

Per Deschamps J. (dissenting in part): The majority's reasons concerning the scope of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter* in the collective bargaining context are generally agreed with, as is their conclusion that no claim of discrimination contrary to s. 15 of the *Charter* has been established. However, the analysis relating to both the infringement of s. 2(*d*) and the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter* is disagreed with. [170]

Given that this case does not involve a claim of underinclusive legislation, but an obligation that the state not interfere in a collective bargaining process, a "substantial interference" standard for determining whether a

a établi que l'objectif principal de la Loi d'améliorer la prestation des services de santé ainsi que les sous-objectifs étaient pressants et réels et même s'il peut être logique et raisonnable de conclure qu'il existe un lien rationnel entre les moyens adoptés dans la Loi et les objectifs, il n'a pas été démontré que la Loi ne portait qu'une atteinte minimale au droit de négociation collective reconnu aux employés par l'al. 2*d*). Selon le dossier, le gouvernement ne s'est pas demandé s'il pourrait atteindre son objectif par des mesures moins attentatoires. Une gamme de solutions lui ont été présentées, mais il n'a offert aucune preuve expliquant pourquoi il a retenu cette solution en particulier ni pourquoi il n'a pas véritablement consulté les syndicats au sujet de la gamme de solutions qui s'offraient à lui. Le projet de loi représentait une importante mesure législative dans le domaine du travail, qui était susceptible d'avoir un effet dramatique et exceptionnel sur les droits des employés. Pourtant le gouvernement l'a rapidement adopté en sachant parfaitement que les syndicats s'opposaient fortement à de nombreuses dispositions de ce projet, sans envisager d'autres moyens qui lui auraient permis d'atteindre son objectif et sans expliquer ses choix. [143-144] [147-149] [156] [158] [160-161]

La partie 2 de la Loi ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*. Les distinctions créées par la Loi tiennent essentiellement aux différences qui existent entre les secteurs d'emploi, en raison des pratiques suivies de longue date selon lesquelles la réglementation en matière de travail est établie par des mesures législatives propres à chaque secteur du marché du travail, et elles ne constituent pas de la discrimination au sens de l'art. 15. La différenciation et les effets préjudiciables de la loi envers certains groupes de travailleurs tiennent essentiellement au genre de travail qu'ils exécutent et non à leur personne. La preuve ne révèle pas non plus que la Loi reflète une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou de groupe. [165] [167]

La juge Deschamps (dissidente en partie) : Il y a accord de manière générale quant aux motifs de la majorité au sujet de l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* en matière de négociation collective. Il est également reconnu que rien ne permet de conclure qu'il y a eu en l'espèce discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Il y a toutefois désaccord quant à l'analyse relative à l'atteinte à l'al. 2*d*) et relative à la justification de l'atteinte selon l'article premier de la *Charte*. [170]

Étant donné que le litige, en l'espèce, porte non pas sur la portée trop limitative de la loi, mais sur l'obligation de l'État de ne pas entraver un processus de négociation collective, il ne convient pas d'imposer la norme

government measure amounts to an infringement of s. 2(*d*) should not be imposed. Furthermore, since there is no constitutional protection for the substantive outcome of a collective bargaining process, the matter affected is not the threshold issue when a claim is being evaluated under s. 2(*d*). Rather, the primary focus of the inquiry should be whether the legislative measures infringe the ability of workers to act in common in relation to workplace issues. In the present context, a more appropriate test for determining whether s. 2(*d*) has been infringed can be stated as follows: Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about significant workplace issues between employees and their employer may interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify negotiated terms on significant workplace issues in existing collective agreements. The first inquiry is into whether the process of negotiation between employers and employees or their representatives is interfered with in any way. If so, the court should then turn to the second inquiry and consider whether the issues involved are significant. Only interference with significant workplace issues is relevant to s. 2(*d*). [175] [177-178] [180-181]

de l'« entrave substantielle » quand il s'agit de déterminer si une mesure gouvernementale enfreint l'al. 2*d*). De plus, comme le résultat concret obtenu à l'issue d'un processus de négociation collective ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle, la substance du droit n'est pas la première question qu'il faut se poser pour l'évaluation de la demande selon l'al. 2*d*). Il faudrait plutôt vérifier en premier lieu si les mesures législatives entravent la capacité des travailleurs d'agir de concert pour ce qui est des questions liées au milieu de travail. En l'espèce, il est plus approprié, pour déterminer s'il y a eu atteinte à l'al. 2*d*), de se fonder sur une grille d'analyse qui peut être ainsi libellée : Les lois ou les actes de l'État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet d'importantes questions liées au milieu de travail peuvent interférer dans l'activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations négociées à propos d'importantes questions liées au milieu de travail que prévoient des conventions collectives en vigueur. Premièrement, il faut déterminer s'il y a eu entrave de quelque façon que ce soit au processus de négociation entre employeur et employés ou leurs représentants. Dans l'affirmative, le tribunal doit alors passer à la seconde étape et vérifier si les questions en cause sont importantes. Seules les entraves qui concernent des questions importantes dans le contexte des relations du travail sont pertinentes pour l'application de l'al. 2*d*). [175] [177-178] [180-181]

In this case, the freedom of association of health care employees has been infringed in several instances, because ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act (in conjunction with s. 10) interfere with their right to a process of collective bargaining with the employer. Sections 4 and 5 nullify some existing terms of collective agreements, limit the scope of future negotiations and prevent workers from engaging in associational activities relating to the important matter of transfer and assignment of employees. Sections 6(2) and 6(4) nullify past collective bargaining relating to contracting out, thereby rendering the process nugatory, and preclude future collective bargaining on the issue. These provisions concern a significant issue of employment security, and negotiating such issues is one of the purposes of associational activities in the workplace. Lastly, s. 9 makes collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and invalidates parts of collective agreements dealing with these significant workplace issues. [186-188] [252]

En l'espèce, la Loi constitue à plusieurs égards une atteinte à la liberté d'association des employés du secteur de la santé parce que les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4) (appliqués conjointement avec l'art. 10) portent atteinte à leur droit à un processus de négociation collective avec l'employeur. Les articles 4 et 5 annulent des stipulations de conventions collectives existantes, limitent la portée des négociations futures et empêchent les travailleurs de se livrer à des activités associatives concernant l'importante question des transferts et des affectations des employés. Les paragraphes 6(2) et (4) de la Loi rendent nulles les négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et du même coup en rendent le processus inopérant; ils excluent aussi, pour l'avenir, la négociation collective de cette question. Ils traitent d'une importante question touchant la sécurité d'emploi, et la négociation des questions de cette nature est l'un des objets des activités associatives en milieu de travail. Enfin, l'art. 9 vide de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation et invalide certaines parties de conventions collectives portant sur ces importantes questions relatives au milieu de travail. [186-188] [252]

In enacting Part 2 of the Act, the government's objectives were to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability. In addition to these general objectives, the specific impugned provisions were designed to provide a more seamless and flexible health care delivery system and develop more cost-effective and efficient ways to deliver health services in order to improve patient care and reduce costs. The objectives of Part 2 of the Act and of the impugned provisions are important ones. The health care system is under serious strain and is facing a crisis of sustainability. There is little hope that it can survive in its current form. [198-200]

It is clear from the context of these objectives that while the nature of some of the working conditions that are likely to be affected tends to favour a less deferential approach, substantial deference must be shown in determining whether the measures adopted in this case are justified under s. 1, in particular, in light of the crisis of sustainability in the health care sector and the vulnerability of patients. Here, the measures provided for in ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act are rationally connected to the pressing and substantial objectives being pursued and, with the exception of s. 6(4), meet the requirements of minimal impairment and proportionate effects. [222-223] [252]

With respect to minimal impairment, the record shows that the government adopted the impugned measures after considering and rejecting other options that it believed would not meet its objectives. Further, Part 2 of the Act was not aimed directly at the *Charter* rights of the affected employees. Rather, the goal was to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care and to improve planning and accountability so as to achieve long-term sustainability. Section 4 was specifically designed to facilitate the reorganization of health care service delivery by enabling employers to transfer functions or services to another worksite or to another health sector employer within a region. As for s. 5, it relates to the temporary assignment of an employee to another worksite or another employer. Employees do not lose their employment as a result of ss. 4 and 5 and the regulations adopted pursuant to the Act mitigate the impact of these provisions on employees. Under s. 6(2), contracting out is not obligatory; rather, this provision prohibits collective agreement clauses preventing contracting out. Thus, although union density may be lower when work is contracted out, there is still substantial room for all

En adoptant la partie 2 de la Loi, le gouvernement avait pour objectifs de répondre aux besoins croissants en matière de services, de réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, d'améliorer la planification et d'accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système. En plus de ces objectifs généraux, les dispositions contestées visaient à offrir un système de santé plus cohérent et flexible et à mettre en place des méthodes de travail permettant d'offrir des services de santé à moindre coût et de façon plus efficace, de manière à améliorer les soins aux patients et à réduire les coûts. Les objectifs de la partie 2 de la Loi et des dispositions contestées sont importants. Le système de santé est mis à rude épreuve et traverse une crise de viabilité. Il est peu probable qu'il puisse survivre dans sa forme actuelle. [198-200]

D'après le contexte de ces objectifs, il est clair que, même si la nature de certaines conditions de travail susceptibles d'être touchées milite en faveur d'une approche moins déférente, il faut faire preuve d'une grande déférence lorsqu'il s'agit de déterminer si les mesures adoptées en l'espèce sont justifiées au sens de l'article premier, surtout compte tenu du problème de viabilité que connaît le système de santé et de la vulnérabilité des patients. En l'espèce, il existe un lien rationnel entre les mesures prévues aux art. 4, 5 et 9 et aux par. 6(2) et (4) de la Loi et les objectifs urgents et réels poursuivis et ces dispositions, à l'exception du par. 6(4), satisfont aux exigences d'atteinte minimale et d'effets proportionnés. [222-223] [252]

En ce qui concerne l'atteinte minimale, il ressort du dossier que le gouvernement a adopté les mesures contestées après avoir examiné et rejeté d'autres options qui, à son avis, ne lui permettraient pas d'atteindre ses objectifs. De plus, la partie 2 de la Loi ne visait pas directement les droits que la *Charte* garantit aux employés concernés. L'objectif était plutôt de répondre aux besoins croissants en matière de services, de réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, d'améliorer la planification et d'accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système. L'article 4 de la Loi visait spécifiquement à faciliter la réorganisation des services de santé en permettant aux employeurs de transférer des fonctions ou services dans un autre lieu de travail ou à un autre employeur du secteur de la santé dans la même région. Quant à l'art. 5, il porte sur l'affectation temporaire de l'employé dans un autre lieu de travail ou chez un autre employeur. Les employés ne perdent pas leur emploi du fait des art. 4 et 5, et le règlement pris en application de la Loi atténue l'impact de ces dispositions sur les employés. Selon le par. 6(2), la sous-traitance n'est pas obligatoire; sont plutôt interdites les clauses de

employees providing non-clinical services to exercise their right to freedom of association and to engage in a process of collective bargaining, even when certain of those services are contracted out. In the context of the province's health care crisis, removing prohibitions on contracting out in collective agreements furthered the government's objective in ways that alternative responses could not. Moreover, the alternative measures considered by the government were problematic in that many may have directly affected other *Charter* rights. As for s. 9, it impaired the collective bargaining process in respect of layoffs and bumping, but was limited by a time period. It was adopted as a transitional measure. It did not ban bumping or layoff provisions in collective agreements, but only imposed by legislative means attenuated terms for layoffs and bumping in place of those agreed to in the collective bargaining process. Not only was the impact of s. 9(d) on workers minimized by safeguards provided for in s. 5 of the regulations made under the Act, but there is also sufficient evidence that s. 9 enabled the government to meet its objectives of making the health care system more sustainable and improving service to patients in ways that other alternatives would not permit. As with s. 6(2), the history of labour relations in the province strongly suggests that the terms set out in s. 9 could not have been successfully negotiated by health care sector employers and unions. Sections 4, 5, 6(2) and 9 are carefully tailored so as to ensure that the government's objectives are attained while infringing s. 2(*d*) as little as possible. They are also a proportionate response to the crisis of sustainability in health care, striking an appropriate balance between the government's objectives and the freedom of association of employees. [232] [234-236] [238] [240] [245] [247-248]

Section 6(4) fails both the minimal impairment test and the proportionate effects test and is unconstitutional. The government has failed to establish by evidence, inference or common sense that the employers' ability to contract out would be restricted unreasonably by a requirement to consult with the relevant unions

conventions collectives qui empêchent la sous-traitance. Ainsi, bien que la densité syndicale risque d'être plus faible en cas de sous-traitance, la liberté d'association de tous les employés affectés aux services non cliniques est loin d'être compromise et il demeure tout à fait possible de participer au processus de négociation collective, même si certains de ces services sont sous-traités. Dans le cadre de la crise qui sévissait dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique, les autres options n'auraient pas, de la même façon que l'élimination des interdictions en matière de sous-traitance figurant dans les conventions collectives, permis au gouvernement d'atteindre son objectif. Au surplus, les autres mesures que le gouvernement avait envisagées étaient problématiques parce que bon nombre d'entre elles auraient pu toucher directement d'autres droits garantis par la *Charte*. Quant à l'art. 9, il entravait le processus de négociation collective des questions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation, mais son application était assujettie à un délai. Il s'agissait d'une mesure transitoire, qui n'interdisait pas l'incorporation de clauses relatives à la supplantation et à la mise en disponibilité dans les conventions collectives. Elle visait plutôt à atténuer les conditions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation en remplaçant celles convenues lors du processus de négociation collective. Non seulement l'impact de l'al. 9d) sur les travailleurs est minimisé par les garanties prévues par l'art. 5 du règlement pris sous le régime de la Loi, mais aussi la preuve justifie qu'on conclue que l'art. 9 de la Loi a permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs — accroître la viabilité du système de santé et améliorer les services aux patients — d'une façon que d'autres solutions ne lui auraient pas permis de le faire. Tout comme pour le par. 6(2), l'histoire des relations du travail en Colombie-Britannique tend nettement à indiquer que les conditions prévues à l'art. 9 n'auraient pu être négociées par les employeurs et les syndicats du secteur de la santé. Les articles 4, 5 et 9 et le par. 6(2) ont donc été soigneusement conçus de façon à permettre au gouvernement d'atteindre ses objectifs tout en enfreignant le moins possible l'al. 2*d*). Ils représentent une réponse proportionnée à la crise de viabilité que traversait le secteur de la santé, permettant d'établir un juste équilibre entre les objectifs du gouvernement et la liberté d'association des employés. [232] [234-236] [238] [240] [245] [247-248]

Le paragraphe 6(4) ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité et est inconstitutionnel. Le gouvernement n'a pas démontré, que ce soit par la preuve, par inférence ou en se fondant sur le bon sens, qu'on limiterait de façon déraisonnable la capacité de l'employeur de sous-traiter en exigeant qu'il

beforehand. While s. 6(4) does not, strictly speaking, prohibit consultations on contracting out, declaring that any clause in a collective agreement providing for consultation is void is an invitation to employers not to consult. Taking consultation, which is an important component of the collective bargaining process, off the table is also a disproportionate measure. The marginal benefits of this provision are outweighed by the deleterious effects of denying consultation to affected unions. [242] [249] [252]

consulte au préalable les syndicats concernés. Bien que le par. 6(4) n'interdise pas, à proprement parler, la tenue de consultations sur la sous-traitance, en déclarant que les clauses de conventions collectives prévoyant la tenue de consultations sont nulles, on incite les employeurs à ne pas consulter. L'interdiction de tenir des consultations — lesquelles représentent une composante importante du processus de négociation collective — est aussi une mesure disproportionnée. Les effets préjudiciables que cause aux syndicats concernés le refus de consulter l'emportent sur les minces avantages que comporte cette disposition. [242] [249] [252]

Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

Overruled: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; **applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; **referred to:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; *Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, [2004] 3 S.C.R. 381, 2004 SCC

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

Arrêts renversés : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; **arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; **arrêts mentionnés :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35;

66; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By Deschamps J. (dissenting in part)

Dunmore v. Ontario (Attorney General), [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Bryan*, [2007] 1 S.C.R. 527, 2007 SCC 12; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [am. 1972, c. 18], preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*d*), 7, 15, 32.
Conciliation Act, 1900, S.C. 1900, c. 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.
Health Sector Labour Adjustment Regulation, B.C. Reg. 39/2002, s. 2(1).
Industrial Disputes Investigation Act, 1907, S.C. 1907, c. 20.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, ss. 35, 38.
Public Sector Employers Act, R.S.B.C. 1996, c. 384, ss. 3, 6.
Railway Labour Disputes Act, 1903, S.C. 1903, c. 55.
Wartime Labour Relations Regulations, P.C. 1003 (1944).

Treaties and Other International Instruments

Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 68 U.N.T.S. 17.

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par la juge Deschamps (dissidente en partie)

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

Lois et règlements cités

Acte d'arbitrage des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 55.
Acte de conciliation, S.C. 1900, ch. 24.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*d*), 7, 15, 32.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1 [mod. 1972, ch. 18], préambule.
Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.
Health Sector Labour Adjustment Regulation, B.C. Reg. 39/2002, art. 2(1).
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 35, 38.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907, S.C. 1907, ch. 20.
Public Sector Employers Act, R.S.B.C. 1996, ch. 384, art. 3, 6.
Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre, C.P. 1003 (1944).

Traités et autres documents internationaux

Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 68 R.T.N.U. 17.

Declaration on fundamental principles and rights at work, 6 IHRR 285 (1999).

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 22(1), (2).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 8(1)(*c*).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2006, release 26).

Baggaley, Carman D. *A Century of Labour Regulation in Canada*. Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada. Ottawa: The Council, February 1981.

Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec: Presses universitaires Laval, 1955.

Bernatchez, Stéphane. "La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé*" (2006), 20 *N.J.C.L.* 73.

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865.

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 2, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated September 2006).

Calvert, John R. "Collective Bargaining in the Public Sector in Canada: Teething Troubles or Genuine Crisis?" (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.

Canada. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. Markham: Butterworths, 2002.

Chartrand, Mark. "The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective" (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267.

Cornish, W. R., and G. de N. Clark. *Law and Society in England 1750-1950*. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 6 IHRR 285 (1999).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 22(1), (2).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 8(1)*c*).

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2006, release 26).

Baggaley, Carman D. *A Century of Labour Regulation in Canada*. Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada. Ottawa : The Council, February 1981.

Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec : Presses universitaires Laval, 1955.

Bernatchez, Stéphane. « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé* » (2006), 20 *R.N.D.C.* 73.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 2, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated September 2006).

Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 330. Cas n^{os} 2166, 2173, 2180 et 2196. « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n° 1.

Calvert, John R. « Collective Bargaining in the Public Sector in Canada : Teething Troubles or Genuine Crisis? » (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.

Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 69-70.

Canada. Commission royale sur les relations du travail avec le capital. *Rapport de la Commission royale sur les relations du travail avec le capital du Canada*. Ottawa : Imprimerie de la reine, 1889.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1969.

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1986.

Carter, Donald D. Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. Markham : Butterworths, 2002.

Coutu, Michel. *Les libertés syndicales dans le secteur public*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.

Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 4th ed. Oxford: Hart Publishing, 2005.

Forde, M. "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.

Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Toronto: Oxford University Press, 2001.

Fudge, Judy, and Harry Glasbeek. "The Legacy of PC 1003" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.

Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1986, 245.

Gernigon, Bernard, Alberto Odero and Horacio Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Int'l Lab. Rev.* 33.

Glenday, Daniel, and Christopher Schrenk. "Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947" (1978), 2 *Alternate Routes* 114.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.

International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Cases Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196 "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1.

Kealey, Greg, ed. *Canada investigates industrialism: The Royal Commission on the Relations of Labor and Capital, 1889 (abridged)*. Toronto: University of Toronto Press, 1973.

Klare, Karl E. "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941" (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265.

Laskin, Bora. "Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War" (1941), 2:3 *Food for Thought* 8.

Lipton, Charles. *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959*, 4th ed. Toronto: NC Press, 1978.

Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.

Palmer, Bryan D. *Working-Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991*, 2nd ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1992.

Chartrand, Mark. « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267.

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865.

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909.

Cornish, W. R., and G. de N. Clark. *Law and Society in England 1750-1950*. London : Sweet & Maxwell, 1989.

Coutu, Michel. *Les libertés syndicales dans le secteur public*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989.

Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 4th ed. Oxford : Hart Publishing, 2005.

Forde, M. « The European Convention on Human Rights and Labor Law » (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.

Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law : The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Toronto : Oxford University Press, 2001.

Fudge, Judy, and Harry Glasbeek. « The Legacy of PC 1003 » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1991.

Gall, Peter A. « Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Carswell, 1986, 245.

Gernigon, Bernard, Alberto Odero et Horacio Guido. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37.

Glenday, Daniel, and Christopher Schrenk. « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.

Klare, Karl E. « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265.

Laskin, Bora. « Collective Bargaining in Canada : In Peace and in War » (1941), 2:3 *Food for Thought* 8.

Lipton, Charles. *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959*, 4th ed. Toronto : NC Press, 1978.

Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.

Riddall, J. G. *The Law of Industrial Relations*. London: Butterworths, 1981.

Rose, Joseph B. "Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation" (2004), 59 *IR* 271.

Rouillard, Jacques. *Histoire du syndicalisme au Québec: Des origines à nos jours*. Montréal: Boréal, 1989.

Thompson, Mark. "Wagnerism in Canada: Compared to What?", in Anthony Giles, Anthony E. Smith and Kurt Wetzel, eds., *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association*. Toronto: CIRA, 1995, 59.

Tucker, Eric. "'That Indefinite Area of Toleration': Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77" (1991), 27 *Labour* 15.

Tucker, Eric. "The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889" (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277.

United Nations. Human Rights Committee. *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant — Concluding observations of the Human Rights Committee — Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999.

Villaggi, Jean-Pierre. "La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi: les leçons du droit du travail" (1996), 26 *R.D.U.S.* 355.

Webber, Jeremy. "Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907" (1991), 28 *Labour* 15.

Wedderburn, Kenneth William. *The Worker and the Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Low and Thackray JJ.A.) (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 243 D.L.R. (4th) 175, [2004] 11 W.W.R. 64, 201 B.C.A.C. 255, 328 W.A.C. 255, 120 C.R.R. (2d) 266, [2004] B.C.J. No. 1354 (QL), 2004 BCCA 377, upholding a judgment of Garson J. (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 110 C.R.R. (2d) 320, [2003] B.C.J. No. 2107 (QL), 2003 BCSC 1379. Appeal allowed in part, Deschamps J. dissenting in part.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Catherine J. Boies Parker*, for the appellants.

Peter A. Gall, Q.C., *Nitya Iyer* and *Neena Sharma*, for the respondent.

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte — Observations finales du Comité des droits de l'homme — Canada*, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999.

Palmer, Bryan D. *Working Class Experience : Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991*, 2nd ed. Toronto : McClelland & Stewart, 1992.

Riddall, J. G. *The Law of Industrial Relations*. London : Butterworths, 1981.

Rose, Joseph B. « Public Sector Bargaining : From Retrenchment to Consolidation » (2004), 59 *RI* 271.

Rouillard, Jacques. *Histoire du syndicalisme au Québec : Des origines à nos jours*. Montréal : Boréal, 1989.

Thompson, Mark. « Wagnerism in Canada : Compared to What? », in Anthony Giles, Anthony E. Smith and Kurt Wetzel, eds., *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association*. Toronto : CIRA, 1995, 59.

Tucker, Eric. « "That Indefinite Area of Toleration" : Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77 » (1991), 27 *Le Travail* 15.

Tucker, Eric. « The Faces of Coercion : The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889 » (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277.

Villaggi, Jean-Pierre. « La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail » (1996), 26 *R.D.U.S.* 355.

Webber, Jeremy. « Compelling Compromise : Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907 » (1991), 28 *Le Travail* 15.

Wedderburn, Kenneth William. *The Worker and the Law*, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1986.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Low et Thackray) (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 243 D.L.R. (4th) 175, [2004] 11 W.W.R. 64, 201 B.C.A.C. 255, 328 W.A.C. 255, 120 C.R.R. (2d) 266, [2004] B.C.J. No. 1354 (QL), 2004 BCCA 377, qui a confirmé un jugement de la juge Garson (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 110 C.R.R. (2d) 320, [2003] B.C.J. No. 2107 (QL), 2003 BCSC 1379. Pourvoi accueilli en partie, la juge Deschamps est dissidente en partie.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Catherine J. Boies Parker*, pour les appelants.

Peter A. Gall, c.r., *Nitya Iyer* et *Neena Sharma*, pour l'intimée.

Robin K. Basu and *Shannon Chace-Hall*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mario Évangéliste, for the intervener the Confederation of National Trade Unions.

Steven M. Barrett and *Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Fay C. Faraday*, for the intervener Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada.

John Baigent and *David Yorke*, for the intervener the British Columbia Teachers' Federation.

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

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

The appellants challenge the constitutional validity of Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 ("Act"), as violative of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees of freedom of association (s. 2(*d*)) and equality (s. 15).

We conclude that the s. 2(*d*) guarantee of freedom of association protects the capacity of members of labour unions to engage in collective bargaining on workplace issues. While some of the impugned provisions of the Act comply with this guarantee, ss. 6(2), 6(4) and 9 breach it and have not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. We further conclude that the Act does not

Robin K. Basu et *Shannon Chace-Hall*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Mario Évangéliste, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Steven M. Barrett et *Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Fay C. Faraday*, pour l'intervenant Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada.

John Baigent et *David Yorke*, pour l'intervenante British Columbia Teachers' Federation.

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

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Aperçu des faits*

Les appelants contestent la constitutionnalité de la partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2 (« Loi »), au motif qu'elle porte atteinte à la liberté d'association (al. 2*d*)) et aux droits à l'égalité (art. 15) garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. 1

Nous concluons que la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) protège la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail. Bien que certaines des dispositions contestées de la Loi respectent cette garantie, les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 y portent atteinte et il n'a pas été démontré que cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de 2

violate the right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*. In the result, the appeal is allowed in part.

B. *The Background*

3 This case requires the Court to balance the need for governments to deliver essential social services effectively with the need to recognize the *Charter* rights of employees affected by such legislation, who were working for health and social service employers. The respondent government characterizes the impugned legislation as a crucial element of its response to a pressing health care crisis, necessary and important to the well-being of British Columbians. The appellants, unions and individual workers representing some of the subsectors of the health care sector affected by the legislation, by contrast, see the Act as an affront to the fundamental rights of employees and union members under the *Charter*, which they understand as including a collective right to pursue fundamental workplace goals through collective bargaining in respect of terms of employment.

C. *The Act*

4 The Act was adopted as a response to challenges facing British Columbia's health care system. Demand for health care and the cost of providing needed health care services had been increasing significantly for years. For example, in the period from 1991 to 2001, the growth rate of health care costs in British Columbia was three times that of the provincial economy. As a result, the government of British Columbia found itself struggling to provide health care services to its citizens. The government characterized the state of affairs in 2001 as a "crisis of sustainability" in the health care system (Respondent's Factum, at para. 3).

5 The goals of the Act were to reduce costs and to facilitate the efficient management of the

la *Charte*. Nous concluons de plus que la Loi ne viole pas le droit à l'égalité de traitement prévu à l'art. 15 de la *Charte*. En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie.

B. *Contexte*

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à trouver un juste équilibre entre le devoir des gouvernements de fournir efficacement des services sociaux essentiels et la nécessité de reconnaître les droits garantis par la *Charte* aux employés visés par la Loi, qui travaillaient pour des employeurs du secteur de la santé et des services sociaux. Le gouvernement intimé qualifie la Loi contestée de mesure cruciale qu'il a adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé et qui se révèle nécessaire et importante pour le bien-être des Britanno-Colombiens. Pour les appelants — les syndicats et les travailleurs représentant certains des sous-secteurs du secteur de la santé qui sont visés par la Loi — celle-ci va à l'encontre des droits fondamentaux que la *Charte* garantit aux employés et aux syndiqués et qui, à leur avis, englobent le droit collectif de poursuivre des objectifs fondamentaux en milieu de travail par la négociation collective des conditions de travail.

C. *La Loi*

La Loi a été adoptée par suite des difficultés qui pèsent sur le système de santé de la Colombie-Britannique. Les besoins du secteur de la santé et le coût de la prestation des services nécessaires dans ce domaine ont considérablement augmenté depuis des années. Par exemple, au cours de la décennie 1991-2001, les coûts des soins de santé en Colombie-Britannique ont enregistré un taux de croissance trois fois supérieur à celui de l'économie de la province. C'est ainsi que le gouvernement de la Colombie-Britannique peine à fournir des services de santé à ses citoyens. Il a qualifié la situation qui prévalait en 2001 de [TRADUCTION] « crise de viabilité » dans le système de santé (mémoire de l'intimée, par. 3).

La Loi visait à réduire les coûts et à faciliter la gestion efficiente des effectifs du secteur de la

workforce in the health care sector. Not wishing to decrease employees' wages, the government attempted to achieve these goals in more sustainable ways. According to the government, the Act was designed in particular to focus on permitting health care employers to reorganize the administration of the labour force and on making operational changes to enhance management's ability to restructure service delivery (see British Columbia, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, at p. 865).

santé. Ne voulant pas diminuer le salaire des travailleurs, le gouvernement a cherché à réaliser ces objectifs au moyen de solutions plus durables. Selon le gouvernement, la Loi voulait particulièrement permettre aux employeurs du secteur de la santé de réorganiser l'administration des effectifs et apporter des changements opérationnels afin que les gestionnaires disposent de plus de moyens pour restructurer la prestation des services (voir Colombie-Britannique, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, nº 28, 2e sess., 37e lég., 25 janvier 2002, p. 865).

The Act was quickly passed. It came into force three days after receiving a first reading as Bill 29 before the British Columbia legislature. 6

La Loi fut rapidement adoptée. Elle est entrée en vigueur trois jours après avoir franchi l'étape de la première lecture comme projet de loi 29 devant l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique.

There was no meaningful consultation with unions before it became law. The government was aware that some of the areas affected by Bill 29 were of great concern to the unions and had expressed a willingness to consult. However, in the end, consultation was minimal. A few meetings were held between representatives of the unions and the government on general issues relating to health care. These did not deal specifically with Bill 29 and the changes that it proposed. Union representatives expressed their desire to be further consulted. The Minister of Health Services telephoned a union representative 20 minutes before Bill 29 was introduced in the legislative assembly to inform the union that the government would be introducing legislation dealing with employment security and other provisions of existing collective agreements. This was the only consultation with unions before the Act was passed (Appellants' Record, at p. 1076). 7

Aucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet devienne loi. Le gouvernement savait que les syndicats accordaient beaucoup d'importance à certains domaines touchés par le projet de loi 29 et s'est déclaré disposé à consulter. Toutefois, la consultation est restée en fin de compte minimale. Quelques rencontres ont eu lieu entre les représentants des syndicats et ceux du gouvernement sur des questions générales se rattachant aux soins de santé. Celles-ci ne portaient pas spécifiquement sur le projet de loi 29 et les changements qui y étaient proposés. Les représentants syndicaux ont exprimé le désir d'être consultés davantage. Le ministre des Services de santé a téléphoné à un représentant syndical 20 minutes avant la présentation du projet de loi 29 devant l'assemblée législative pour informer le syndicat que le gouvernement déposait un texte de loi touchant à la sécurité d'emploi et à d'autres clauses de conventions collectives existantes. C'est à cela que se résume la consultation des syndicats avant l'adoption de la Loi (dossier des appelants, p. 1076).

In British Columbia, the collective bargaining structure in the health services is sectoral. Thus, the Act affects labour relations between "health sector employers" and their unionized employees. A "health sector employer", as defined under the Act, is a member of the Health Employers Association of British Columbia ("HEABC") established under 8

En Colombie-Britannique, la structure des négociations collectives dans les services de santé est sectorielle. Ainsi, la Loi touche aux relations du travail entre les « employeurs du secteur de la santé » et leurs employés syndiqués. Selon la définition donnée dans la Loi, l'« employeur du secteur de la santé » s'entend de tout membre de la

s. 6 of the *Public Sector Employers Act*, R.S.B.C. 1996, c. 384, and whose employees are unionized (s. 3 of the Act). The HEABC is an employers' association accredited to act as the representative of its members in the bargaining process with health sector employees. Members of the HEABC are hospitals and other employers designated by regulation, including employers in the health sector receiving a substantial amount of funding from the Ministry of Health (Appellants' Record, at p. 212). Therefore, while the Act applies mainly to public sector employers, it also applies to some private sector employers.

9 The appellants in the present case are unions and members of the unions representing the nurses, facilities or community subsectors — groups affected by the legislation. Although they were affected by the legislation, other groups like residents and paramedical professionals did not join the litigation.

10 Only Part 2 of the Act is at issue in the current appeal (see Appendix). It introduced changes to transfers and multi-worksite assignment rights (ss. 4 and 5), contracting out (s. 6), the status of employees under contracting-out arrangements (s. 6), job security programs (ss. 7 and 8), and layoffs and bumping rights (s. 9).

11 Part 2 gave health care employers greater flexibility to organize their relations with their employees as they see fit, and in some cases, to do so in ways that would not have been permissible under existing collective agreements and without adhering to requirements of consultation and notice that would otherwise obtain. It invalidated important provisions of collective agreements then in force, and effectively precluded meaningful collective bargaining on a number of specific issues. Section 10 invalidated any part of a collective agreement, past or future, which was inconsistent with Part 2, and any collective agreement purporting to modify these restrictions. In the words of the Act, s. 10: "Part [2] prevails over collective

Health Employers Association of British Columbia (« HEABC ») qui est constituée en vertu de l'art. 6 de la *Public Sector Employers Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 384, et dont les employés sont syndiqués (art. 3 de la Loi). La HEABC constitue une association d'employeurs accréditée pour représenter ses membres dans les négociations avec les employés du secteur de la santé. Appartiennent à la HEABC les hôpitaux et d'autres employeurs désignés par règlement, notamment les employeurs du secteur de la santé qui reçoivent des fonds importants du ministère de la Santé (dossier des appelants, p. 212). En conséquence, bien que la Loi s'applique principalement aux employeurs du secteur public, elle vise aussi des employeurs du secteur privé.

Les appelants en l'espèce sont des syndicats et des membres des syndicats représentant le sous-secteur des infirmiers, celui des installations ou le sous-secteur communautaire, qui sont des groupes touchés par la Loi. D'autres groupes comme les médecins résidents et les employés des services paramédicaux, bien qu'également touchés par la Loi, n'ont pas participé au recours.

Seule la partie 2 de la Loi est en cause en l'espèce (voir l'annexe). Elle modifie les droits liés aux transferts et affectations dans différents lieux de travail (art. 4 et 5), la sous-traitance (art. 6), le statut des employés contractuels (art. 6), les programmes de sécurité d'emploi (art. 7 et 8), les droits de mise en disponibilité et de supplantation (art. 9).

La partie 2 accorde aux employeurs du secteur de la santé une plus grande latitude pour aménager à leur gré leurs relations avec leurs employés et, dans certains cas, pour procéder d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée, et ce, sans se conformer aux exigences de consultation et de notification qui auraient été normalement applicables. Elle a invalidé d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et a effectivement interdit toute véritable négociation collective sur certaines questions. L'article 10 invalidait toute partie d'une convention collective, présente ou future, incompatible avec la partie 2, et toute convention collective visant à modifier ces restrictions. La Loi

agreements". It is not open to the employees (or the employer) to contract out of Part 2 or to rely on a collective agreement inconsistent with Part 2.

(art. 10) dispose [TRADUCTION] : « La [. . .] partie [2] l'emporte sur les conventions collectives ». Il n'est pas loisible aux employés (ou à l'employeur) de se soustraire à l'application de la partie 2 ou d'invoquer une convention collective qui lui est incompatible.

The details of the legislation and its practical ramifications for employees and their unions will be considered in greater detail later in these reasons. It suffices to state at this point that while some of the changes were relatively innocuous administrative changes, others had profound effects on the employees and their ability to negotiate workplace matters of great concern to them. 12

Nous examinerons plus en détail plus loin dans les présents motifs les particularités de la Loi et sa portée pratique pour les employés et leurs syndicats. À ce stade, il suffit de souligner que, si certaines des modifications se résument à des changements administratifs relativement inoffensifs, d'autres ont une profonde incidence sur les employés et leur capacité de négocier des problèmes de milieu de travail de grande importance pour eux.

II. Judicial History

II. Historique judiciaire

Neither the trial court nor the British Columbia Court of Appeal was willing to recognize a right to collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter*, although the Court of Appeal acknowledged that the Supreme Court of Canada had opened the door to the recognition of such a right. In the result, the Act was held to be constitutional under ss. 2(*d*) and 15. 13

Ni le tribunal de première instance ni la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'étaient disposés à reconnaître que l'al. 2*d*) de la *Charte* garantit le droit de négociation collective, bien que la Cour d'appel ait admis que la Cour suprême du Canada a ouvert la porte à la reconnaissance d'un tel droit. La Loi a donc été jugée constitutionnelle selon l'al. 2*d*) et l'art. 15.

The plaintiffs argued at trial that the impugned legislation violated several constitutional rights guaranteed under the *Charter*: freedom of association (under s. 2(*d*)), life, liberty and security of the person (under s. 7), and equality (under s. 15). The s. 7 argument was not pursued on subsequent appeals. 14

Les demandeurs ont soutenu au procès que la loi contestée porte atteinte à plusieurs droits constitutionnels garantis par la *Charte* : la liberté d'association (al. 2*d*)), le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (art. 7) et le droit à l'égalité (art. 15). L'argument fondé sur l'art. 7 n'a pas été invoqué en appel.

A. *British Columbia Supreme Court* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379

The trial judge, Garson J., dismissed the plaintiffs' freedom of association claim on the ground that collective bargaining was not an activity recognized by the Supreme Court of Canada as falling within the scope of s. 2(*d*) of the *Charter*. Indeed, she noted that the Supreme Court's jurisprudence consistently and explicitly stated that the ability to bargain collectively was not a *Charter*-protected activity. In her opinion, the plaintiffs had not proved 15

La juge Garson a rejeté l'argument fondé sur la liberté d'association qu'ont fait valoir les demandeurs, au motif que la négociation collective ne constitue pas une activité que la Cour suprême du Canada considère comme visée par l'al. 2*d*) de la *Charte*. En fait, elle a affirmé que la jurisprudence de la Cour suprême indique de façon constante et claire que la capacité de négocier collectivement n'est pas une activité protégée par la *Charte*. À son

that the law targeted associational conduct because of its concerted nature.

16 The trial judge also dismissed the plaintiffs' claim under the equality provisions in s. 15 of the *Charter*. The plaintiffs argued that the Act subjected them to differential treatment in a manner affecting their dignity and personhood, based on overlapping grounds of sex and being workers who work in "women's jobs" (para. 154). The trial judge, applying *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, held that there was no violation of s. 15. First, the Act did not distinguish between the plaintiffs and others in appropriate comparator groups on the basis of personal characteristics; the distinctions made were based on the claimants' sector of employment, not their personal characteristics. Second, any adverse effects of the impugned law on the claimants did not amount to differential treatment as required for a s. 15 violation; "the fact that this group is predominantly female does not constitutionally shield it from governmental action that may adversely affect them without evidence that it is being subject to differential treatment on the basis of s. 15 characteristics" (para. 174). Third, the Act did not discriminate on the basis of an enumerated or analogous ground. In making this finding, the trial judge characterized the ground of discrimination primarily in terms of occupational status as health care workers, although she explicitly acknowledged that health care workers were more predominantly female than other groups of unionized workers in British Columbia and that their work continued to be considered "women's work" (para. 181). Finally, in the opinion of the trial judge, any adverse treatment imposed by the Act did not affect the dignity of the claimants, as required for a violation of s. 15 (para. 189).

avis, les demandeurs n'avaient pas prouvé que la loi visait une activité collective en raison même de sa nature concertée.

La juge de première instance a également rejeté les prétentions des demandeurs fondées sur les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Selon eux, la Loi leur impose un traitement différent, d'une manière qui porte atteinte à leur dignité et leur identité individuelle, qui découle d'un chevauchement de motifs fondés sur le sexe et sur le fait d'exercer un emploi [TRADUCTION] « occupé par des femmes » (par. 154). Appliquant *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la juge de première instance a conclu à l'absence de violation de l'art. 15. Premièrement, la Loi ne fait aucune distinction entre les demandeurs et d'autres employés de groupes de comparaison appropriés fondée sur leurs caractéristiques personnelles; les distinctions restaient fonction du secteur d'emploi des demandeurs, et non de leurs caractéristiques personnelles. Deuxièmement, les effets préjudiciables de la loi contestée sur les demandeurs ne constituent pas la différence de traitement nécessaire pour établir une contravention à l'art. 15; [TRADUCTION] « le fait que ce groupe soit à prédominance féminine ne lui assure pas une protection constitutionnelle contre les mesures gouvernementales susceptibles de lui porter préjudice, sans la preuve qu'il fait l'objet d'un traitement différent fondé sur les caractéristiques énumérées à l'art. 15 » (par. 174). Troisièmement, la Loi n'établit pas une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. En concluant ainsi, la juge de première instance a adopté une qualification de motif de discrimination fondée principalement sur le statut professionnel des travailleurs de la santé, bien qu'elle ait expressément reconnu que le secteur visé ait comporté une proportion nettement plus forte de femmes que d'autres groupes d'employés syndiqués en Colombie-Britannique et que leur travail continuait d'être considéré comme [TRADUCTION] « un travail de femmes » (par. 181). Enfin, elle estime que le traitement préjudiciable imposé par la Loi ne porte pas atteinte à la dignité des demandeurs, comme l'exige la preuve d'une contravention à l'art. 15 (par. 189).

B. *British Columbia Court of Appeal* (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 2004 BCCA 377

The Court of Appeal (*per* Thackray J.A., Esson and Low JJ.A. concurring) concluded that there was no violation of s. 2(*d*) or s. 15 of the *Charter* and dismissed the appeal. After engaging in a detailed review of the Supreme Court's s. 2(*d*) jurisprudence, Thackray J.A. concluded that the current state of authority was insufficient to sustain the conclusion that a right of collective bargaining was protected under s. 2(*d*). He acknowledged that the decisions of the Supreme Court, especially in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, left room to recognize a right to collective bargaining in future cases. However, his view was that the appropriate forum for recognizing a right to collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter* was the Supreme Court of Canada, not lower courts (para. 106).

Having held that the impugned legislation did not violate s. 2(*d*) of the *Charter*, Thackray J.A. went on to consider whether the legislation was also valid under the equality rights provisions in s. 15. He found no error in the analysis of the trial judge. Like the trial judge, he inclined to the view that any disadvantages imposed on health care workers under the Act related to their role as health care workers under a particular scheme of labour relations, and did not involve their personal characteristics, the enumerated or analogous grounds, or their dignity. Even though the appellants had legitimate complaints about the effects of the Act on their lives and work, these adverse effects were outside the scope of s. 15 of the *Charter*.

III. Analysis

A. *Section 2(d) of the Charter*

At issue in the present appeal is whether the guarantee of freedom of association in s. 2(*d*) of the *Charter* protects collective bargaining rights. We conclude that s. 2(*d*) of the *Charter* protects the

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 2004 BCCA 377

17 La Cour d'appel (motifs du juge Thackray, auxquels souscrivent les juges Esson et Low), concluant à l'absence de violation de l'al. 2*d*) et de l'art. 15 de la *Charte*, a rejeté l'appel. Après un examen détaillé de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'al. 2*d*), le juge Thackray a jugé que la jurisprudence actuelle ne permettait pas de soutenir la prétention que l'al. 2*d*) protégeât un droit à la négociation collective. Il a reconnu que la jurisprudence de la Cour suprême, particulièrement *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, laissait des ouvertures à une reconnaissance d'un droit à la négociation collective dans des affaires ultérieures. Il a toutefois estimé qu'il appartenait à la Cour suprême du Canada, et non aux tribunaux d'instance inférieure, de sanctionner une telle reconnaissance d'un droit à la négociation collective en vertu de l'al. 2*d*) de la *Charte* (par. 106).

18 Après avoir statué que la loi contestée ne contrevenait pas à l'al. 2*d*) de la *Charte*, le juge Thackray s'est ensuite interrogé sur sa validité au regard des dispositions sur les droits à l'égalité prévues à l'art. 15. Il n'a relevé aucune erreur dans l'analyse de la juge de première instance à ce propos. Tout comme la juge de première instance, il est porté à croire que les désavantages imposés aux travailleurs de la santé en application de la Loi se rattachent à leur rôle en tant que travailleurs de la santé dans le cadre d'un régime précis des relations du travail, sans mettre en jeu leurs caractéristiques personnelles, ni les motifs énumérés ou analogues de discrimination, ni leur dignité. Malgré la légitimité des plaintes des appelants au sujet des effets de la Loi sur leur vie et leur travail, ces effets préjudiciables ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 15 de la *Charte*.

III. Analyse

A. *L'alinéa 2d) de la Charte*

19 Il s'agit en l'espèce de déterminer si la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* protège le droit de négociation collective. Nous concluons que l'al. 2*d*) de la *Charte* protège la

capacity of members of labour unions to engage, in association, in collective bargaining on fundamental workplace issues. This protection does not cover all aspects of "collective bargaining", as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country. Nor does it ensure a particular outcome in a labour dispute, or guarantee access to any particular statutory regime. What is protected is simply the right of employees to associate in a process of collective action to achieve workplace goals. If the government substantially interferes with that right, it violates s. 2(*d*) of the *Charter*: *Dunmore*. We note that the present case does not concern the right to strike, which was considered in earlier litigation on the scope of the guarantee of freedom of association.

20 Our conclusion that s. 2(*d*) of the *Charter* protects a process of collective bargaining rests on four propositions. First, a review of the s. 2(*d*) jurisprudence of this Court reveals that the reasons evoked in the past for holding that the guarantee of freedom of association does not extend to collective bargaining can no longer stand. Second, an interpretation of s. 2(*d*) that precludes collective bargaining from its ambit is inconsistent with Canada's historic recognition of the importance of collective bargaining to freedom of association. Third, collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of *Charter* guarantees. Finally, interpreting s. 2(*d*) as including a right to collective bargaining is consistent with, and indeed, promotes, other *Charter* rights, freedoms and values.

21 In the sections that follow, we discuss each of these propositions. We then elaborate on the scope of the protection for collective bargaining found in s. 2(*d*) of the *Charter*. Ultimately, in applying our analysis to the facts of the case, we find provisions of the Act to be in violation of s. 2(*d*) and not justified by s. 1 of the *Charter*.

capacité des syndiqués de participer en groupe à la négociation collective des questions fondamentales liées au milieu de travail. Cette protection ne couvre pas tous les aspects de la « négociation collective » au sens où ce terme est employé dans les régimes légaux des relations du travail applicables dans tout le pays. Elle ne garantit pas non plus un résultat particulier d'un différend en matière de relations du travail ou l'accès à un régime légal précis. Elle protège simplement le droit des employés de s'associer dans le cadre d'une action collective visant à atteindre des objectifs liés au milieu de travail. Si le gouvernement entrave de façon substantielle l'exercice de ce droit, il contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte* : *Dunmore*. Nous constatons que le pourvoi ne concerne pas le droit de grève, dont il a été question dans des litiges antérieurs sur l'étendue du droit à la liberté d'association.

Notre conclusion que l'al. 2*d*) de la *Charte* protège le processus de négociation collective repose sur quatre prémisses. Premièrement, l'examen de la jurisprudence de la Cour sur l'al. 2*d*) révèle que les raisons invoquées par le passé pour expliquer que le droit à la liberté d'association ne s'étendait pas à la négociation collective ne valent plus. Deuxièmement, une interprétation de l'al. 2*d*) qui exclut la négociation collective de son champ d'application ne se concilie pas avec le fait que le Canada a toujours reconnu l'importance de ce processus en matière de liberté d'association. Troisièmement, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d'association selon le droit international, qui peut inspirer l'interprétation des garanties reconnues par la *Charte*. Enfin, interpréter l'al. 2*d*) comme comprenant le droit de négociation collective s'intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*.

Nous examinons ci-dessous chacune de ces prémisses et nous précisons ensuite la portée de la protection accordée par l'al. 2*d*) de la *Charte* à la négociation collective. Enfin, appliquant notre analyse aux faits de l'espèce, nous concluons que certaines des dispositions de la Loi portent atteinte à l'al. 2*d*) sans être justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*.

(1) Reasons for Excluding Collective Bargaining from Section 2(*d*) in the Past Require Reconsideration

In earlier decisions, the majority view in the Supreme Court of Canada was that the guarantee of freedom of association did not extend to collective bargaining. *Dunmore* opened the door to reconsideration of that view. We conclude that the grounds advanced in the earlier decisions for the exclusion of collective bargaining from the *Charter*'s protection of freedom of association do not withstand principled scrutiny and should be rejected.

The first cases dealing squarely with the issue of whether collective bargaining is protected under s. 2(*d*) of the *Charter* were a group of three concurrently released appeals known as the labour "trilogy": *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"), *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The main reasons were delivered in the *Alberta Reference*, a case involving compulsory arbitration to resolve impasses in collective bargaining and a prohibition on strikes. Of the six justices participating in the case, three held that collective bargaining was not protected by s. 2(*d*); four held that strike activity was not protected. The next case to deal with the issue was *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*PIPSC*"), in which the government of the Northwest Territories refused to enact legislation required in order for the PIPSC union to bargain collectively on behalf of nurses. A majority of four held that collective bargaining was not protected by s. 2(*d*).

In these cases, different members of the majorities put forth five main reasons in support of the contention that collective bargaining does not fall within s. 2(*d*)'s protection.

(1) Nécessité de réexaminer les raisons qui avaient justifié l'exclusion de la négociation collective de l'application de l'al. 2*d*)

22 Dans des arrêts antérieurs, la Cour suprême du Canada, à la majorité, était d'avis que le droit à la liberté d'association ne s'étendait pas aux négociations collectives. L'arrêt *Dunmore* a ouvert la porte au réexamen de cet avis. Nous concluons que les motifs avancés dans les arrêts précédents pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par la *Charte* à la liberté d'association ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et qu'ils devraient être écartés.

23 Les premiers arrêts traitant directement de la question de savoir si la négociation collective est protégée par l'al. 2*d*) de la *Charte* formaient un groupe de trois pourvois rendus simultanément appelé la « trilogie » en droit du travail : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »), *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. Les motifs principaux figurent dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, où on traite d'un mécanisme d'arbitrage obligatoire pour résoudre les impasses dans la négociation collective et de l'interdiction de la grève. Sur les six juges qui ont participé à la décision, trois ont conclu que la négociation collective n'était pas protégée par l'al. 2*d*); quatre ont conclu que la grève n'était pas protégée. Dans un arrêt postérieur traitant de la question, *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a refusé d'adopter une loi habilitant le syndicat IPFPC à négocier collectivement au nom des infirmiers. Les quatre juges formant la majorité ont conclu que l'al. 2*d*) ne protégeait pas la négociation collective.

24 Dans ces arrêts, les différents juges composant les formations majoritaires ont exposé cinq principaux motifs au soutien de la thèse de l'exclusion de la négociation collective de la protection de l'al. 2*d*).

25 The first suggested reason was that the rights to strike and to bargain collectively are "modern rights" created by legislation, not "fundamental freedoms" (*Alberta Reference*, *per* Le Dain J., writing on behalf of himself, Beetz and La Forest JJ., at p. 391). The difficulty with this argument is that it fails to recognize the history of labour relations in Canada. As developed more thoroughly in the next section of these reasons, the fundamental importance of collective bargaining to labour relations was the very reason for its incorporation into statute. Legislatures throughout Canada have historically viewed collective bargaining rights as sufficiently important to immunize them from potential interference. The statutes they passed did not create the right to bargain collectively. Rather, they afforded it protection. There is nothing in the statutory entrenchment of collective bargaining that detracts from its fundamental nature.

Selon le premier motif avancé, les droits de faire la grève et de négocier collectivement sont des « droits contemporains » créés par voie législative, et non des « libertés fondamentales » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, motifs du juge Le Dain, en son nom et au nom des juges Beetz et La Forest, p. 391). Cet argument pose problème car il ne tient pas compte de l'histoire des relations du travail au Canada. Comme nous l'expliquerons de manière plus approfondie dans la prochaine section des présents motifs, l'importance fondamentale que revêt la négociation collective dans les relations du travail constitue la raison même de son incorporation dans une loi. Les législatures dans l'ensemble du territoire canadien ont de tout temps considéré le droit de négociation collective comme suffisamment important pour le mettre à l'abri d'une atteinte potentielle. Les lois qu'elles ont adoptées n'ont pas créé le droit de négocier collectivement. Elles lui ont plutôt conféré une protection. Rien dans la consécration législative de la négociation collective n'altère sa nature fondamentale.

26 The second suggested reason was that recognition of a right to collective bargaining would go against the principle of judicial restraint in interfering with government regulation of labour relations (*Alberta Reference*, at p. 391). The regulation of labour relations, it is suggested, involves policy decisions best left to government. This argument again fails to recognize the fact that worker organizations historically had the right to bargain collectively outside statutory regimes and takes an overbroad view of judicial deference. It may well be appropriate for judges to defer to legislatures on policy matters expressed in particular laws. But to declare a judicial "no go" zone for an entire right on the ground that it may involve the courts in policy matters is to push deference too far. Policy itself should reflect *Charter* rights and values.

Selon le deuxième motif invoqué, la reconnaissance du droit de négociation collective violerait le principe de retenue judiciaire parce qu'elle entraverait la réglementation gouvernementale des relations du travail (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 391). La réglementation des relations du travail, soutient-on, implique des décisions de politique générale qui relèvent davantage du gouvernement. Là encore, cet argument oublie que le droit de négociation collective est traditionnellement reconnu aux organisations de travailleurs, même s'il ne s'inscrit pas dans un régime légal, et il attribue une portée excessive au principe de la déférence judiciaire. Certes, il se peut fort bien que les juges aient raison de s'en remettre aux législateurs pour résoudre les questions de politique générale énoncées dans des lois particulières. Cependant, déclarer que tous les aspects d'un droit demeurent à l'abri des interventions judiciaires, au motif que les tribunaux pourraient être appelés à se prononcer sur ces questions de politique générale, pousse trop loin le principe de la déférence judiciaire. La politique générale exprimée par le législateur doit elle-même refléter les droits et valeurs consacrés par la *Charte*.

The third suggested reason for excluding collective bargaining from s. 2(*d*) of the *Charter* rested on the view that freedom of association protects only those activities performable by an individual (see *PIPSC*, *per* L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.). This view arises from a passage in which Sopinka J. set out the scope of s. 2(*d*) in four oft-quoted propositions (at pp. 402-3): (1) s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; (2) it does not protect an activity solely on the ground that the activity is foundational or essential to the association; (3) it protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and (4) it protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. If this framework and the premise that s. 2(*d*) covers only activities performable by an individual is accepted, it follows that collective bargaining cannot attract the protection of s. 2(*d*) because collective bargaining cannot be performed by an individual.

This narrow focus on individual activities has been overtaken by *Dunmore*, where this Court rejected the notion that freedom of association applies only to activities capable of performance by individuals. Bastarache J. held that "[t]o limit s. 2(*d*) to activities that are performable by individuals would . . . render futile these fundamental initiatives" (para. 16), since, as Dickson C.J. noted in his dissent in the *Alberta Reference*, some collective activities may, by their very nature, be incapable of being performed by an individual. Bastarache J. provided the example of expressing a majority viewpoint as being an inherently collective activity without an individual analogue (para. 16). He concluded that:

> As I see it, the very notion of "association" recognizes the qualitative differences between individuals and collectivities. It recognizes that the press differs qualitatively from the journalist, the language community from the language speaker, the union from the worker. In all cases, the community assumes a life of its own and develops needs and priorities that differ from those

27 Le troisième motif utilisé pour exclure la négociation collective de la protection accordée par l'al. 2*d*) de la *Charte* repose sur l'idée que la liberté d'association protège uniquement les activités qui peuvent être accomplies individuellement (voir *IPFPC*, motifs des juges L'Heureux-Dubé et Sopinka). Cette opinion est tirée d'un passage dans lequel le juge Sopinka définit la portée de l'al. 2*d*) en énonçant quatre propositions maintes fois citées (p. 402-403) : (1) l'alinéa 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; (2) il ne protège pas une activité uniquement parce qu'il s'agit d'une activité essentielle à l'existence de l'association; (3) il protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; (4) il protège l'exercice collectif des droits légitimes des personnes. Si l'on accepte ce cadre et le postulat que l'al. 2*d*) ne couvre que les activités pouvant être exercées individuellement, il s'ensuit que la négociation collective ne saurait bénéficier de la protection de l'al. 2*d*), car un individu ne peut négocier collectivement.

28 Cette conception restreinte de la liberté d'association, qui n'inclut que les activités individuelles, a été rendue désuète par l'arrêt *Dunmore*. Notre Cour a alors rejeté le principe que la liberté d'association ne s'applique qu'aux activités pouvant être accomplies individuellement. Le juge Bastarache a reconnu que « limiter l'application de l'al. 2*d*) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux » (par. 16) puisque, comme le souligne en dissidence le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, certaines activités collectives ne pourraient, en raison de leur nature même, être accomplies individuellement. Le juge Bastarache cite en exemple le fait d'exprimer un point de vue majoritaire, activité purement collective qui n'a pas de pendant individuel (par. 16). Il conclut :

> À mon avis, la notion même d'« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. Elle reconnaît que la presse diffère qualitativement du journaliste, la collectivité linguistique du locuteur, le syndicat du travailleur. Dans tous les cas, la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels

of its individual members. . . . [B]ecause trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually, they cannot function if the law protects exclusively what might be "the lawful activities of individuals". Rather, the law must recognize that certain union activities — making collective representations to an employer, adopting a majority political platform, federating with other unions — may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level. This is not to say that all such activities are protected by s. 2(*d*), nor that all collectivities are worthy of constitutional protection; indeed, this Court has repeatedly excluded the right to strike and collectively bargain from the protected ambit of s. 2(*d*) . . . . It is to say, simply, that certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning. [Emphasis added; para. 17.]

[. . .] [É]tant donné que les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d'un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l'al. 2*d*), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l'al. 2*d*) [. . .] Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. [Nous soulignons; par. 17.]

29 The fourth reason advanced for excluding collective bargaining rights from s. 2(*d*) was the suggestion of L'Heureux-Dubé J. that s. 2(*d*) was not intended to protect the "objects" or goals of an association (see *PIPSC*, at pp. 391-93). This argument overlooks the fact that it will always be possible to characterize the pursuit of a particular activity in concert with others as the "object" of that association. Recasting collective bargaining as an "object" begs the question of whether or not the activity is worthy of constitutional protection. L'Heureux-Dubé J.'s underlying concern — that the *Charter* not be used to protect the substantive outcomes of any and all associations — is a valid one. However, "collective bargaining" as a procedure has always been distinguishable from its final outcomes (e.g., the results of the bargaining process, which may be reflected in a collective agreement). Professor Bora Laskin (as he then was) aptly described collective bargaining over 60 years ago as follows:

Le quatrième motif avancé pour exclure le droit de négociation collective de la protection de l'al. 2*d*) est l'argument de la juge L'Heureux-Dubé selon lequel l'al. 2*d*) n'a pas été conçu pour protéger les « objectifs » ou les buts d'une association (voir *IPFPC*, p. 391-393). Cet argument ne tient pas compte du fait qu'il sera toujours possible d'affirmer que la poursuite concertée d'une activité constitue l'« objectif » de cette association. La redéfinition de la négociation collective pour en faire un « objectif » élude la question de déterminer si cette activité mérite d'être protégée par la Constitution. La préoccupation sous-jacente de la juge L'Heureux-Dubé — éviter l'utilisation de la *Charte* pour protéger les résultats concrets de toute activité associative — reste tout à fait légitime. Toutefois, on a toujours distingué entre la « négociation collective » en tant que processus et son issue (p. ex., les résultats du processus de négociation, qui peuvent être consignés dans la convention collective). Il y a plus de 60 ans, le professeur Bora Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) définissait avec justesse la négociation collective :

Collective bargaining is the procedure through which the views of the workers are made known, expressed through representatives chosen by them, not through representatives selected or nominated or approved by employers. More than that, it is a procedure through which terms and conditions of employment may be settled by negotiations between an employer and his

[TRADUCTION] La négociation collective est un processus par lequel les travailleurs expriment leurs opinions, par l'entremise des représentants de leur choix, et non des représentants choisis, nommés ou autorisés par les employeurs. Plus que cela, il s'agit d'un processus par lequel l'employeur et ses employés peuvent négocier pour s'entendre sur les conditions de travail, pourvu

employees on the basis of a comparative equality of bargaining strength.

("Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War" (1941), 2:3 *Food for Thought* 8, at p. 8)

In our view, it is entirely possible to protect the "procedure" known as collective bargaining without mandating constitutional protection for the fruits of that bargaining process. Thus, the characterization of collective bargaining as an association's "object" does not provide a principled reason to deny it constitutional protection.

An overarching concern is that the majority judgments in the *Alberta Reference* and *PIPSC* adopted a decontextualized approach to defining the scope of freedom of association, in contrast to the purposive approach taken to other *Charter* guarantees. The result was to forestall inquiry into the purpose of that *Charter* guarantee. The generic approach of the earlier decisions to s. 2(*d*) ignored differences between organizations. Whatever the organization — be it trade union or book club — its freedoms were treated as identical. The unfortunate effect was to overlook the importance of collective bargaining — both historically and currently — to the exercise of freedom of association in labour relations.

We conclude that the reasons provided by the majorities in the *Alberta Reference* and *PIPSC* should not bar reconsideration of the question of whether s. 2(*d*) applies to collective bargaining. This is manifestly the case since this Court's decision in *Dunmore*, which struck down a statute that effectively prohibited farm workers from engaging in collective bargaining by denying them access to the Province's labour relations regime, as violating s. 2(*d*) of the *Charter*. *Dunmore* clarified three developing aspects of the law: what constitutes interference with the "associational aspect" of an activity; the need for a contextual approach

que leur pouvoir respectif de négociation soit de force relativement égale.

(« Collective Bargaining in Canada : In Peace and in War » (1941), 2:3 *Food for Thought* 8, p. 8)

Il nous apparaît tout à fait possible de protéger le « processus » appelé négociation collective sans aller jusqu'à accorder une protection constitutionnelle aux fruits du processus de négociation. C'est pourquoi qualifier la négociation collective d'« objectif » d'une association ne fournit aucune raison de principe permettant de lui refuser une protection constitutionnelle.

30 Le doute le plus sérieux quant à la validité de la jurisprudence antérieure résulte du fait que les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *IPFPC* ont défini l'étendue de la liberté d'association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la *Charte*. Cette méthode a pour effet d'amputer l'étude de cette garantie constitutionnelle de l'analyse de son objet. La méthode générale et décontextualisée appliquée à l'al. 2*d*) dans les arrêts antérieurs ne respecte pas les différences entre les associations. Quelle que soit l'association — un syndicat ou un club de lecture —, on a traité ses libertés de manière identique. Or, ce faisant, on perd malheureusement de vue l'importance que présente la négociation collective — par le passé et à l'heure actuelle — pour l'exercice de la liberté d'association dans le cadre des relations du travail.

31 Nous concluons que les motifs des juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *IPFPC* ne devraient pas nous empêcher de réexaminer la question de l'application de l'al. 2*d*) à la négociation collective. C'est manifestement le cas ici depuis l'arrêt *Dunmore*, qui a invalidé une loi empêchant effectivement les travailleurs agricoles d'engager des négociations collectives en les excluant du régime provincial des relations du travail, au motif qu'elle contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte*. *Dunmore* clarifie trois aspects du droit en évolution : la détermination de ce qui constitue une ingérence dans « l'aspect collectif » d'une activité;

to freedom of association; and the recognition that s. 2(*d*) can impose positive obligations on government.

32 *Dunmore* accepted the conclusion of the majority in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, that only the "associational aspect" of an activity and not the activity itself are protected under s. 2(*d*). It clarified, however, that equal legislative treatment of individuals and groups does not mean that the "associational aspect" of an activity has not been interfered with. A prohibition on an individual may not raise associational concerns, while the same prohibition on the collective may do so. *Dunmore* concluded:

> In sum, a purposive approach to s. 2(*d*) demands that we "distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself", a process mandated by this Court in the *Alberta Reference* (see *Egg Marketing*, *supra*, *per* Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 111). Such an approach begins with the existing framework established in that case, which enables a claimant to show that a group activity is permitted for individuals in order to establish that its regulation targets the association *per se* (see *Alberta Reference*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 367). Where this burden cannot be met, however, it may still be open to a claimant to show, by direct evidence or inference, that the legislature has targeted associational conduct because of its concerted or associational nature.
>
> (*Per* Bastarache J., at para. 18)

33 Second, *Dunmore* correctly advocated a more contextual analysis than had hitherto prevailed. Showing that a legislature has targeted associational conduct because of its "concerted or associational nature" requires a more contextual assessment than found in the early s. 2(*d*) cases. This contextual approach was foreshadowed by the dissenting reasons of Bastarache J. in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, expressing the view that to define the limits of s. 2(*d*), "[t]he whole context of the right must be considered" (para. 9).

la nécessité de donner à la liberté d'association une interprétation contextuelle et la reconnaissance que l'al. 2*d*) peut imposer des obligations positives au gouvernement.

L'arrêt *Dunmore* accepte la conclusion de la majorité dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, selon laquelle seul « l'aspect collectif » de l'activité, et non l'activité elle-même, est protégé par l'al. 2*d*). Il précise toutefois que ce n'est pas parce que la loi réserve le même traitement aux individus et aux groupes qu'il n'y a pas eu ingérence dans « l'aspect collectif » de l'activité. Il est possible que l'interdiction visant un individu ne soulève pas d'inquiétudes quant à l'aspect collectif du droit, mais que la même interdiction en provoque si elle vise un groupe. Dans *Dunmore*, la Cour conclut :

> L'interprétation téléologique de l'al. 2*d*) exige en somme « de distinguer l'aspect collectif d'une activité de l'activité elle-même », la démarche imposée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* (voir *OCCO*, précité, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 111). Cette démarche commence avec les paramètres établis dans ce renvoi qui permettent à un demandeur de démontrer que l'activité collective est autorisée pour des individus afin d'établir que sa réglementation vise en fait l'association comme telle (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge en chef Dickson, p. 367). Le demandeur qui ne peut apporter cette preuve peut cependant établir, directement ou par inférence, que le législateur a ciblé une activité associative en raison de son caractère concerté ou associatif.
>
> (Le juge Bastarache, par. 18)

Deuxièmement, *Dunmore* préconise à juste titre une analyse plus contextuelle qu'auparavant. Établir que le législateur a ciblé une activité associative en raison de « son caractère concerté ou associatif » exige une appréciation plus contextuelle que dans les premières causes relatives à l'al. 2*d*). Les motifs dissidents du juge Bastarache dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, ont laissé présager cette approche contextuelle, indiquant que pour définir les limites de l'al. 2*d*), « [i]l faut examiner l'ensemble du contexte du droit » (par. 9).

Finally, *Dunmore* recognized that, in certain circumstances, s. 2(*d*) may place positive obligations on governments to extend legislation to particular groups. Underinclusive legislation may, "in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom" (para. 22). This will occur where the claim of underinclusion is grounded in the fundamental *Charter* freedom and not merely in access to a statutory regime (para. 24); where a proper evidentiary foundation is provided to create a positive obligation under the *Charter* (para. 25); and where the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom (para. 26). There must be evidence that the freedom would be next to impossible to exercise without positively recognizing a right to access a statutory regime.

Bastarache J. reconciled the holding in *Dunmore* of a positive obligation on government to permit farm workers to join together to bargain collectively in an effective manner with the conclusion in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, that the federal government was not under a positive obligation to provide RCMP officers with access to collective bargaining by distinguishing the effects of the legislation in the two cases. Unlike the RCMP members in *Delisle*, farm workers faced barriers that made them *substantially incapable* of exercising their right to form associations outside the statutory framework (*per* Bastarache J., at paras. 39, 41 and 48). The principle affirmed was clear: Government measures that substantially interfere with the ability of individuals to associate with a view to promoting work-related interests violate the guarantee of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*.

In summary, a review of the jurisprudence leads to the conclusion that the holdings in the *Alberta Reference* and *PIPSC* excluding collective bargaining from the scope of s. 2(*d*) can no longer stand. None of the reasons provided by the majorities in

Enfin, *Dunmore* reconnaît qu'en certaines circonstances l'al. 2*d*) peut imposer aux gouvernements des obligations positives destinées à étendre la protection légale à des groupes particuliers. Une loi d'application restreinte peut, « dans des contextes exceptionnels, avoir un effet substantiel sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle » (par. 22). Un tel effet se produira dans les cas où l'argument fondé sur la portée trop limitative repose sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte* et non simplement sur l'accès à un régime légal (par. 24); où la création d'une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié (par. 25); où l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale (par. 26). Il doit être établi qu'il serait pratiquement impossible d'exercer la liberté constitutionnelle en question sans la reconnaissance positive du droit d'avoir accès à un régime légal. 34

Le juge Bastarache a concilié la conclusion dans *Dunmore*, selon laquelle une obligation positive incombe au gouvernement de permettre aux travailleurs agricoles de se regrouper pour négocier collectivement de façon efficace, avec celle dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, selon laquelle le gouvernement fédéral n'avait pas l'obligation positive de donner aux agents de la GRC accès à la négociation collective, en distinguant les effets des lois applicables dans les deux affaires. Contrairement aux membres de la GRC visés dans l'affaire *Delisle*, les travailleurs agricoles se trouvaient confronté à des obstacles qui les rendaient *essentiellement incapables* d'exercer leur droit de former des associations hors du cadre législatif (le juge Bastarache, par. 39, 41 et 48). Le principe qui y est énoncé est clair : les mesures gouvernementales qui diminuent considérablement la capacité des individus de s'associer dans le but de promouvoir leurs intérêts en matière de relations du travail portent atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. 35

Bref, l'examen de la jurisprudence mène à la conclusion que les décisions rendues dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *IPFPC* qui excluaient la négociation collective du champ d'application de l'al. 2*d*) ne sauraient être acceptées plus longtemps. 36

those cases survive scrutiny, and the rationale for excluding inherently collective activities from s. 2(*d*)'s protection has been overtaken by *Dunmore*.

37 Our rejection of the arguments previously used to exclude collective bargaining from s. 2(*d*) leads us to a reassessment of that issue, discussed below.

(2) Collective Bargaining Falls Within the Scope of Section 2(*d*) of the *Charter*

38 The question is whether the s. 2(*d*) guarantee of freedom of association extends to the right of employees to join together in a union to negotiate with employers on workplace issues or terms of employment — a process described broadly as collective bargaining.

39 The general purpose of the *Charter* guarantees and the language of s. 2(*d*) are consistent with at least a measure of protection for collective bargaining. The language of s. 2(*d*) is cast in broad terms and devoid of limitations. However, this is not conclusive. To answer the question before us, we must consider the history of collective bargaining in Canada, collective bargaining in relation to freedom of association in the larger international context, and whether *Charter* values favour an interpretation of s. 2(*d*) that protects a process of collective bargaining: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, *per* Dickson J. Evaluating the scope of s. 2(*d*) of the *Charter* through these tools leads to the conclusion that s. 2(*d*) does indeed protect workers' rights to a process of collective bargaining.

(a) *Canadian Labour History Reveals the Fundamental Nature of Collective Bargaining*

40 Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*. This

Aucune des raisons exposées par les juges majoritaires dans ces arrêts ne résistent à l'examen et le raisonnement à l'origine de l'exclusion des activités purement collectives de la protection de l'al. 2*d*) a été écarté dans *Dunmore*.

Notre décision de rejeter les arguments employés auparavant pour exclure la négociation collective de la protection de l'al. 2*d*) nous amène au réexamen de cette question, dont l'analyse suit ci-après.

(2) La négociation collective est visée par l'al. 2*d*) de la *Charte*

Il faut décider si la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) englobe le droit des employés d'adhérer à un syndicat pour négocier avec l'employeur les questions liées au milieu de travail ou les conditions de travail — processus généralement décrit comme étant la négociation collective.

L'objet général des garanties de la *Charte* et le libellé de l'al. 2*d*) se concilient à tout le moins avec la reconnaissance d'une certaine protection de la négociation collective. L'alinéa 2*d*) est rédigé en termes généraux et sans restrictions. Toutefois, cela n'est pas déterminant. Pour répondre à la question dont nous sommes saisis, nous devons prendre en compte l'histoire de la négociation collective au Canada, la négociation collective dans le contexte international relatif à la liberté d'association, et rechercher si les valeurs reconnues par la *Charte* favorisent une interprétation de l'al. 2*d*) qui protège le processus de négociation collective : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson. L'appréciation de la portée de l'al. 2*d*) de la *Charte* par ces moyens permet de conclure que cette disposition protège effectivement le droit des travailleurs à un processus de négociation collective.

a) *L'histoire des relations du travail au Canada révèle la nature fondamentale de la négociation collective*

Le droit de s'associer avec d'autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada, qui

suggests that the framers of the *Charter* intended to include it in the protection of freedom of association found in s. 2(*d*) of the *Charter.*

existait d'ailleurs avant l'adoption de la *Charte.* Ce constat suggère que les auteurs de la *Charte* ont voulu que ce droit bénéficie de la protection que l'al. 2*d*) de la *Charte* confère à la liberté d'association.

The respondent argues that the right to collective bargaining is of recent origin and is merely a creature of statute. This assertion may be true if collective bargaining is equated solely to the framework of rights of representation and collective bargaining now recognized under federal and provincial labour codes. However, the origin of a right to collective bargaining in the sense given to it in the present case (i.e., a procedural right to bargain collectively on conditions of employment), precedes the adoption of the present system of labour relations in the 1940s. The history of collective bargaining in Canada reveals that long before the present statutory labour regimes were put in place, collective bargaining was recognized as a fundamental aspect of Canadian society. This is the context against which the scope of s. 2(*d*) must be considered.

41 Selon l'intimée, le droit de négociation collective représente simplement l'œuvre récente du législateur. Cette assertion peut être exacte dans la mesure où on assimile la négociation collective au cadre des droits de représentation et de négociation collective actuellement reconnus dans les codes du travail fédéral et provinciaux. Or, le droit de négociation collective au sens qui lui est donné en l'espèce (c.-à-d. le droit procédural des travailleurs de négocier collectivement leurs conditions de travail) est né avant l'adoption dans les années 1940 du système actuel des relations du travail. L'histoire de la négociation collective au Canada révèle que, bien avant la mise en place des régimes légaux actuels des relations du travail, la négociation collective était reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne. C'est dans ce contexte qu'on doit examiner la portée de l'al. 2*d*).

Canadian labour history can be summarized by borrowing words from the 1969 *Report of the Task Force on Labour Relations.* As society entered into the industrialized era, "workers began to join unions and to engage in collective bargaining with their employers. Although employers resisted this development with all resources at their command, it eventually became apparent that unions and collective bargaining were natural concomitants of a mixed enterprise economy. The state then assumed the task of establishing a framework of rights and responsibilities within which management and organized labour were to conduct their relations" (Task Force on Labour Relations, *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations* (1969) ("Woods Report"), at p. 13).

42 On peut résumer l'histoire des relations du travail au Canada en empruntant un court extrait du *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* de 1969. Comme la société entrait dans l'ère industrielle, « les travailleurs commençaient à adhérer à des syndicats et à s'engager dans la négociation collective avec leurs employeurs. Bien que les employeurs aient résisté avec la dernière énergie à cette évolution, il devint finalement évident que syndicats et négociation collective étaient des composants naturels d'une économie d'entreprise mixte. C'est alors que l'État a assumé la tâche d'établir une structure de droits et de responsabilités à l'intérieur de laquelle le patronat et les organisations de travailleurs conduiraient leurs relations » (Équipe spécialisée en relations de travail, *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1969) (« Rapport Woods »), p. 14).

Canadian labour law traces its roots to various legal systems, most importantly to British and American law. Prior to the 1940s, British law had

43 Le droit du travail canadien tire son origine de divers systèmes de droit, mais surtout du droit britannique et du droit américain. Avant les années

a significant influence on the development of our labour law. American law became an influential force when the United States passed the *Wagner Act* in 1935 (also called *National Labor Relations Act*). And a substantial part of Quebec's law governing labour relations and collective bargaining prior to 1944 was influenced by French law (see R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 26-27).

44 The development of labour relations law in Canada may be divided into three major eras: repression, toleration and recognition. We are aware that such categorization may not necessarily draw a perfectly accurate picture of the evolution of labour law in our country (see, e.g., E. Tucker, "The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889" (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277). However, for present purpose, such categorization provides a sufficient historical framework in which to summarize the evolution of our law and to underline the flourishing of labour unions and collective bargaining as well as the historic openness of government and society to those organizations over the past century.

(i) Repression of Workers' Organizations

45 Workers' associations have a long history. In England, as early as the end of the Middle Ages, workers were getting together to improve their conditions of employment. They were addressing petitions to Parliament, asking for laws to secure better wages or other more favourable working conditions. Soon thereafter, strike activity began (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 29-30).

46 In Canada, workers' organizations can be traced back to the end of the 18th century. "As early as 1794 employees of the North West Fur Trading Company went on strike for higher wages" (D. D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at p. 48). However, it was not until the industrial

1940, le droit britannique a largement contribué à l'évolution de notre droit du travail. L'influence du droit américain s'est fait sentir davantage au moment où les États-Unis ont adopté en 1935 la *Loi Wagner* (aussi appelée *National Labor Relations Act*). Enfin, le droit français a influé sur une bonne partie du droit québécois régissant les relations du travail et la négociation collective avant 1944 (voir R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2e éd. 1991), p. 26-27).

L'évolution du droit du travail canadien peut se diviser en trois grandes périodes : la répression, la tolérance et la reconnaissance. Nous sommes bien conscients que cette catégorisation ne brosse peut-être pas nécessairement un tableau fidèle de l'évolution du droit du travail dans notre pays (voir, p. ex., E. Tucker, « The Faces of Coercion : The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889 » (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277). Toutefois, pour les besoins du présent pourvoi, elle fournit un cadre historique suffisant pour résumer l'évolution de notre droit et souligner le développement des syndicats et de la négociation collective ainsi que l'ouverture dont le gouvernement et la société ont su faire preuve envers ces organisations depuis un siècle.

(i) Répression des organisations de travailleurs

Les associations de travailleurs ne datent pas d'hier. En Angleterre, dès la fin du Moyen-Âge, les travailleurs se regroupaient pour demander de meilleures conditions de travail. Ils présentaient des pétitions au Parlement, réclamant des lois leur accordant de meilleurs salaires ou d'autres conditions de travail plus avantageuses. Peu après, ils ont commencé à organiser des grèves (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 29-30).

Au Canada, l'existence des organisations de travailleurs remonte à la fin du 18e siècle. [TRADUCTION] « Dès 1794, des employés de la Compagnie de fourrures du Nord-Ouest ont déclenché une grève pour obtenir des salaires plus élevés » (D. D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5e éd. 2002), p. 48).

revolution that workers' organizations took on more than a marginal role, and that a real labour movement was born (Carter et al., at p. 48; C. Lipton, *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959* (4th ed. 1978), at pp. 1-8; J. Rouillard, *Histoire du syndicalisme au Québec: Des origines à nos jours* (1989), at p. 11).

From the beginning, the law was used as a tool to limit workers' rights to unionize. In England, through the 18th and 19th centuries, labour organizations were considered illegal under the common law doctrine of criminal conspiracy (Lord Wedderburn, *The Worker and the Law* (3rd ed. 1986), at pp. 514-15; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf), at p. 1-2). Statutes soon added new limits. After the French Revolution, the British Parliament, convinced that labour organizations were the nesting ground of potential revolutions, adopted the *Combination Acts* of 1799 and 1800, making it unlawful for two or more workers to combine in an attempt to increase their wages, lessen their hours of work or persuade anyone to leave or refuse work. The Acts, which made it "a criminal offence to be a member of a trade union, to call a strike, or to contribute money for trade union purposes", had the effect of suppressing a large series of collective actions (J. G. Riddall, *The Law of Industrial Relations* (1981), at p. 24). Combinations of workers were already illegal at common law. The *Combination Acts* reinforced the common law by providing faster and more effective tools to enforce criminal penalties upon workers (W. R. Cornish and G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750-1950* (1989), at p. 297).

In 1824, the English *Combination Acts* were repealed. The repeal was immediately followed by a series of strikes. The British Parliament responded with a new *Combination Act* less than a year later, which reintroduced strong criminal sanctions against workers. The new *Combination Act* of 1825 made it legal for workers to bargain

Toutefois, ce n'est qu'avec la révolution industrielle que les organisations de travailleurs jouent un rôle moins marginal et que naît véritablement le mouvement syndical (Carter et autres, p. 48; C. Lipton, *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959* (4e éd. 1978), p. 1-8; J. Rouillard, *Histoire du syndicalisme au Québec : Des origines à nos jours* (1989), p. 11).

47 Dès le début, on a recouru à des mesures législatives pour limiter le droit des travailleurs de se syndiquer. En Angleterre, au cours des 18e et 19e siècles, les organisations syndicales étaient considérées comme illégales selon la notion de complot criminel en common law (Lord Wedderburn, *The Worker and the Law* (3e éd. 1986), p. 514-515; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-2). De nouvelles limites ont vite été imposées par voie législative. Convaincu que les organisations syndicales constituaient des nids d'incubation d'éventuelles révolutions, le Parlement britannique a adopté après la Révolution française les *Combination Acts* de 1799 et de 1800, qui interdisaient aux travailleurs de se coaliser, que ce soit pour la majoration des salaires, la réduction des heures de travail ou pour inciter d'autres travailleurs à quitter le travail ou à refuser du travail. Ces lois, disposant que [TRADUCTION] « commet une infraction quiconque est membre d'un syndicat, déclenche une grève ou contribue financièrement à des activités syndicales », empêchèrent longtemps un grand nombre d'activités collectives (J. G. Riddall, *The Law of Industrial Relations* (1981), p. 24). La coalition de travailleurs était déjà frappée d'illégalité en common law. Or, en permettant d'appliquer avec plus de rapidité et d'efficacité des sanctions pénales aux travailleurs, les *Combination Acts* ont renforcé la common law sous cet aspect (W. R. Cornish et G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750-1950* (1989), p. 297).

48 En 1824, les *Combination Acts* anglaises ont été abrogées. Une série de grèves a immédiatement suivi l'abrogation. Moins d'un an plus tard, le Parlement britannique a répliqué par l'adoption d'une nouvelle *Combination Act*, qui rétablit de fortes sanctions pénales contre les travailleurs. La nouvelle *Combination Act* de 1825 reconnaît aux

collectively with their employers. However, it made strikes a criminal offence. S. Deakin and G. S. Morris summarize, as follows, the state of the law under the *Combination Act* of 1825:

> For the fifty years or so after 1825 the legal position was, in principle, that freedom of association was permitted, and that collective bargaining could be lawfully pursued; however, strike action remained tightly confined. In practice, there was no effective right to resist employers who refused to enter into collective bargaining since the main weapon open to trade unions, namely strike action, was regulated by the criminal law. The criminal law also imposed sanctions on individual workers who quit their employment in breach of contract, by virtue of the Master and Servant Act 1823 which was the successor to a number of eighteenth-century statutes which had a similar effect.

(*Labour Law* (4th ed. 2005), at p. 7)

49 In the 1860s, two important events led the British Parliament to change course. First, a Royal Commission on Trade Unions was appointed in 1867. It recommended better legal recognition for trade unions. Second, a reform of suffrage law gave a large segment of the working class the right to vote, enabling them to exert more influence over Parliament (Adams, at p. 1-4; A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 16). In response to these events, in 1871 the British Parliament adopted the *Trade Union Act* and the *Criminal Law Amendment Act*, which were intended to immunize trade unions and their members from the criminal laws of conspiracy and restraint of trade. Nevertheless, British courts continued to view collective actions suspiciously, repressing strikes through the doctrine of criminal conspiracy and repressing other union activity through the application of economic torts. The British Parliament in turn responded on occasion by strengthening the legislative protection for trade unions in that country (Deakin and Morris, at pp. 8-10).

travailleurs le droit de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais a fait de la grève une infraction criminelle. Les auteurs S. Deakin et G. S. Morris résument l'état du droit sous le régime de la *Combination Act* de 1825 en ces termes :

> [TRADUCTION] Pendant les quelque cinquante ans qui ont suivi 1825, le droit dictait, en principe, la reconnaissance de la liberté d'association et de la poursuite légitime de la négociation collective; le recours à la grève demeurait toutefois très limité. En pratique, les travailleurs ne pouvaient pas véritablement exercer leur droit de résister aux employeurs qui refusaient la négociation collective puisque la principale arme dont disposaient les syndicats — la grève — était régie par le droit criminel. Le droit criminel imposait en outre des sanctions aux travailleurs qui, abandonnant volontairement leur emploi, contrevenaient à leur contrat de travail selon la Master and Servant Act de 1823, laquelle a remplacé plusieurs lois du 18e siècle dont les effets étaient similaires.

(*Labour Law* (4e éd. 2005), p. 7)

Dans les années 1860, deux événements importants ont amené le Parlement britannique à changer de cap. D'abord, une commission royale d'enquête sur les syndicats, établie en 1867, a recommandé une plus ample reconnaissance juridique des syndicats. Ensuite, la réforme du droit de suffrage a reconnu le droit de vote à un large segment de la classe ouvrière, lui permettant ainsi d'exercer une plus grande influence sur le Parlement (Adams, p. 1-4; A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2e éd. 1986), p. 16). En réaction à ces événements, le Parlement britannique a adopté en 1871 la *Trade Union Act* et la *Criminal Law Amendment Act*, destinées à soustraire les syndicats et leurs membres à l'application des lois criminelles interdisant le complot et l'entrave au commerce. Les tribunaux britanniques ont néanmoins continué de considérer comme douteuses les activités collectives : ils ont réprimé les grèves en invoquant la notion de complot criminel et d'autres activités syndicales en recourant aux ressources du droit de la responsabilité pour des délits économiques. Le Parlement britannique toutefois répliquait à l'occasion par un renforcement de la protection législative accordée aux syndicats de la Grande-Bretagne (Deakin et Morris, p. 8-10).

The question of whether the repressive common law doctrines and the *Combination Acts* of 1799 and 1800 were introduced into Canada is subject to controversy. Some scholars are of the opinion that the common law doctrines of conspiracy and restraint of trade were introduced into Canadian law (Adams, at p. 1-5; Beaulieu, at p. 73). Others, however, argue that the Canadian common law and the civil law of Quebec were more ambiguous and less oppressive to trade unions than the British common law (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 620-21; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241). It is unnecessary to resolve this debate. It suffices to recognize that, at least until 1872, Canadian laws "cast shadows on the legitimacy of trade unions" (B. D. Palmer, *Working-Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991* (2nd ed. 1992), at p. 66; E. Tucker, "'That Indefinite Area of Toleration': Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77" (1991), 27 *Labour* 15; see also Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 18).

(ii) Tolerance of Workers' Organizations and Collective Bargaining

A major shift in Canadian labour law took place in the aftermath of the Toronto Typographical Unions' strike that occurred in 1872. The strike by the Toronto typographers, inspired by the call for a nine-hour work day, led to numerous arrests and charges against the strikers for common law criminal conspiracy. At that time, Canada had not yet adopted legislation immunizing trade union members from criminal charges for conspiracy or restraint of trade. The criminal charges against the Toronto strikers raised public concern and revealed that Canada was behind the times — at least compared to Britain — on the issue of union protection and recognition.

In consequence, Canada adopted its own legislation copied in part from the British *Trade Union Act* of 1871. The Canadian *Trade Unions Act* of

50 La question de savoir si les principes répressifs de la common law et les *Combination Acts* de 1799 et de 1800 ont été introduits en droit canadien demeure sujette à controverse. Selon certains auteurs, les notions de complot et d'entrave au commerce ont bien été introduites dans le droit canadien (Adams, p. 1-5; Beaulieu, p. 73). D'autres prétendent toutefois que la common law canadienne et le droit civil québécois étaient plus ambigus et moins oppressifs à l'égard des syndicats que la common law britannique (Gagnon, LeBel et Verge, p. 620-621; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241). Il n'est pas nécessaire de trancher ce débat : il suffit de reconnaître qu'au moins jusqu'en 1872 les lois canadiennes [TRADUCTION] « jettent une ombre sur la légitimité des syndicats » (B. D. Palmer, *Working-Class Experience : Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991* (2e éd. 1992), p. 66; E. Tucker, « "That Indefinite Area of Toleration" : Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77 » (1991), 27 *Le Travail* 15; voir également Carrothers, Palmer et Rayner, p. 18).

(ii) Tolérance envers les organisations de travailleurs et la négociation collective

51 Le droit du travail canadien a pris un tournant décisif à la suite de la grève du syndicat des typographes de Toronto survenue en 1872. La grève des typographes de Toronto, motivée par la revendication de la réduction de la journée de travail à neuf heures, s'est soldée par de nombreuses arrestations de grévistes, suivies d'accusations criminelles de complot portées contre eux en vertu de la common law. À cette époque, le Canada n'avait pas encore adopté de lois visant à protéger les syndiqués contre des accusations criminelles de complot et d'entrave au commerce. Les accusations criminelles portées contre les grévistes de Toronto ont inquiété le public et ont révélé que le Canada accusait un retard — du moins par rapport à la Grande-Bretagne — à l'égard de la question de la protection et de la reconnaissance syndicales.

52 Le Canada a donc adopté sa propre loi, reproduisant en partie la *Trade Union Act* britannique de 1871. La loi canadienne, *Acte des Associations*

1872 "made it clear that no worker could be criminally prosecuted for conspiracy solely on the basis of attempting to influence the rate of wages, hours of labour, or other aspects of the work relation" (Palmer, at p. 111). Through this legislative action, the Canadian Parliament recognized the value for the individual of collective actions in the context of labour relations. As Sir John A. Macdonald mentioned in the House of Commons, the purpose of the *Trade Unions Act* of 1872 was to immunize unions from existing laws considered to be "opposed to the spirit of the liberty of the individual" (*Parliamentary Debates*, vol. III, 5th sess., 1st Parl., May 7, 1872, at p. 392, as cited by M. Chartrand, "The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective" (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267, at p. 267).

53 By the beginning of the 1900s, the main criminal barriers to unionism in Canada had been brought down. Criminal law no longer prohibited employees from combining for the purposes of ameliorating their working conditions (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 30). However, courts continued to apply common law doctrines to restrain union activities (Adams, at p. 1-5; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 19). Moreover, nothing in the law required employers to recognize unions or to bargain collectively with them. Employers could simply ignore union demands and even refuse to hire union members. As J. Fudge and E. Tucker explain:

> While workers were also privileged to combine with other workers to advance their common interests, employers were free to contract only with those workers who were not part of a combination. In short, they could refuse to hire union members and could fire those who became union members after taking up employment.

(*Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001), at p. 2)

54 While employers could refuse to recognize and bargain with unions, workers had recourse to an

ouvrières, 1872, [TRADUCTION] « . . . indiquait clairement que les travailleurs ne pouvaient faire l'objet de poursuites criminelles pour complot au seul motif qu'ils avaient cherché à influer sur les salaires, les heures de travail ou d'autres aspects des relations du travail » (Palmer, p. 111). Par cette mesure législative, le Parlement canadien a reconnu la valeur des activités collectives pour les individus dans le contexte des relations du travail. Comme l'a déclaré sir John A. Macdonald à la Chambre des communes, l'*Acte des Associations ouvrières, 1872* visait à soustraire les syndicats à l'application des lois en vigueur considérées comme [TRADUCTION] « incompatibles avec l'esprit de liberté individuelle » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 5e sess., 1re lég., 7 mai 1872, p. 392, passage cité par M. Chartrand, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267, p. 267).

Au début des années 1900, les principales mesures pénales qui avaient fait obstacle au syndicalisme canadien n'existaient plus. Le droit criminel n'interdisait plus les mouvements concertés de travailleurs visant de meilleures conditions de travail (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 30). Toutefois, les tribunaux ont continué d'appliquer les principes de common law pour restreindre les activités syndicales (Adams, p. 1-5; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 19). Par ailleurs les employeurs n'étaient pas tenus par la loi de reconnaître les syndicats ou de négocier collectivement avec eux. Ils pouvaient simplement ignorer les demandes syndicales et même refuser d'engager des travailleurs syndiqués. Comme l'expliquent J. Fudge et E. Tucker :

> [TRADUCTION] Les travailleurs avaient également le privilège de se coaliser pour défendre leurs intérêts communs, mais les employeurs étaient libres de former des contrats uniquement avec les travailleurs qui ne se sont pas coalisés. Bref, ils pouvaient refuser d'engager des travailleurs syndiqués et congédier les travailleurs qui adhéraient à un syndicat une fois embauchés.

(*Labour Before the Law : The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001), p. 2)

Les employeurs pouvaient refuser de reconnaître les syndicats et de négocier avec eux, mais les

economic weapon: the powerful tool of calling a strike to force an employer to recognize a union and bargain collectively with it. The law gave both parties the ability to use economic weapons to attain their ends. Before the adoption of the modern statutory model of labour relations, the majority of strikes were motivated by the workers' desire to have an employer recognize a union and bargain collectively with it (D. Glenday and C. Schrenk, "Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947" (1978), 2 *Alternate Routes* 114, at p. 128; M. Thompson, "Wagnerism in Canada: Compared to What?", in *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association* (1995), 59, at p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (February 1981), Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada, at p. 57). The unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively, led to governments adopting the American *Wagner Act* model of legislation, discussed below.

(iii) Recognition of Collective Bargaining

The first few decades of the 20th century saw Parliament's promotion of voluntary collective bargaining. The federal Parliament enacted a series of statutes to promote collective bargaining by conferring on the labour minister the power to impose conciliation on the parties in an attempt to bring them to compromise (*The Conciliation Act, 1900*, S.C. 1900, c. 24; *The Railway Labour Disputes Act, 1903*, S.C. 1903, c. 55; *The Industrial Disputes Investigation Act, 1907*, S.C. 1907, c. 20). This model failed, mainly because employers had no real incentive to participate in the process. (See J. Webber, "Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907" (1991), 28 *Labour* 15; Gagnon, LeBel and Verge, at p. 25; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 32; Adams, at p. 1-6.) Moreover, union members did not receive any protection against unfair labour

employés disposaient d'une arme économique puissante : la capacité de déclencher une grève pour forcer un employeur à reconnaître leur syndicat et à négocier collectivement avec lui. La loi permettait ainsi aux deux parties de recourir à des armes économiques pour parvenir à leurs fins. Avant l'adoption du modèle légal contemporain des relations du travail, la majorité des grèves s'expliquaient par le désir des travailleurs d'amener l'employeur à reconnaître le syndicat et à négocier collectivement avec lui (D. Glenday et C. Schrenk, « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114, p. 128; M. Thompson, « Wagnerism in Canada : Compared to What? », dans *Actes du XXXI^e Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles* (1995), 59, p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (février 1981), Cahier de recherche n^o^ 19, préparé pour le Conseil économique du Canada, p. 57). Ce nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux, a amené les gouvernements à adopter le modèle légal américain fondé sur la *Loi Wagner*, examiné plus loin.

(iii) Reconnaissance de la négociation collective

55 Au cours des premières décennies du 20^e^ siècle, le Parlement a encouragé la négociation collective volontaire. Le Parlement fédéral a adopté une série de lois visant à encourager la négociation collective en conférant au ministre du Travail le pouvoir d'imposer la conciliation aux parties afin de les orienter vers des compromis (*Acte de conciliation, 1900*, S.C. 1900, ch. 24; *Acte d'arbitrage des chemins de fer, 1903*, S.C. 1903, ch. 55; *Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*, S.C. 1907, ch. 20). Ce modèle a échoué, essentiellement parce que rien n'incitait les employeurs à participer au processus ainsi établi. (Voir J. Webber, « Compelling Compromise : Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907 » (1991), 28 *Le Travail* 15; Gagnon, LeBel et Verge, p. 25; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 32; Adams, p. 1-6.) Par ailleurs, les travailleurs syndiqués ne bénéficiaient d'aucune

practices undertaken by employers (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 37). In search of a better model, Canadian governments looked at what was happening in the United States.

56 In the United States, courts also relied heavily on the doctrine of conspiracy under criminal and civil law as well as antitrust law to limit union activities (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 19-20). In 1914, the American Congress immunized unions from the application of antitrust law and adopted a non-interventionist attitude in order to let workers and employers use their respective economic powers to manage their own labour relations. However, the Depression and resulting industrial tension of the 1930s rendered the old laissez-faire model inappropriate. The result was the *Wagner Act*, which explicitly recognized the right of employees to belong to a trade union of their choice, free of employer coercion or interference, and imposed a duty upon employers to bargain in good faith with their employees' unions (Adams, at p. 1-10).

57 K. E. Klare has identified the following main objects of the *Wagner Act*:

1. *Industrial Peace*: By encouraging collective bargaining, the Act aimed to subdue "strikes and other forms of industrial strife or unrest," because industrial warfare interfered with interstate commerce; that is, it was unhealthy in a business economy. Moreover, although this thought was not embodied in the text, industrial warfare clearly promoted other undesirable conditions, such as political turmoil, violence, and general uncertainty.

2. *Collective Bargaining*: The Act sought to enhance collective bargaining for its own sake because of its presumed "mediating" or "therapeutic" impact on industrial conflict.

3. *Bargaining Power*: The Act aimed to promote "actual liberty of contract" by redressing the unequal balance of bargaining power between employers and employees.

protection contre les pratiques déloyales de travail de l'employeur (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 37). En quête d'un meilleur modèle, les gouvernements canadiens ont décidé d'examiner la situation aux États-Unis.

Aux États-Unis, les tribunaux se sont également beaucoup appuyés sur la notion de complot en droit criminel et en droit civil, et sur la législation antitrust pour limiter les activités syndicales (Gagnon, LeBel et Verge, p. 19-20). En 1914, le Congrès américain a soustrait les syndicats à l'application des lois antitrust et adopté une attitude non interventionniste afin de permettre aux travailleurs et employeurs d'utiliser leur pouvoir économique respectif pour gérer leurs propres relations du travail. Toutefois, la Dépression et la tension qu'elle a provoquée dans les relations du travail au cours des années 1930 ont eu raison de l'ancien modèle du laissez-faire. Cette évolution a mené à l'adoption de la *Loi Wagner*, qui a expressément reconnu aux employés le droit d'appartenir au syndicat de leur choix, sans coercition ni ingérence de la part de l'employeur, et oblige l'employeur à négocier de bonne foi avec les syndicats de travailleurs (Adams, p. 1-10).

L'auteur K. E. Klare a relevé les principaux objectifs de la *Loi Wagner* :

[TRADUCTION]

1. *Paix industrielle* : En encourageant la négociation collective, la Loi visait à maîtriser « les grèves et autres formes de conflits de travail » parce que les luttes ouvrières nuisaient au commerce entre les États; en d'autres termes, elles déstabilisaient l'économie d'entreprise. En outre, même si cette idée n'était exprimée nulle part dans le texte, les luttes ouvrières entraînaient clairement d'autres conditions indésirables, par exemple des bouleversements politiques, la violence et un climat général d'incertitude.

2. *Négociation collective* : La Loi cherchait à mettre en valeur la négociation collective en soi, en raison des vertus « médiatrices » ou « thérapeutiques » qu'elle aurait sur les conflits de travail.

3. *Pouvoir de négociation* : La Loi visait à favoriser la « liberté réelle de contracter » en rétablissant l'équilibre du pouvoir de négociation entre employeurs et employés.

4. *Free Choice*: The Act was intended to protect the free choice of workers to associate amongst themselves and to select representatives of their own choosing for collective bargaining.

5. *Underconsumption*: The Act was designed to promote economic recovery and to prevent future depressions by increasing the earnings and purchasing power of workers.

6. *Industrial Democracy*: This is the most elusive aspect of the legislative purpose, although most commentators indicate that a concept of industrial democracy is embedded in the statutory scheme, or at the least was one of the articulated goals of the sponsors of the Act. Senator Wagner frequently sounded the industrial democracy theme in ringing notes, and scholars have subsequently seen in collective bargaining "the means of establishing industrial democracy, . . . the means of providing for the workers' lives in industry the sense of worth, of freedom, and of participation that democratic government promises them as citizens."

("Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941" (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265, at pp. 281-84)

By the end of the 1930s, most Canadian provinces had passed legislation incorporating the main objectives of the *Wagner Act* (Carrothers, Palmer and Rayner, at pp. 47-48). However, it is Order in Council P.C. 1003, a regulation adopted by the federal government to rule labour relations in time of war, that firmly implemented the principles of the *Wagner Act* in Canada and triggered further development of provincial labour laws (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 50; J. Fudge and H. Glasbeek, "The Legacy of PC 1003" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357, at p. 358).

Fudge and Glasbeek emphasize the effects of P.C. 1003 on Canadian labour relations:

For the first time in Canada's history, the government compelled employers to recognize and to bargain with duly elected representatives and/or trade unions. From the workers' perspective, this constituted a movement from having a right to state their interest in being represented by a union to having enforceable legal right to have their chosen representative treated as a union by

4. *Libre choix* : La Loi était censée protéger le libre choix des travailleurs de s'associer et de choisir eux-mêmes les représentants qui négocieraient collectivement en leur nom.

5. *Sous-consommation* : La Loi était conçue pour favoriser le redressement de l'économie et prévenir d'autres crises en permettant aux travailleurs d'augmenter leur revenu et leur pouvoir d'achat.

6. *Démocratie industrielle* : C'est là l'aspect le plus insaisissable de l'objectif législatif, quoique selon la plupart des auteurs le concept de démocratie industrielle est ancré dans le régime législatif, ou du moins était l'un des objectifs énoncés par les parrains de la Loi. Le sénateur Wagner a fréquemment abordé le thème de la démocratie industrielle, lui donnant le ton de façon retentissante, et les auteurs ont par la suite considéré que la négociation collective constituait « le moyen d'établir la démocratie industrielle, [. . .] le moyen par lequel la vie professionnelle des travailleurs leur procure un sentiment de valorisation, de liberté et le sentiment qu'ils contribuent à la société, promesse du gouvernement démocratique ».

(« Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265, p. 281-284)

58 À la fin des années 1930, la plupart des provinces canadiennes avaient adopté des dispositions législatives reprenant les principaux objectifs de la *Loi Wagner* (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 47-48). Toutefois, c'est le décret C.P. 1003 — règlement adopté par le gouvernement fédéral pour régir les relations du travail en temps de guerre — qui a consolidé la mise en œuvre des principes de la *Loi Wagner* au Canada et provoqué un mouvement d'évolution des lois provinciales en matière de travail (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 50; J. Fudge et H. Glasbeek, « The Legacy of PC 1003 » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357, p. 358).

59 Fudge et Glasbeek soulignent les effets du décret C.P. 1003 sur les relations du travail au Canada :

[TRADUCTION] Pour la première fois dans l'histoire canadienne, le gouvernement a forcé les employeurs à reconnaître les représentants dûment élus et les syndicats, et à négocier avec eux. Du point de vue des travailleurs, on partait du droit d'affirmer son désir d'être représenté par un syndicat et on arrivait désormais à un droit ayant force exécutoire qui obligeait l'employeur à

their employer. There was no longer any need to use collective economic muscle — always seriously limited by the common law — to obtain the right to bargain collectively with employers. [p. 359]

60 P.C. 1003 was a compromise adopted to promote peaceful labour relations. On the one hand, it granted major protections to workers to organize without fear of unfair interference from the employers and guaranteed workers the right to bargain collectively in good faith with their employers without having to rely on strikes and other economic weapons. On the other hand, it provided employers with a measure of stability in their relations with their organized workers, without the spectre of intensive state intervention in the economy (Fudge and Glasbeek, at p. 370). These elements of P.C. 1003 continue to guide our system of labour relations to this day (Adams, at pp. 2-98 *et seq.*).

61 In all the provinces except Saskatchewan, legislation inspired by the *Wagner Act* initially applied only to the private sector. Its extension to the public sector came later. Between 1965 and 1973 statutes were passed across the country extending labour protections to public sectors. (Fudge and Glasbeek, at p. 384; see also J. R. Calvert, "Collective Bargaining in the Public Sector in Canada: Teething Troubles or Genuine Crisis?" (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.) However, the rights conferred to public sector employees were more restricted than in the private sector:

Some employees are not allowed to bargain about certain subjects, some employees are given the alternative of striking or accepting a compulsory arbitrated award, some employees are not given the right to strike at all. Further, governments have retained the right to determine that, even if a public sector bargaining unit is given the right to strike, some of its members should be designated as being essential workers, that is, workers who must continue to deliver a governmental service during a lawful strike by their bargaining unit colleagues. Moreover, a government's assumed right and need to continue to look after the public's welfare makes it easy to pass legislation suspending or abrogating a

traiter comme un syndicat les représentants choisis. Il n'était plus nécessaire de recourir à la puissance économique collective — toujours sérieusement limitée par la common law — pour obtenir le droit de négocier collectivement avec les employeurs. [p. 359]

Le décret C.P. 1003 représentait un compromis adopté pour l'harmonie des relations du travail. D'une part, il accordait aux travailleurs d'importantes protections leur permettant de se syndiquer sans crainte d'une intervention injuste de la part des employeurs et leur garantissait le droit de négocier collectivement de bonne foi avec leurs employeurs sans avoir recours à la grève ou d'autres armes économiques. D'autre part, il assurait aux employeurs une certaine stabilité dans leurs relations avec leurs employés syndiqués, tout en dissipant le spectre d'une intervention massive de l'État dans l'économie (Fudge et Glasbeek, p. 370). Ces éléments du décret C.P. 1003 guident encore notre régime des relations du travail (Adams, p. 2-98 et suiv.).

Dans toutes les provinces, à l'exception de la Saskatchewan, la législation s'inspirant de la *Loi Wagner* s'est d'abord appliquée uniquement au secteur privé. Son application ne s'est étendue que plus tard au secteur public. Entre 1965 et 1973, des lois conférant des protections aux travailleurs des secteurs publics ont été adoptées d'un bout à l'autre du pays. (Fudge et Glasbeek, p. 384; voir aussi J. R. Calvert, « Collective Bargaining in the Public Sector in Canada : Teething Troubles or Genuine Crisis? » (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.) Toutefois, les droits conférés aux employés du secteur public restaient plus limités que ceux des travailleurs du secteur privé :

[TRADUCTION] Certains employés ne sont pas autorisés à négocier certaines questions, pour certains autres, la seule alternative à la grève est une sentence arbitrale obligatoire, d'autres encore n'ont aucun droit de grève. Par ailleurs, les gouvernements se sont réservé le droit de décider, même lorsque l'unité de négociation du secteur public a le droit de grève, que certains de ses membres doivent être désignés comme travailleurs affectés aux services essentiels, c'est-à-dire, des travailleurs qui doivent continuer de fournir des services gouvernementaux pendant que leurs collègues appartenant à la même unité de négociation sont en grève licite. De plus, du fait que le gouvernement se donne le droit et le devoir

trade union's previously granted strike rights. In the same vein, a government can always argue that, whatever collective bargaining rights its workers have, these can justifiably be curtailed to allow the government, not just to continue to deliver services, but also to pursue a major policy, such as the reduction of inflation or the balancing of the budget.

(Fudge and Glasbeek, at p. 385)

Moreover, on many occasions (and with increasing frequency during the 1980s and 1990s), governments used legislation to impose unilaterally upon their own employees specific conditions of employment, in most cases related to wages (J. B. Rose, "Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation" (2004), 59 *IR* 271, at p. 275).

In summary, workers in Canada began forming collectives to bargain over working conditions with their employers as early as the 18th century. However, the common law cast a shadow over the rights of workers to act collectively. When Parliament first began recognizing workers' rights, trade unions had no express statutory right to negotiate collectively with employers. Employers could simply ignore them. However, workers used the powerful economic weapon of strikes to gradually force employers to recognize unions and to bargain collectively with them. By adopting the *Wagner Act* model, governments across Canada recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment. This legislation confirmed what the labour movement had been fighting for over centuries and what it had access to in the laissez-faire era through the use of strikes — the right to collective bargaining with employers.

(iv) Collective Bargaining in the *Charter* Era

At the time the *Charter* was enacted in 1982, collective bargaining had a long tradition in Canada

de continuer à veiller au bien-être de la population, il devient facile d'adopter des lois qui suspendent ou suppriment l'exercice du droit de grève déjà reconnu aux syndicats. Dans le même ordre d'idée, le gouvernement peut toujours prétendre qu'il est justifié de limiter les droits de ses fonctionnaires à la négociation collective — quels qu'ils soient — non seulement pour lui permettre de continuer à offrir des services, mais également pour appliquer une politique importante, comme la réduction de l'inflation ou l'équilibre budgétaire.

(Fudge et Glasbeek, p. 385)

62 Par ailleurs, les gouvernements ont à plusieurs reprises (et de plus en plus durant les années 1980 et 1990) pris des mesures législatives pour imposer unilatéralement à leurs propres employés des conditions d'emploi précises, généralement liées au salaire (J. B. Rose, « Public Sector Bargaining : From Retrenchment to Consolidation » (2004), 59 *RI* 271, p. 275).

63 Bref, dès le 18e siècle, les travailleurs canadiens ont commencé à se regrouper pour négocier leurs conditions de travail avec leurs employeurs. La common law laisse toutefois les droits des travailleurs d'agir collectivement dans une zone d'ombre. Lorsque le Parlement a commencé à reconnaître les droits des travailleurs, la loi ne conférait pas expressément aux syndicats le droit de négocier collectivement avec les employeurs. Ceux-ci pouvaient simplement les ignorer. Toutefois, les travailleurs ont utilisé une arme économique puissante — la grève — pour forcer graduellement les employeurs à reconnaître les syndicats et à négocier collectivement avec eux. En adoptant un modèle fondé sur la *Loi Wagner*, les gouvernements de l'ensemble du pays ont reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail. Ces dispositions législatives ont confirmé la validité de l'objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant la période de laissez-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs.

(iv) Négociation collective à l'ère de la *Charte*

64 Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte* en 1982, la négociation collective était depuis

and was recognized as part of freedom of association in the labour context. The 1969 Woods Report explained the importance of collective bargaining for our society and the special relationship between collective bargaining and freedom of association:

> Freedom to associate and to act collectively are basic to the nature of Canadian society and are root freedoms of the existing collective bargaining system. Together they constitute freedom of trade union activity: to organize employees, to join with the employer in negotiating a collective agreement, and to invoke economic sanctions, including taking a case to the public in the event of an impasse. . . .
>
> In order to encourage and ensure recognition of the social purpose of collective bargaining legislation as an instrument for the advancement of fundamental freedoms in our industrial society, we recommend that the legislation contain a preamble that would replace the neutral tone of the present statute with a positive commitment to the collective bargaining system. [p. 138]

65 The preamble of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, was later modified, in 1972 (S.C. 1972, c. 18), to express the benefits that collective bargaining brings to society:

> Whereas there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;
>
> And Whereas Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

66 Collective bargaining, despite early discouragement from the common law, has long been recognized in Canada. Indeed, historically, it emerges as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context. In our opinion, the concept of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*

longtemps implantée au Canada et reconnue comme une partie de la liberté d'association dans le contexte des relations du travail. Le Rapport Woods de 1969 explique ainsi l'importance de la négociation collective dans notre société et le rapport particulier qu'entretient la négociation collective avec la liberté d'association :

> Les libertés d'association et d'action collective sont des valeurs fondamentales de la société canadienne et sont à la base du régime actuel de négociation collective. Leur réunion donne aux syndicats la liberté de grouper les travailleurs en association, de négocier avec l'employeur une convention collective et de recourir à des sanctions économiques, et même d'en appeler à l'opinion publique en cas d'impasse. . .
>
> Il faut encourager et assurer la reconnaissance du rôle social de la législation en matière de négociation collective comme instrument de progrès des libertés fondamentales de notre société industrielle. Nous recommandons en conséquence, l'insertion, dans la législation, d'un préambule qui, rompant avec l'allure plutôt neutre de la loi actuelle, dénoterait une attitude positive à l'égard de la négociation collective. [p. 152-153]

Le préambule du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, a ensuite été modifié, en 1972 (S.C. 1972, ch. 18), de façon à proclamer les avantages de la négociation collective pour la société :

> Considérant qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;
>
> Considérant que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations industrielles fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations du travail;

Malgré les réticences exprimées à l'origine par la common law, la négociation collective est reconnue depuis longtemps au Canada. Son histoire démontre qu'elle représente la plus importante activité collective et que la liberté d'association s'exprime par son intermédiaire dans le contexte des relations du travail. Nous estimons alors que le concept de la

includes this notion of a procedural right to collective bargaining.

This established Canadian right to collective bargaining was recognized in the Parliamentary hearings that took place before the adoption of the *Charter*. The acting Minister of Justice, Mr. Robert Kaplan, explained why he did not find necessary a proposed amendment to have the freedom to organize and bargain collectively expressly included under s. 2(*d*). These rights, he stated, were already implicitly recognized in the words "freedom of association":

> Our position on the suggestion that there be specific reference to freedom to organize and bargain collectively is that that is already covered in the freedom of association that is provided already in the Declaration or in the Charter; and that by singling out association for bargaining one might tend to d[i]minish all the other forms of association which are contemplated — church associations; associations of fraternal organizations or community organizations.

(Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 69-70)

The protection enshrined in s. 2(*d*) of the *Charter* may properly be seen as the culmination of a historical movement towards the recognition of a procedural right to collective bargaining.

(b) *International Law Protects Collective Bargaining as Part of Freedom of Association*

Under Canada's federal system of government, the incorporation of international agreements into domestic law is properly the role of the federal Parliament or the provincial legislatures. However, Canada's international obligations can assist courts charged with interpreting the *Charter*'s guarantees (see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 46). Applying

liberté d'association prévue à l'al. 2*d*) de la *Charte* comprend cette notion d'un droit procédural à la négociation collective.

67 Ce droit canadien de négociation collective bien établi a été reconnu lors des audiences parlementaires qui se sont déroulées avant l'adoption de la *Charte*. À cette occasion, le ministre suppléant de la Justice, M. Robert Kaplan, a expliqué pourquoi il n'a pas jugé nécessaire un projet d'amendement visant à inclure expressément dans l'al. 2*d*) la liberté de se syndiquer et de mener des négociations collectives. Ces droits, a-t-il déclaré, étaient déjà implicitement reconnus dans l'expression « liberté d'association » :

> Pour ce qui est de la proposition d'inclure un article qui traite tout particulièrement de la liberté d'association et du droit à la négociation collective, nous pensons que ces deux points sont couverts par les termes « libertés d'association », qui figurent dans la charte. En créant un article à part qui traiterait du droit à la négociation collective, cela pourrait amoindrir l'importance des autres types d'associations, comme les associations religieuses, fraternelles ou communautaires.

(*Procès-verbaux et témoignages* du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 69-70)

68 On peut à juste titre considérer la protection consacrée à l'al. 2*d*) de la *Charte* comme l'aboutissement d'un mouvement historique vers la reconnaissance d'un droit procédural de négocier collectivement.

b) *Le droit international protège la négociation collective en tant que partie inhérente à la liberté d'association*

69 Dans le système fédéral canadien, il revient au Parlement fédéral et aux législatures provinciales d'incorporer les accords internationaux au droit interne. L'examen des obligations internationales du Canada peut toutefois aider les tribunaux chargés d'interpréter les garanties de la *Charte* (voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 46). L'application de cet outil d'interprétation

this interpretive tool here supports recognizing a process of collective bargaining as part of the *Charter*'s guarantee of freedom of association.

70 Canada's adherence to international documents recognizing a right to collective bargaining supports recognition of the right in s. 2(*d*) of the *Charter*. As Dickson C.J. observed in the *Alberta Reference*, at p. 349, the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified.

71 The sources most important to the understanding of s. 2(*d*) of the *Charter* are the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3 ("*ICESCR*"), the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("*ICCPR*"), and the International Labour Organization's (ILO's) *Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*, 68 U.N.T.S. 17 ("*Convention No. 87*"). Canada has endorsed all three of these documents, acceding to both the *ICESCR* and the *ICCPR*, and ratifying *Convention No. 87* in 1972. This means that these documents reflect not only international consensus, but also principles that Canada has committed itself to uphold.

72 The *ICESCR*, the *ICCPR* and *Convention No. 87* extend protection to the functioning of trade unions in a manner suggesting that a right to collective bargaining is part of freedom of association. The interpretation of these conventions, in Canada and internationally, not only supports the proposition that there is a right to collective bargaining in international law, but also suggests that such a right should be recognized in the Canadian context under s. 2(*d*).

73 Article 8, para. 1(*c*) of the *ICESCR* guarantees the "right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of

en l'espèce milite en faveur de la reconnaissance du processus de négociation collective comme partie inhérente à la liberté d'association garantie par la *Charte*.

L'adhésion du Canada à des instruments internationaux reconnaissant l'existence du droit de négocier collectivement appuie la thèse que ce droit est protégé à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 349, il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne.

Pour l'interprétation de l'al. 2*d*) de la *Charte*, les textes les plus utiles sont le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3 (« *PIDESC* »), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« *PIDCP* »), et la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« *Convention n° 87* »), adoptée par l'Organisation internationale du Travail (« OIT »). Le Canada a entériné ces trois documents, en adhérant au *PIDESC* et au *PIDCP*, et en ratifiant la *Convention n° 87* en 1972. Cela signifie que ces documents dégagent non seulement le consensus international, mais aussi des principes que le Canada s'est lui-même engagé à respecter.

Le *PIDESC*, le *PIDCP* et la *Convention n° 87* accordent une protection aux activités des syndicats d'une manière qui permet de croire que le droit de négociation collective est compris dans la liberté d'association. L'interprétation de ces instruments, au Canada et à l'étranger, permet non seulement de confirmer l'existence d'un droit de négociation collective en droit international, mais tend également à indiquer qu'il y a lieu de reconnaître ce droit dans le contexte canadien en vertu de l'al. 2*d*).

L'article 8, par. 1*c*) du *PIDESC* garantit le « droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires dans une so[c]iété démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre

others". This Article allows the "free functioning" of trade unions to be regulated, but not legislatively abrogated (*per* Dickson C.J., *Alberta Reference*, at p. 351). Since collective bargaining is a primary function of a trade union, it follows that Article 8 protects a union's freedom to pursue this function freely.

Similarly, Article 22, para. 1 of the *ICCPR* states that "[e]veryone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests." Paragraph 2 goes on to say that no restriction may be placed on the exercise of this right, other than those necessary in a free and democratic society for reasons of national security, public safety, public order, public health or the protection of the rights of others. This Article has been interpreted to suggest that it encompasses both the right to form a union and the right to collective bargaining: *Concluding observations of the Human Rights Committee — Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

Convention No. 87 has also been understood to protect collective bargaining as part of freedom of association. Part I of the Convention, entitled "Freedom of Association", sets out the rights of workers to freely form organizations which operate under constitutions and rules set by the workers and which have the ability to affiliate internationally. Dickson C.J., dissenting in the *Alberta Reference*, at p. 355, relied on *Convention No. 87* for the principle that the ability "to form and organize unions, even in the public sector, must include freedom to pursue the essential activities of unions, such as collective bargaining and strikes, subject to reasonable limits".

Convention No. 87 has been the subject of numerous interpretations by the ILO's Committee on Freedom of Association, Committee of Experts

public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui ». Cette disposition permet de réglementer les activités « exercées librement » par les syndicats, et non de les abroger par voie législative (le juge en chef Dickson, *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 351). La négociation collective étant l'une des principales activités d'un syndicat, il s'ensuit que l'art. 8 protège la liberté reconnue aux syndicats d'exercer sans entrave cette activité.

74 De même, l'article 22, par. 1 du *PIDCP* prévoit : « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts. » Le deuxième paragraphe du même article mentionne aussi que l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont nécessaires dans une société libre et démocratique, pour des raisons de sécurité nationale, de sûreté publique, d'ordre public, de santé publique ou pour protéger les droits d'autrui. L'interprétation donnée à cette disposition tend à indiquer qu'elle englobe tant le droit de former un syndicat que celui de négocier collectivement : *Observations finales du Comité des droits de l'homme — Canada*, N.U. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

75 La *Convention n^{o} 87* a elle aussi été interprétée comme ayant pour effet de protéger la négociation collective dans le cadre de la liberté d'association. La partie I de la convention, « Liberté syndicale », établit le droit des travailleurs de constituer librement des organisations qui sont régies par des statuts et règlements administratifs élaborés par les travailleurs et qui peuvent s'affilier à des organisations internationales. Dans ses motifs dissidents dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 355, le juge en chef Dickson s'est appuyé sur la *Convention n^{o} 87* pour énoncer le principe que « la liberté de constituer et d'organiser des syndicats doit, même dans le secteur public, comprendre la liberté d'exercer les activités essentielles des syndicats, telles la négociation collective et la grève, sous réserve de limites raisonnables ».

76 La *Convention n^{o} 87* a été fréquemment interprétée par le Comité de la liberté syndicale, la Commission d'experts et des Commissions

and Commissions of Inquiry. These interpretations have been described as the "cornerstone of the international law on trade union freedom and collective bargaining": M. Forde, "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, at p. 302. While not binding, they shed light on the scope of s. 2(*d*) of the *Charter* as it was intended to apply to collective bargaining: *Dunmore*, at paras. 16 and 27, *per* Bastarache J., applying the jurisprudence of the ILO's Committee of Experts and Committee on Freedom of Association.

d'enquête de l'OIT. Ces interprétations ont été décrites comme constituant la [TRADUCTION] « pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale et de négociation collective » : M. Forde, « The European Convention on Human Rights and Labor Law » (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, p. 302. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes, elles clarifient la portée de l'al. 2*d*) de la *Charte* tel qu'il est censé s'appliquer à la négociation collective : *Dunmore*, par. 16 et 27, où le juge Bastarache a appliqué la jurisprudence de la Commission d'experts et du Comité de la liberté syndicale de l'OIT.

77 A recent review by ILO staff summarized a number of principles concerning collective bargaining. Some of the most relevant principles in international law are summarized in the following terms (see B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Int'l Lab. Rev.* 33, at pp. 51-52):

Une étude récente effectuée par des membres du personnel de l'OIT résume plusieurs principes régissant la négociation collective. Certains des principes pertinents du droit international sont exprimés en ces termes (voir B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, p. 55-57) :

A. The right to collective bargaining is a fundamental right endorsed by the members of the ILO in joining the Organization, which they have an obligation to respect, to promote and to realize, in good faith (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up).

A. Le droit de négociation collective est un droit fondamental accepté par les Membres de l'OIT du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, qu'ils ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi (Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi).

. . .

D. The purpose of collective bargaining is the regulation of terms and conditions of employment, in a broad sense, and the relations between the parties.

D. La négociation collective a pour objet les conditions de travail et d'emploi au sens large et la régulation des relations entre les parties.

. . .

H. The principle of good faith in collective bargaining implies recognizing representative organizations, endeavouring to reach an agreement, engaging in genuine and constructive negotiations, avoiding unjustified delays in negotiation and mutually respecting the commitments entered into, taking into account the results of negotiations in good faith.

H. Le principe de la bonne foi dans la négociation collective implique les points suivants : reconnaître les organisations représentatives, faire des efforts pour parvenir à un accord, procéder à des négociations véritables et constructives, éviter des retards injustifiés dans la négociation et respecter réciproquement les engagements pris et les résultats obtenus grâce à des négociations de bonne foi.

I. In view of the fact that the voluntary nature of collective bargaining is a fundamental aspect of the principles of freedom of association, collective bargaining may not be imposed upon the parties and

I. Le caractère volontaire de la négociation collective étant un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale, la négociation collective ne peut être imposée aux parties et les mécanismes destinés

procedures to support bargaining must, in principle, take into account its voluntary nature; moreover, the level of bargaining must not be imposed unilaterally by law or by the authorities, and it must be possible for bargaining to take place at any level.

J. It is acceptable for conciliation and mediation to be imposed by law in the framework of the process of collective bargaining, provided that reasonable time limits are established. However, the imposition of compulsory arbitration in cases where the parties do not reach agreement is generally contrary to the principle of voluntary collective bargaining and is only admissible: [cases of essential services, administration of the State, clear deadlock, and national crisis].

K. Interventions by the legislative or administrative authorities which have the effect of annulling or modifying the content of freely concluded collective agreements, including wage clauses, are contrary to the principle of voluntary collective bargaining. These interventions include: the suspension or derogation of collective agreements by decree without the agreement of the parties; the interruption of agreements which have already been negotiated; the requirement that freely concluded collective agreements be renegotiated; the annulment of collective agreements; and the forced renegotiation of agreements which are currently in force. Other types of intervention, such as the compulsory extension of the validity of collective agreements by law are only admissible in cases of emergency and for short periods.

L. Restrictions on the content of future collective agreements . . . are admissible only in so far as such restrictions are preceded by consultations with the organizations of workers and employers and fulfil the following conditions: [restrictions are exceptional measures; of limited duration; include protection for workers' standards of living].

(See also, M. Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public* (1989), at pp. 26-29.)

The fact that a global consensus on the meaning of freedom of association did not crystallize in the *Declaration on fundamental principles and rights at work*, 6 IHRR 285 (1999), until 1998 does not detract from its usefulness in interpreting s. 2(*d*) of the *Charter*. For one thing, the Declaration was made on the basis of interpretations of international instruments, such as *Convention No. 87*, many of

à faciliter la négociation doivent avoir en principe un caractère volontaire. Cependant, le niveau des négociations ne doit pas être imposé unilatéralement par la législation ou les autorités, car les négociations doivent pouvoir avoir lieu à quelque niveau que ce soit.

J. La conciliation et la médiation imposées par la législation dans le cadre du processus de négociation collective sont admissibles à condition de s'inscrire dans des délais raisonnables. En revanche, l'arbitrage obligatoire au cas où les parties n'arrivent pas à un accord est en règle générale contraire au principe de la négociation collective volontaire et il est uniquement admissible : [lorsqu'il s'agit de services essentiels, de l'administration de l'État, d'une impasse évidente et d'une crise nationale].

K. Sont contraires au principe de la négociation collective volontaire les interventions des autorités législatives ou administratives qui ont pour effet d'annuler ou de modifier le contenu des conventions collectives librement conclues, y compris le contenu des clauses concernant les salaires. Ces interventions peuvent comprendre la suspension ou l'abrogation par voie de décret, sans l'accord des parties, de conventions collectives; l'interruption de conventions préalablement négociées; l'exigence de renégocier des conventions librement convenues; l'annulation de conventions collectives et la renégociation forcée de conventions en vigueur. D'autres types d'intervention, telle que la prolongation obligatoire de la validité des conventions collectives par voie légale, ne sont admissibles que dans des cas d'urgence et pour des périodes brèves.

L. Les limitations au contenu des négociations collectives futures [. . .] sont admissibles dans la mesure où de telles limitations sont précédées de consultations avec les organisations de travailleurs et d'employeurs et remplissent les conditions suivantes : [elles s'appliquent à titre exceptionnel; ont une durée limitée; prévoient des garanties destinées à protéger le niveau de vie des travailleurs].

(Voir également M. Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public* (1989), p. 26-29.)

78

Le fait que le consensus obtenu à l'échelle internationale au sujet de la liberté d'association n'ait pas été confirmé dans la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 6 IHRR 285 (1999), avant 1998 n'enlève rien à son utilité pour l'interprétation de l'al. 2*d*) de la *Charte*. D'une part, la Déclaration a été conçue selon les interprétations d'instruments internationaux, par exemple

which were adopted by the ILO prior to the advent of the *Charter* and were within the contemplation of the framers of the *Charter*. For another, the *Charter*, as a living document, grows with society and speaks to the current situations and needs of Canadians. Thus Canada's *current* international law commitments and the current state of international thought on human rights provide a persuasive source for interpreting the scope of the *Charter*.

79 In summary, international conventions to which Canada is a party recognize the right of the members of unions to engage in collective bargaining, as part of the protection for freedom of association. It is reasonable to infer that s. 2(*d*) of the *Charter* should be interpreted as recognizing at least the same level of protection: *Alberta Reference*.

(c) *Charter Values Support Protecting a Process of Collective Bargaining Under Section 2(d)*

80 Protection for a process of collective bargaining within s. 2(*d*) is consistent with the *Charter*'s underlying values. The *Charter*, including s. 2(*d*) itself, should be interpreted in a way that maintains its underlying values and its internal coherence. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 365-66:

> Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, *supra*).
>
> (See also *Big M Drug Mart*, at p. 344, and *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 63.)

la *Convention n° 87*, dont bon nombre ont été adoptés par l'OIT avant l'avènement de la *Charte* et pris en considération par ses rédacteurs. D'autre part, la *Charte*, en tant qu'instrument vivant, évolue avec la société et s'adresse aux situations et besoins actuels des Canadiens. Ainsi les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte*.

En bref, les accords internationaux auxquels le Canada est partie reconnaissent que le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives bénéficie de la protection accordée à la liberté d'association. Il est donc raisonnable d'inférer que l'al. 2*d*) de la *Charte* confère au moins le même degré de protection à ce droit : le *Renvoi relatif à l'Alberta*.

c) *Les valeurs exprimées dans la Charte confirment la protection du processus de négociation collective dans le cadre de l'al. 2d)*

La protection du processus de négociation collective dans le cadre de l'al. 2*d*) est compatible avec les valeurs fondamentales de la *Charte*. Il faut interpréter la *Charte*, y compris l'al. 2*d*) lui-même, d'une manière qui préserve ses valeurs sous-jacentes et sa cohérence interne. Comme l'a écrit le juge Lamer dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 365-366 :

> Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où « chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments » (comme l'écrit P. A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. c. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. c. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, précité).
>
> (Voir également *Big M Drug Mart*, p. 344, et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 63.)

Human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy are among the values that underlie the *Charter*: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 100; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. All of these values are complemented and indeed, promoted, by the protection of collective bargaining in s. 2(*d*) of the *Charter*.

The right to bargain collectively with an employer enhances the human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby gain some control over a major aspect of their lives, namely their work (see *Alberta Reference*, at p. 368, and *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 93). As explained by P. C. Weiler in *Reconcilable Differences* (1980):

> Collective bargaining is not simply an instrument for pursuing external ends, whether these be mundane monetary gains or the erection of a private rule of law to protect the dignity of the worker in the face of managerial authority. Rather, collective bargaining is intrinsically valuable as an experience in self-government. It is the mode in which employees participate in setting the terms and conditions of employment, rather than simply accepting what their employer chooses to give them . . . . [p. 33]

In *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, we underlined the importance of protecting workers' autonomy:

> Personal issues at stake in labour disputes often go beyond the obvious issues of work availability and wages. Working conditions, like the duration and location of work, parental leave, health benefits, severance and retirement schemes, may impact on the personal lives of workers even outside their working hours. Expression on these issues contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one's working and non-working life. [para. 34]

La dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie font partie des valeurs inhérentes à la *Charte* : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 100; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Assurer la protection de la négociation collective au moyen de l'al. 2*d*) de la *Charte* permet de compléter, même de promouvoir, toutes ces valeurs. 81

Le droit de négocier collectivement avec l'employeur favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en leur donnant l'occasion d'exercer une influence sur l'adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir leur travail (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368, et *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93). Le professeur P. C. Weiler a commenté cet aspect du droit à la négociation collective dans son ouvrage *Reconcilable Differences* (1980) : 82

> [TRADUCTION] La négociation collective ne constitue pas simplement un moyen de poursuivre des fins extrinsèques, qu'il s'agisse des avantages pécuniaires habituels ou de règles de droit privées établies pour protéger la dignité du travailleur face au pouvoir de gestion. Elle est plutôt intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie. Elle constitue le mode par lequel les employés jouent un rôle dans l'établissement des conditions de travail au lieu de simplement accepter celles que l'employeur décide d'offrir . . . [p. 33]

Dans *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, nous avons souligné l'importance de protéger l'autonomie des travailleurs : 83

> Les questions personnelles en jeu dans les conflits de travail transcendent souvent les problèmes usuels de possibilités d'emploi et de détermination des salaires. Les conditions de travail comme la durée et le lieu du travail, les congés parentaux, les prestations de maladie, les caisses de départ et les régimes de retraite peuvent avoir une incidence sur la vie personnelle des travailleurs, même en dehors de leurs heures de travail. L'expression d'opinion sur ces questions contribue à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail. [par. 34]

84 Collective bargaining also enhances the *Charter* value of equality. One of the fundamental achievements of collective bargaining is to palliate the historical inequality between employers and employees: see *Wallace*, *per* Iacobucci J. In 1889, the Royal Commission on Capital and Labour appointed by the Macdonald government to make inquiries into the subject of labour and its relation to capital, stated that "Labour organizations are necessary to enable working men to deal on equal terms with their employers" (quoted in Glenday and Schrenk, at p. 121; see also G. Kealey, ed., *Canada investigates industrialism: The Royal Commission on the Relations of Labor and Capital, 1889 (abridged)* (1973), at p. 11). Similarly, Dickson C.J. rightly emphasized this concern about equality in the *Alberta Reference*:

> Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:
>
> > Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .
> >
> > The "necessities of the situation" go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees. [pp. 334-35]

La négociation collective favorise également la réalisation de la valeur d'égalité consacrée par la *Charte*. L'un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective est de pallier l'inégalité qui a toujours existé entre employeur et employés : voir *Wallace*, le juge Iacobucci. En 1889, la Commission royale sur les relations entre le capital et le travail, nommée par le gouvernement Macdonald pour faire une enquête sur la question du travail et ses relations avec le capital, a déclaré que « [l]es associations ouvrières sont nécessaires afin de permettre aux ouvriers de traiter avec leurs patrons sur un pied d'égalité » (*Rapport de la Commission royale sur les relations du travail avec le capital du Canada* (1889), p. 9 (cité dans Glenday et Schrenk, p. 121)). De même, le juge en chef Dickson a souligné à juste titre cette préoccupation en matière d'égalité dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* :

> La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33 :
>
> > [TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuni quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .
> >
> > Il va sans dire que l'« urgence de la situation » signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d'ordre pécuniaire et qu'elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l'égalité des sexes et d'autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés. [p. 334-335]

Finally, a constitutional right to collective bargaining is supported by the *Charter* value of enhancing democracy. Collective bargaining permits workers to achieve a form of workplace democracy and to ensure the rule of law in the workplace. Workers gain a voice to influence the establishment of rules that control a major aspect of their lives (*Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 260-61, *per* Wilson J.; *Alberta Reference*, at p. 369; *Dunmore*, at paras. 12 and 46; Weiler, at pp. 31-32). The 1969 Woods Report explained:

> One of the most cherished hopes of those who originally championed the concept of collective bargaining was that it would introduce into the work place some of the basic features of the political democracy that was becoming the hallmark of most of the western world. Traditionally referred to as industrial democracy, it can be described as the substitution of the rule of law for the rule of men in the work place. [p. 96]

(See also Klare (quoted at para. 57 above).)

We conclude that the protection of collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter* is consistent with and supportive of the values underlying the *Charter* and the purposes of the *Charter* as a whole. Recognizing that workers have the right to bargain collectively as part of their freedom to associate reaffirms the values of dignity, personal autonomy, equality and democracy that are inherent in the *Charter*.

(3) Section 2(*d*) of the *Charter* and the Right to Collective Bargaining

The preceding discussion leads to the conclusion that s. 2(*d*) should be understood as protecting the right of employees to associate for the purpose of advancing workplace goals through a process of collective bargaining. The next question is what this right entails for employees, for government employers subject to the *Charter* under s. 32, and for Parliament and provincial legislatures which adopt labour laws.

Enfin, la valeur qu'attache la *Charte* au renforcement de la démocratie appuie la thèse de l'existence d'un droit constitutionnel de négocier collectivement. En effet, la négociation collective permet aux travailleurs de parvenir à une forme de démocratie et de veiller à la primauté du droit en milieu de travail. Ils acquièrent voix au chapitre pour l'établissement des règles qui régissent un aspect majeur de leur vie (*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 260-261 (motifs de la juge Wilson); *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 369; *Dunmore*, par. 12 et 46; Weiler, p. 31-32). Le Rapport Woods de 1969 explique :

> L'un des grands espoirs des pionniers de la négociation collective était qu'elle fit passer dans les lieux de travail quelques-uns des aspects fondamentaux de cette démocratie politique qui était en train de devenir le cachet du monde occidental. C'est ce que, traditionnellement, on a appelé la démocratie économique, et on peut la décrire comme étant la substitution de la raison juridique aux passions humaines sur le lieu de travail. [p. 107]

(Voir aussi Klare (cité au par. 57 ci-dessus).)

Nous concluons que la protection de la négociation collective garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* est compatible avec les valeurs reconnues par la *Charte* et avec l'ensemble de ses objectifs, et qu'elle confirme ces valeurs. Reconnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, intrinsèques à la *Charte*.

(3) L'alinéa 2*d*) de la *Charte* et le droit de négocier collectivement

L'analyse qui précède mène à la conclusion que l'al. 2*d*) devrait être interprété comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs relatifs au milieu de travail par un processus de négociation collective. Il s'agit ensuite de déterminer la signification de ce droit pour les employés, les employeurs du secteur public assujettis à la *Charte* en raison de l'art. 32 ainsi que pour le Parlement et les législatures provinciales qui adoptent des lois en matière de relations du travail.

88 Before going further, it may be useful to clarify who the s. 2(*d*) protection of collective bargaining affects, and how. The *Charter* applies only to state action. One form of state action is the passage of legislation. In this case, the legislature of British Columbia has passed legislation applying to relations between health care sector employers and the unions accredited to those employers. That legislation must conform to s. 2(*d*) of the *Charter*, and is void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* if it does not (in the absence of justification under s. 1 of the *Charter*). A second form of state action is the situation where the government is an employer. While a private employer is not bound by s. 2(*d*), the government as employer must abide by the *Charter*, under s. 32, which provides: "This Charter applies . . . (*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province." This case is concerned with an attack on government legislation; there is no allegation that the government of British Columbia, *qua* employer, violated s. 2(*d*) of the *Charter*.

89 The scope of the right to bargain collectively ought to be defined bearing in mind the pronouncements of *Dunmore*, which stressed that s. 2(*d*) does not apply solely to individual action carried out in common, but also to associational activities themselves. The scope of the right properly reflects the history of collective bargaining and the international covenants entered into by Canada. Based on the principles developed in *Dunmore* and in this historical and international perspective, the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. In brief, the protected activity might be described as employees banding together to achieve particular work-related objectives. Section 2(*d*) does not guarantee the particular objectives sought through this associational activity. However, it guarantees the process through which those goals are pursued. It means that employees have the right to unite, to present

Il peut être utile, avant d'aller plus loin, de préciser qui est touché par la protection de la négociation collective garantie par l'al. 2*d*) et de quelle manière elle l'affecte. La *Charte* s'applique seulement à l'acte de l'État. Une forme d'acte de l'État est l'adoption de textes législatifs. En l'espèce, la législature de la Colombie-Britannique a adopté une loi régissant les relations entre les employeurs du secteur de la santé et les syndicats accrédités auprès d'eux. Cette loi doit être compatible avec l'al. 2*d*) de la *Charte*, sinon elle est inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (en l'absence de justification selon l'article premier de la *Charte*). Une deuxième forme d'acte de l'État concerne le cas où le gouvernement est l'employeur. Un employeur du secteur privé n'est pas lié par l'al. 2*d*) alors que le gouvernement en tant qu'employeur doit se conformer à la *Charte* en vertu de l'art. 32, qui prévoit : « La présente charte s'applique [. . .] *b*) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. » Il s'agit en l'espèce de la contestation d'une loi gouvernementale; il n'est pas allégué que le gouvernement de la Colombie-Britannique, en tant qu'employeur, a violé l'al. 2*d*) de la *Charte*.

La portée du droit de négociation collective doit être définie compte tenu de *Dunmore*, où la Cour a souligné que l'al. 2*d*) vise non seulement les activités individuelles exercées collectivement, mais aussi les activités associatives elles-mêmes. Elle reflète à juste titre l'histoire de la négociation collective et les pactes internationaux auxquels le Canada est partie. Selon les principes élaborés dans *Dunmore* et dans cette perspective historique et internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail. En bref, on pourrait décrire l'activité protégée comme l'union des efforts des employés pour réaliser des objectifs particuliers liés au travail. L'alinéa 2*d*) ne protège pas les objectifs particuliers que les employés cherchent à atteindre par cette activité associative. Il protège toutefois le processus de réalisation de ces objectifs. Cela signifie que les employés ont

demands to health sector employers collectively and to engage in discussions in an attempt to achieve workplace-related goals. Section 2(*d*) imposes corresponding duties on government employers to agree to meet and discuss with them. It also puts constraints on the exercise of legislative powers in respect of the right to collective bargaining, which we shall discuss below.

le droit de s'unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs du secteur de la santé et de participer à des discussions en vue d'atteindre des objectifs liés au milieu de travail. L'alinéa 2*d*) impose aux employeurs du secteur public des obligations correspondantes d'accepter de rencontrer les employés pour discuter avec eux. Il restreint aussi le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective, question que nous examinerons plus loin.

Section 2(*d*) of the *Charter* does not protect all aspects of the associational activity of collective bargaining. It protects only against "substantial interference" with associational activity, in accordance with a test crafted in *Dunmore* by Bastarache J., which asked whether "excluding agricultural workers from a statutory labour relations regime, without expressly or intentionally prohibiting association, [can] constitute a substantial interference with freedom of association" (para. 23). Or to put it another way, does the state action target or affect the associational activity, "thereby discouraging the collective pursuit of common goals"? (*Dunmore*, at para. 16). Nevertheless, intent to interfere with the associational right of collective bargaining is not essential to establish breach of s. 2(*d*) of the *Charter*. It is enough if the *effect* of the state law or action is to *substantially interfere* with the activity of collective bargaining, thereby discouraging the collective pursuit of common goals. It follows that the state must not substantially interfere with the ability of a union to exert meaningful influence over working conditions through a process of collective bargaining conducted in accordance with the duty to bargain in good faith. Thus the employees' right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer. It requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation.

90 L'alinéa 2*d*) de la *Charte* ne protège pas tous les aspects de l'activité associative liée à la négociation collective. Il protège uniquement contre les « entraves substantielles » à l'activité associative, selon le critère élaboré dans *Dunmore* par le juge Bastarache, qui soulevait la question suivante : « l'exclusion des travailleurs agricoles d'un régime légal des relations de travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l'association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d'association? » (par. 23). En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'acte de l'État vise ou touche l'activité associative, « décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs » (*Dunmore*, par. 16). Il n'est cependant pas nécessaire de démontrer l'intention de porter atteinte au droit d'association lié à la négociation collective pour établir la violation de l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il suffit que la loi ou l'acte de l'État ait pour *effet d'entraver de façon substantielle* l'activité de négociation collective, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs. En conséquence, l'État doit s'abstenir d'empêcher un syndicat d'exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l'entremise d'un processus de négociation collective menée de bonne foi. Le droit des employés de négocier collectivement impose donc à l'employeur des obligations correspondantes. Il implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs.

The right to collective bargaining thus conceived is a limited right. First, as the right is to a process, it does not guarantee a certain substantive or economic outcome. Moreover, the right is to a general

91 Ainsi défini, le droit de négociation collective demeure un droit à portée restreinte. Premièrement, parce qu'il concerne un processus, il ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la

process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method. As P. A. Gall notes, it is impossible to predict with certainty that the present model of labour relations will necessarily prevail in 50 or even 20 years ("Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in J. M. Weiler and R. M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, at p. 248). Finally, and most importantly, the interference, as *Dunmore* instructs, must be substantial — so substantial that it interferes not only with the attainment of the union members' objectives (which is not protected), but with the very process that enables them to pursue these objectives by engaging in meaningful negotiations with the employer.

92 To constitute *substantial interference* with freedom of association, the intent or effect must seriously undercut or undermine the activity of workers joining together to pursue the common goals of negotiating workplace conditions and terms of employment with their employer that we call collective bargaining. Laws or actions that can be characterized as "union breaking" clearly meet this requirement. But less dramatic interference with the collective process may also suffice. In *Dunmore*, denying the union access to the labour laws of Ontario designed to support and give a voice to unions was enough. Acts of bad faith, or unilateral nullification of negotiated terms, without any process of meaningful discussion and consultation may also significantly undermine the process of collective bargaining. The inquiry in every case is contextual and fact-specific. The question in every case is whether the process of voluntary, good faith collective bargaining between employees and the employer has been, or is likely to be, significantly and adversely impacted.

négociation ou à ses effets économiques. Deuxièmement, il confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation. Comme le fait remarquer P. A. Gall, on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations du travail sera celui qui s'imposera dans 50 ou même 20 ans (« Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler and R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248). Enfin, et plus important encore, comme nous l'enseigne l'arrêt *Dunmore*, l'atteinte au droit doit être substantielle, au point de constituer une entrave non seulement à la réalisation des objectifs des syndiqués (laquelle n'est pas protégée), mais aussi au processus même qui leur permet de poursuivre ces objectifs en s'engageant dans de véritables négociations avec l'employeur.

Pour qu'il s'agisse d'une *atteinte substantielle* à la liberté d'association, l'intention ou l'effet doit sérieusement compromettre l'activité des travailleurs qui consiste à se regrouper en vue de réaliser des objectifs communs, c'est-à-dire négocier des conditions de travail et des modalités d'emploi avec leur employeur, une activité qualifiée de négociation collective. Certes, les lois ou les actions pouvant être considérées comme des tactiques destinées à « briser les syndicats » satisfont à cette exigence, mais les entraves moins graves au processus collectif peuvent également suffire pour rendre applicable la garantie du droit d'association. Dans *Dunmore*, empêcher le syndicat de recourir aux lois ontariennes sur les relations du travail visant à appuyer les syndicats et à leur permettre de se faire entendre a suffi. Agir de mauvaise foi ou annuler de façon unilatérale des modalités négociées, sans véritables discussions et consultations, peut aussi grandement saper le processus de négociation collective. Dans tous les cas, une analyse contextuelle et factuelle s'impose et il faut se demander s'il y a eu ou s'il surviendra vraisemblablement des effets négatifs importants sur le processus de négociation collective volontaire menée de bonne foi entre les employés et l'employeur.

Generally speaking, determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries. The first inquiry is into the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, to the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert. The second inquiry is into the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation.

93 De façon générale, pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective protégé par la *Charte* constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions. D'abord, il faut déterminer l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle la capacité des syndiqués d'agir d'une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs est compromise. Puis, on doit étudier l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi.

Both inquiries are necessary. If the matters affected do not substantially impact on the process of collective bargaining, the measure does not violate s. 2(*d*) and, indeed, the employer may be under no duty to discuss and consult. There will be no need to consider process issues. If, on the other hand, the changes substantially touch on collective bargaining, they will still not violate s. 2(*d*) if they preserve a process of consultation and good faith negotiation.

94 Les deux examens s'imposent. Si les aspects touchés n'ont pas de répercussions importantes sur le processus de négociation collective, la mesure n'enfreint pas l'al. 2*d*) et il se peut effectivement que l'employeur n'ait pas l'obligation de tenir des discussions et des consultations. Il ne sera alors pas nécessaire d'examiner les questions relatives au processus. Par ailleurs, les modifications qui ont une profonde incidence sur la négociation collective ne contreviendront pas non plus à l'al. 2*d*) si elles préservent le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi.

Turning to the first inquiry, the essential question is whether the subject matter of a particular instance of collective bargaining is such that interfering with bargaining over that issue will affect the ability of unions to pursue common goals collectively. It may help to clarify why the importance of the subject matter of bargaining is relevant to the s. 2(*d*) inquiry. As we have stated, one requirement for finding a breach of s. 2(*d*) is that the state has "precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals" (*Dunmore*, at para. 16 (emphasis deleted)). Interference with collective bargaining over matters of lesser importance to the union and its capacity to pursue collective goals in concert may be of some significance to workers. However, interference with collective bargaining over these less important matters is more likely to fall short of discouraging the capacity of union members to come together and pursue common goals in

95 Dans le cadre du premier examen, il convient essentiellement de déterminer si l'objet d'une négociation collective particulière est d'importance telle que l'ingérence dans la négociation de cette question nuirait à la capacité des syndicats de poursuivre collectivement des objectifs communs. Il peut être utile de préciser pourquoi l'importance de la question faisant l'objet de la négociation doit être prise en compte lors de cette vérification. Comme nous l'avons déjà dit, pour conclure à une violation de l'al. 2*d*) il faut notamment que l'État ait « empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs » (*Dunmore*, par. 16 (soulignement omis)). L'ingérence dans la négociation collective des sujets de moindre importance pour le syndicat et pour le maintien de sa capacité de poursuivre collectivement des objectifs communs peut avoir un certain degré d'importance pour les travailleurs. Toutefois, il reste plus probable que

concert. Therefore, if the subject matter is of lesser importance to the union, then it is less likely that the s. 2(*d*) right to bargain collectively is infringed. The importance of an issue to the union and its members is not itself determinative, but will bear on the "single inquiry" prescribed in *Dunmore* as it applies in the particular context of collective bargaining: does interference with collective bargaining over certain subject matter affect the ability of the union members to come together and pursue common goals? The more important the matter, the more likely that there is substantial interference with the s. 2(*d*) right. Conversely, the less important the matter to the capacity of union members to pursue collective goals, the less likely that there is substantial interference with the s. 2(*d*) right to collective bargaining.

96 While it is impossible to determine in advance exactly what sorts of matters are important to the ability of union members to pursue shared goals in concert, some general guidance may be apposite. Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about working conditions between employees and their employer may substantially interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify significant negotiated terms in existing collective agreements. By contrast, measures affecting less important matters such as the design of uniform, the lay out and organization of cafeterias, or the location or availability of parking lots, may be far less likely to constitute significant interference with the s. 2(*d*) right of freedom of association. This is because it is difficult to see how interfering with collective bargaining over these matters undermines the capacity of union members to pursue shared goals in concert. Thus, an interference with collective bargaining over these

l'interférence dans la négociation collective de ces sujets de moindre importance ne découragerait pas véritablement les syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre collectivement des objectifs communs. Par conséquent, lorsque le sujet de la négociation porte moins à conséquence pour le syndicat, l'atteinte au droit à un processus de négociation collective prévu par l'al. 2*d*) devient moins probable. L'importance qu'un sujet revêt pour le syndicat et ses membres ne possède pas de caractère déterminant en soi, mais elle influera sur la réponse que recevra la « seule question » à laquelle il faut répondre selon *Dunmore*, dans le contexte particulier de la négociation collective : l'ingérence dans la négociation collective d'un certain sujet nuit-elle à la capacité des syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre des objectifs communs? Plus le sujet de la négociation importe, plus probable deviendra l'existence d'une atteinte substantielle au droit garanti par l'al. 2*d*). Par contre, moins une question a d'incidences sur la capacité des syndiqués de poursuivre des objectifs communs, moins vraisemblable devient la présence d'une atteinte substantielle au droit de négociation collective prévu à l'al. 2*d*).

Bien que la détermination à l'avance des sujets qui influeront sur la capacité des syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs reste impossible, il peut s'avérer utile de donner des orientations sur cette question. Les lois ou les actes de l'État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet des conditions de travail risquent d'interférer de manière substantielle dans l'activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations d'importance significative que prévoient des conventions collectives en vigueur. Par contre, les mesures relatives à des sujets moins importants comme la conception des uniformes, l'aménagement et l'organisation des cafétérias ou bien l'emplacement ou la quantité des espaces de stationnement offerts demeurent beaucoup moins susceptibles de constituer une atteinte substantielle au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2*d*). En effet, on concevrait difficilement qu'une

issues is less likely to meet the requirements set out in *Dunmore* for a breach of s. 2(*d*).

ingérence dans la négociation collective de telles questions pourrait empêcher les syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs. Ainsi, il devient moins probable, selon le critère énoncé dans *Dunmore*, qu'une interférence dans la négociation collective de ces questions constitue une atteinte à l'al. 2*d*).

Where it is established that the measure impacts on subject matter important to collective bargaining and the capacity of the union members to come together and pursue common goals, the need for the second inquiry arises: does the legislative measure or government conduct in issue respect the fundamental precept of collective bargaining — the duty to consult and negotiate in good faith? If it does, there will be no violation of s. 2(*d*), even if the content of the measures might be seen as being of substantial importance to collective bargaining concerns, since the process confirms the associational right of collective bargaining.

97 S'il est établi que la mesure a des incidences sur un sujet d'importance pour le droit à un processus de négociation collective et pour la capacité des syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre des objectifs communs, on doit alors passer au second examen, pour déterminer si la mesure législative ou la conduite de l'État en cause respectent le précepte fondamental de la négociation collective — l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Dans l'affirmative, on ne conclura pas à une violation de l'al. 2*d*), même si la mesure, en elle-même, peut sembler de grande importance pour le processus de négociation collective, car le processus confirme le droit associatif des employés à un processus de négociation collective.

Consideration of the duty to negotiate in good faith which lies at the heart of collective bargaining may shed light on what constitutes improper interference with collective bargaining rights. It is worth referring again to principle H of the ILO principles concerning collective bargaining, which emphasizes the need for good faith in upholding the right to collective bargaining and in the course of collective bargaining. Principle H thus states:

98 L'examen de l'obligation de négocier de bonne foi, qui se trouve au cœur de la négociation collective, permet de mieux cerner la notion d'ingérence indue dans le droit de négociation collective. Il vaut la peine de se référer de nouveau au principe H de l'OIT sur la négociation collective, qui souligne la nécessité de la bonne foi pour faire respecter le droit de négociation collective et son importance dans le déroulement des négociations collectives. Ce principe H est ainsi formulé :

The principle of good faith in collective bargaining implies recognizing representative organizations, endeavouring to reach an agreement, engaging in genuine and constructive negotiations, avoiding unjustified delays in negotiation and mutually respecting the commitments entered into, taking into account the results of negotiations in good faith.

Le principe de la bonne foi dans la négociation collective implique les points suivants : reconnaître les organisations représentatives, faire des efforts pour parvenir à un accord, procéder à des négociations véritables et constructives, éviter des retards injustifiés dans la négociation et respecter réciproquement les engagements pris et les résultats obtenus grâce à des négociations de bonne foi.

Consistent with this, the *Canada Labour Code* and legislation from all provinces impose on employers and unions the right and duty to bargain in good faith (see generally Adams, at pp. 10-91 and 10-92). The duty to bargain in good faith under

99 Conformément à ce principe, le *Code canadien du travail* et les lois de chaque province confèrent le droit et imposent l'obligation aux employeurs et aux syndicats de négocier de bonne foi (voir, en général, Adams, p. 10-91 et 10-92). L'obligation de négocier

labour codes is essentially procedural and does not dictate the content of any particular agreement achieved through collective bargaining. The duty to bargain is aimed at bringing the parties together to meet and discuss, but as illustrated by Senator Walsh, chairman of the Senate committee hearing on the *Wagner Act*, the general rule is that: "The bill does not go beyond the office door." (Remarks of Senator Walsh, 79 Cong. Rec. 7659; see F. Morin, J.-Y. Brière and D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3rd ed. 2006), at pp. 1026-27.)

de bonne foi prévue dans les codes du travail possède une nature essentiellement procédurale et ne dicte pas le contenu des ententes susceptibles d'être conclues à l'issue d'une négociation collective. Elle vise à réunir les parties autour de la table pour discuter mais, comme l'illustrent ces remarques du sénateur Walsh, président du comité sénatorial sur la *Loi Wagner*, selon la règle générale : [TRADUCTION] « La loi ne fait que conduire les représentants syndicaux à la porte de l'employeur. » (Remarques du sénateur Walsh, 79 Cong. Rec. 7659; voir F. Morin, J.-Y. Brière et D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3e éd. 2006), p. 1026-1027.)

100 A basic element of the duty to bargain in good faith is the obligation to actually meet and to commit time to the process (Carter et al., at p. 301). As explained by Adams:

> The failure to meet at all is, of course, a breach of the duty. . . . A refusal to meet unless certain procedural preconditions are met is also a breach of the duty.
>
> . . .
>
> A failure to make the commitment of time and preparation required to attempt to conclude an agreement is a failure to make reasonable efforts. [pp. 10-101 and 10-106]

L'un des éléments fondamentaux de l'obligation de négocier de bonne foi consiste en l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus (Carter et autres, p. 301). Comme l'explique Adams :

> [TRADUCTION] L'absence de toute rencontre constitue, évidemment, un manquement à l'obligation [. . .] Sauf dans les cas où certaines conditions préalables sont remplies, le refus d'assister à une rencontre constitue également un manquement à l'obligation.
>
> . . .
>
> Ne pas s'engager à consacrer le temps et la préparation nécessaires pour tenter de conclure une entente équivaut à ne pas fournir des efforts raisonnables. [p. 10-101 et 10-106]

101 The parties have a duty to engage in meaningful dialogue and they must be willing to exchange and explain their positions. They must make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract (Adams, at p. 10-107; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 453). As Cory J. said in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369:

> In the context of the duty to bargain in good faith a commitment is required from each side to honestly strive to find a middle ground between their opposing interests. Both parties must approach the bargaining table with good intentions. [para. 41]

Les parties ont l'obligation d'établir un véritable dialogue : elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable (Adams, p. 10-107; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 453). Comme l'a indiqué le juge Cory dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 :

> Dans le contexte du devoir de négocier de bonne foi, chaque partie doit s'engager à chercher honnêtement à trouver un compromis. Les deux parties doivent se présenter à la table des négociations avec de bonnes intentions. [par. 41]

102 Nevertheless, the efforts that must be invested to attain an agreement are not boundless. "[T]he

Néanmoins, les parties ne sont pas tenues à des efforts illimités pour parvenir à une entente.

parties may reach a point in the bargaining process where further discussions are no longer fruitful. Once such a point is reached, a breaking off of negotiations or the adoption of a 'take it or leave it' position is not likely to be regarded as a failure to bargain in good faith" (Carter et al., at p. 302).

The duty to bargain in good faith does not impose on the parties an obligation to conclude a collective agreement, nor does it include a duty to accept any particular contractual provisions (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 499-500). Nor does the duty to bargain in good faith preclude hard bargaining. The parties are free to adopt a "tough position in the hope and expectation of being able to force the other side to agree to one's terms" (*Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311, at p. 341).

In principle, the duty to bargain in good faith does not inquire into the nature of the proposals made in the course of collective bargaining; the content is left to the bargaining forces of the parties (Carter et al., at p. 300). However, when the examination of the content of the bargaining shows hostility from one party toward the collective bargaining process, this will constitute a breach of the duty to bargain in good faith. In some circumstances, even though a party is participating in the bargaining, that party's proposals and positions may be "inflexible and intransigent to the point of endangering the very existence of collective bargaining" (*Royal Oak Mines*, at para. 46). This inflexible approach is often referred to as "surface bargaining". This Court has explained the distinction between hard bargaining, which is legal, and surface bargaining, which is a breach of the duty to bargain in good faith:

> It is often difficult to determine whether a breach of the duty to bargain in good faith has been committed. Parties to collective bargaining rarely proclaim that their aim is to avoid reaching a collective agreement. The jurisprudence recognizes a crucial distinction between "hard bargaining" and "surface bargaining" .... Hard bargaining is not a violation of the duty to

[TRADUCTION] « Les parties engagées dans la négociation peuvent en arriver à un point où la poursuite des discussions serait vaine. Dans ce cas, la décision de rompre les négociations ou d'adopter l'attitude "à prendre ou à laisser" ne serait probablement pas considérée comme allant à l'encontre des négociations de bonne foi » (Carter et autres, p. 302).

103 L'obligation de négocier de bonne foi n'impose pas la conclusion d'une convention collective ni l'acceptation de clauses contractuelles particulières (Gagnon, LeBel et Verge, p. 499-500). Elle n'empêche pas non plus la négociation serrée. Les parties restent libres d'adopter une « ligne dure dans l'espoir de pouvoir forcer l'autre partie à accepter les conditions qui lui sont offertes » (*Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311, p. 341).

104 En principe, la vérification de l'exécution de l'obligation de négocier de bonne foi ne s'étend pas au contrôle du contenu des propositions présentées dans le cadre de la négociation collective; leur contenu demeure fonction du rapport de force entre les parties (Carter et autres, p. 300). Toutefois, lorsque l'examen du contenu démontre qu'une partie manifeste de l'hostilité envers le processus de négociation collective, l'existence de cette hostilité constitue un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. Dans certaines circonstances, même si une partie participe à la négociation, les propositions et positions qu'elle présente peuvent être « inflexible[s] et intransigeante[s] au point de mettre en péril l'existence même de la négociation collective » (*Royal Oak Mines*, par. 46). Cette attitude d'inflexibilité est souvent décrite sous le vocable de « négociation de façade ». La Cour a expliqué la distinction entre la négociation serrée, qui est légale, et la négociation de façade, qui contrevient à l'obligation de négocier de bonne foi :

> Il est souvent difficile de déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de négocier de bonne foi. Les parties à des négociations collectives reconnaissent rarement vouloir éviter de conclure une convention collective. La jurisprudence reconnaît une différence importante entre la « négociation serrée » et la « négociation de façade » [. . .] La négociation serrée ne constitue pas

bargain in good faith. It is the adoption of a tough position in the hope and expectation of being able to force the other side to agree to one's terms. Hard bargaining is not a violation of the duty because there is a genuine intention to continue collective bargaining and to reach agreement. On the other hand, one is said to engage in "surface bargaining" when one pretends to want to reach agreement, but in reality has no intention of signing a collective agreement and hopes to destroy the collective bargaining relationship. It is the improper objectives which make surface bargaining a violation of the Act. The dividing line between hard bargaining and surface bargaining can be a fine one.

(*Canadian Union of Public Employees*, at p. 341; see also *Royal Oak Mines*, at para. 46.)

105 Even though the employer participates in all steps of the bargaining process, if the nature of its proposals and positions is aimed at avoiding the conclusion of a collective agreement or at destroying the collective bargaining relationship, the duty to bargain in good faith will be breached: see *Royal Oak Mines*. To the words of Senator Walsh, that collective bargaining does not go beyond the office door, we would add that, on occasion, courts are nevertheless allowed to look into what is going on in the room, to ensure that parties are bargaining in good faith.

106 In Canada, unlike in the United States, the duty to bargain in good faith applies regardless of the subject matter of collective bargaining. Under Canadian labour law, all conditions of employment attract an obligation to bargain in good faith unless the subject matter is otherwise contrary to the law and could not legally be included in a collective agreement (Adams, at pp. 10-96 and 10-97; J.-P. Villaggi, "La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi: les leçons du droit du travail" (1996), 26 *R.D.U.S.* 355, at pp. 360-61). However, the refusal to discuss an issue merely on the periphery of the negotiations does not necessarily breach the duty to bargain in good faith (Carter et al., at p. 302).

107 In considering whether the legislative provisions impinge on the collective right to good faith

une violation de l'obligation de négocier de bonne foi. C'est l'adoption d'une ligne dure dans l'espoir de pouvoir forcer l'autre partie à accepter les conditions qui lui sont offertes. La négociation serrée n'est pas une violation de l'obligation parce qu'elle comporte une intention véritable de poursuivre les négociations collectives et de conclure une convention. Par contre, on dit qu'une partie pratique la « négociation de façade » lorsqu'elle feint de vouloir conclure une convention alors qu'en réalité elle n'a pas l'intention de signer une convention collective et elle souhaite détruire les rapports de négociation collective. La négociation de façade est une infraction à la Loi à cause de ses objectifs irréguliers. La ligne de démarcation entre la négociation serrée et la négociation de façade peut être ténue.

(*Syndicat canadien de la Fonction publique*, p. 341; voir également *Royal Oak Mines*, par. 46.)

Même s'il participe à toutes les étapes du processus de négociation, lorsque ses propositions et positions visent à éviter de conclure une convention collective ou à détruire les rapports de négociation collective, l'employeur manque à son obligation de négocier de bonne foi : voir *Royal Oak Mines*. Aux propos du sénateur Walsh, selon lesquels la loi ne fait que conduire les représentants syndicaux à la porte de l'employeur, nous ajoutons que parfois les tribunaux peuvent néanmoins vérifier ce qui se passe derrière cette porte pour s'assurer que les parties négocient de bonne foi.

Au Canada, contrairement aux États-Unis, l'obligation de négocier de bonne foi s'applique sans égard à l'objet de la négociation collective. Selon le droit canadien du travail, l'obligation de négocier de bonne foi porte sur toutes les conditions de travail à moins que leur objet soit contraire à la loi et que leur inclusion dans une convention collective soit prohibée (Adams, p. 10-96 et 10-97; J.-P. Villaggi, « La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail » (1996), 26 *R.D.U.S.* 355, p. 360-361). Toutefois, le refus de traiter d'une question se trouvant seulement à la périphérie des négociations ne constitue pas nécessairement un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi (Carter et autres, p. 302).

Pour déterminer si des dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une consultation et

negotiations and consultation, regard must be had for the circumstances surrounding their adoption. Situations of exigency and urgency may affect the content and the modalities of the duty to bargain in good faith. Different situations may demand different processes and timelines. Moreover, failure to comply with the duty to consult and bargain in good faith should not be lightly found, and should be clearly supported on the record. Nevertheless, there subsists a requirement that the provisions of the Act preserve the process of good faith consultation fundamental to collective bargaining. That is the bottom line.

à une négociation menées de bonne foi, il faut tenir compte des circonstances de leur adoption. Une situation d'urgence est susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi. Différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers. De plus, on se gardera de tirer à la légère, en l'absence d'un dossier bien étayé, une conclusion d'atteinte à l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Néanmoins, il reste que les dispositions de la Loi doivent préserver le processus de consultation menée de bonne foi, qui est fondamental en matière de négociation collective. C'est ce qui importe.

Even where a s. 2(*d*) violation is established, that is not the end of the matter; limitations of s. 2(*d*) may be justified under s. 1 of the *Charter*, as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society. This may permit interference with the collective bargaining process on an exceptional and typically temporary basis, in situations, for example, involving essential services, vital state administration, clear deadlocks and national crisis.

108 Même lorsqu'une atteinte à l'al. 2*d*) est établie, l'examen de la question ne s'arrête pas là : il demeure possible que les restrictions imposées au droit garanti par l'al. 2*d*) constituent, en vertu de l'article premier de la *Charte*, des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Exceptionnellement et généralement de façon temporaire, une interférence dans le processus de négociation collective reste donc permise, par exemple dans des situations mettant en cause des services essentiels ou des aspects vitaux de l'administration des affaires de l'État, ou dans le cas d'une impasse manifeste ou d'une crise nationale.

In summary, s. 2(*d*) may be breached by government legislation or conduct that substantially interferes with the collective bargaining process. Substantial interference must be determined contextually, on the facts of the case, having regard to the importance of the matter affected to the collective activity, and to the manner in which the government measure is accomplished. Important changes effected through a process of good faith negotiation may not violate s. 2(*d*). Conversely, less central matters may be changed more summarily, without violating s. 2(*d*). Only where the matter is both important to the process of collective bargaining, and has been imposed in violation of the duty of good faith negotiation, will s. 2(*d*) be breached.

109 En résumé, une loi ou un acte gouvernemental qui constitue une ingérence substantielle dans le processus de négociation collective peut contrevenir à l'al. 2*d*). La question de l'existence d'une atteinte substantielle doit être tranchée selon le contexte de chaque cas d'espèce, compte tenu de l'importance des sujets visés pour l'activité collective et de la manière dont la mesure a été mise en œuvre. Il se peut que des changements importants apportés dans le cadre d'un processus de négociation menée de bonne foi ne contreviennent pas à l'al. 2*d*). À l'inverse, il arrivera que des changements à propos de sujets de moindre importance ne portent pas atteinte à l'al. 2*d*). L'atteinte à l'al. 2*d*) ne surviendra que dans le cas où seront en cause à la fois un sujet d'importance pour le processus de négociation collective et une mesure imposée sans égard à l'obligation de négocier de bonne foi.

(4) Application of the Law to the Facts at Bar

110 Having established that there is a right to bargain collectively under the protection of freedom of association in s. 2(*d*) of the *Charter*, and identified its scope, we must now apply it to the facts of this case. Ultimately, we conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act are unconstitutional because they infringe the right to collective bargaining protected under s. 2(*d*) and cannot be saved under s. 1. The remainder of Part 2 of the Act (consisting of ss. 3, 4, 5, 7, 8 and 10) does not violate the right to collective bargaining and withstands constitutional scrutiny under s. 2(*d*).

(a) *Does the Act Infringe the Right to Bargain Collectively Under Section 2(d) of the Charter?*

111 The question before us is whether particular provisions of the Act violate the procedural right to collective bargaining by significantly interfering with meaningful collective bargaining. In this context, examples of acts that may have such an impact are: failure to consult, refusal to bargain in good faith, taking important matters off the table and unilaterally nullifying negotiated terms.

112 On the analysis proposed above, two questions suggest themselves. First, does the measure interfere with collective bargaining, in purpose or effect? Secondly, if the measure interferes with collective bargaining, is the impact, evaluated in terms of the matters affected and the process by which the measure was implemented, significant enough to substantially interfere with the associational right of collective bargaining, so as to breach the s. 2(*d*) right of freedom of association?

(i) Does the Act Interfere with Collective Bargaining?

113 Sections 4 to 10 of the Act have the potential to interfere with collective bargaining in two ways:

(4) Application du droit aux faits de l'espèce

Ayant établi qu'existe un droit à un processus de négociation collective protégé par la liberté d'association garantie à l'al. 2*d*) de la *Charte* et défini sa portée, nous devons maintenant l'appliquer aux faits de l'espèce. En dernière analyse, nous concluons que les par. 6(2) et (4) ainsi que l'art. 9 de la loi sont inconstitutionnels parce qu'ils portent atteinte au droit à un processus de négociation collective protégé par l'al. 2*d*) et ne sauraient se justifier en vertu de l'article premier. Les autres dispositions de la partie 2 de la Loi (à savoir les art. 3, 4, 5, 7, 8 et 10) ne portent pas atteinte au droit de négociation collective et passent avec succès l'épreuve d'une contestation constitutionnelle fondée sur l'al. 2*d*).

a) *La Loi porte-t-elle atteinte au droit à un processus de négociation collective visé par l'al. 2d) de la Charte?*

Il s'agit de décider si certaines dispositions de la Loi violent le droit procédural de négociation collective en entravant de manière significative la tenue de véritables négociations collectives. Dans ce contexte, on retiendra comme exemples d'actions susceptibles d'avoir cet effet des gestes comme les suivants : l'omission de consulter, le refus de négocier de bonne foi, le retrait d'importants sujets de négociation et l'annulation unilatérale de conditions négociées.

L'analyse proposée ci-dessus commande l'examen de deux questions. Premièrement, la mesure entrave-t-elle — par son effet ou par son objet — l'exercice du droit à un processus de négociation collective? Deuxièmement, dans l'affirmative, compte tenu de l'importance de ses répercussions, évaluées en fonction des sujets visés et de son application, l'atteinte au droit d'association lié à la négociation collective est-elle substantielle et constitue-t-elle donc une atteinte au droit à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*)?

(i) La Loi constitue-t-elle une ingérence dans la négociation collective?

Les articles 4 à 10 de la Loi sont susceptibles d'entraver l'exercice du droit à un processus de

first, by invalidating existing collective agreements and consequently undermining the past bargaining processes that formed the basis for these agreements; and second, by prohibiting provisions dealing with specified matters in future collective agreements and thereby undermining future collective bargaining over those matters. Future restrictions on the content of collective agreements constitute an interference with collective bargaining because there can be no real dialogue over terms and conditions that can never be enacted as part of the collective agreement.

négociation collective de deux manières. D'abord, ils invalident les conventions collectives existantes et, par conséquent, ébranlent la validité des processus de négociation antérieurs qui ont servi de fondement à la conclusion de ces conventions. Ensuite, ils interdisent dans des prochaines conventions collectives la conclusion de clauses qui portent sur des questions précisées dans la Loi, ce qui compromet les prochaines négociations collectives sur ces questions. Les restrictions futures au contenu des conventions collectives constituent une ingérence dans la négociation collective parce qu'il ne saurait se créer de véritable dialogue sur des conditions d'emploi qui ne peuvent être intégrées dans une convention collective.

We pause to reiterate briefly that the right to bargain collectively protects not just the act of making representations, but also the right of employees to have their views heard in the context of a meaningful process of consultation and discussion. This rebuts arguments made by the respondent that the Act does not interfere with collective bargaining because it does not explicitly prohibit health care employees from making collective representations. While the language of the Act does not technically prohibit collective representations to an employer, the right to collective bargaining cannot be reduced to a mere right to make representations. The necessary implication of the Act is that prohibited matters cannot be adopted into a valid collective agreement, with the result that the process of collective bargaining becomes meaningless with respect to them. This constitutes interference with collective bargaining.

114 En passant, nous rappelons brièvement que le droit à un processus de négociation collective protège non seulement la présentation de revendications collectives, mais aussi le droit des employés de se faire entendre par le canal de consultations et discussions véritables. Ce constat permet d'écarter les arguments de l'intimée selon lesquels la Loi n'entrave pas la négociation collective parce qu'elle n'interdit pas expressément aux employés du secteur de la santé de présenter des revendications collectives. Bien qu'en principe le texte de la Loi n'interdise pas les revendications collectives auprès de l'employeur, le droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications. La Loi prévoit, par implication nécessaire, que certains sujets ne peuvent faire partie du contenu d'une convention collective valide; le processus de négociation collective perd donc tout son sens à leur égard. Il s'agit là d'une atteinte au droit à un processus de négociation collective.

A more detailed examination of Part 2 of the Act suggests that some of the provisions substantially interfere with the process of collective bargaining. They affect matters of substantial importance to employees, and they fail to safeguard the basic processes of collective bargaining. In proceeding through this analysis, it is critical to bear in mind the relationship between ss. 4 to 9 and s. 10 of the Act, which has the effect of voiding provisions of any collective agreement to the extent that these provisions are inconsistent with Part 2 of the Act.

115 Un examen plus poussé de la partie 2 de la Loi fait ressortir que certaines dispositions entravent de façon substantielle le processus de négociation collective. Elles touchent des sujets d'une grande importance pour les employés et ne préservent pas les aspects fondamentaux du processus de négociation collective. Dans cette analyse, il est essentiel de retenir l'impact de l'interaction entre les art. 4 à 9 et l'art. 10 de la Loi, qui entraîne l'annulation de clauses de conventions collectives dans la mesure de leur incompatibilité avec la partie 2 de la Loi.

1. *Sections 4 and 5*

116 Sections 4 and 5 deal with transfer and reassignment of employees. Their effect was summarized by Garson J. at trial:

> Sections 4 and 5 of [the Act] give health sector employers the right to reorganize the delivery of their services. Pursuant to these sections, employers have the right to transfer functions, services and employees to another health sector employer or within a worksite. The Regulation sets out employee transfer rights and obligations. For example employees must not be transferred outside of their geographic location without their consent. Employees who decline transfers in such circumstances are entitled to lay-off notice and the limited bumping rights available under the Act. Employees who decline transfers within their geographic region, however, will be deemed to have resigned 30 days after the refusal. [para. 38]

117 Sections 4 and 5 altered the provisions for transfer and reassignment, as they existed in some collective agreements prior to the Act. Specific rights in existing collective agreements that employees lost when ss. 4 and 5 were enacted included: a requirement that the employer consider enumerated criteria in making hiring decisions, a guarantee that temporary assignments would not exceed four months, some protections for seniority, and the right to refuse a transfer if the employee has other employment options with the original employer under the collective agreement.

118 However, through the *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002, referred to in s. 4, protections similar in part to what the employees had under existing collective agreements were preserved. Notably, the regulation provided employees with a right to refuse being transferred outside of their geographic location without their consent, and a right to reasonable relocation expenses (see s. 2(1)(a) and (b)). These were substantially similar to entitlements that some employees

1. *Articles 4 et 5*

Les articles 4 et 5 traitent des transferts et des nouvelles affectations imposés aux employés. Au procès, la juge Garson a résumé leur effet en ces termes :

> [TRADUCTION] Les articles 4 et 5 de la Loi donnent aux employeurs du secteur de la santé le droit de réorganiser la prestation de leurs services. En vertu de ces dispositions, les employeurs ont le droit de transférer des fonctions, des services et des employés à un autre employeur du secteur de la santé ou dans un même lieu de travail. Le Règlement prévoit les droits et obligations des employés dans le cadre d'un transfert. Par exemple, les employés ne peuvent pas être transférés à l'extérieur de leur territoire géographique sans leur consentement. Les employés qui refusent d'être transférés dans de telles circonstances ont droit à un avis de mise en disponibilité et aux droits de supplantation restreints que leur accorde la Loi. Les employés qui refusent toutefois d'être transférés à l'intérieur de leur territoire géographique sont réputés avoir démissionné trente (30) jours après la notification de leur refus. [par. 38]

Les articles 4 et 5 ont modifié les dispositions relatives aux transferts et nouvelles affectations qui figuraient dans certaines conventions collectives avant l'adoption de la Loi. Une fois les art. 4 et 5 en vigueur, les employés ont perdu des droits que leur garantissaient les conventions collectives existantes, notamment : l'exigence qu'au moment de la prise des décisions d'embauche l'employeur tienne compte de certains critères énumérés, la garantie que les affectations temporaires n'excéderaient pas quatre mois, une protection partielle de l'ancienneté et le droit de l'employé de refuser d'être transféré s'il conserve d'autres possibilités d'emploi chez l'employeur initial en vertu de la convention collective.

Cependant, le *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002, mentionné à l'art. 4 a permis de maintenir des protections analogues en partie à celles dont bénéficiaient les employés selon les conventions collectives existantes. En particulier, ce règlement leur accordait le droit de refuser d'être transférés hors de leur lieu géographique, sans leur consentement, et le droit à des dépenses de réinstallation raisonnables (voir les al. 2(1)a) et b)). Ces droits étaient essentiellement analogues à ceux

previously had under their collective agreements. Thus although ss. 4 and 5 of the Act (together with s. 10) nullified some of the employee's entitlements under existing collective agreements, they appear to have preserved the substance of the central aspects of the provisions of existing collective agreements that dealt with those questions. We therefore conclude that ss. 4 and 5 may have had some impact on prior collective agreements, although the impact was not great.

Nevertheless, the effect of ss. 4 and 5, in conjunction with s. 10, is to render *future* collective bargaining over transfers and reassignments largely meaningless, since collective bargaining cannot alter the employer's right to make transfers and reassignments. Section 10 of the Act would render void any terms inconsistent with ss. 4 and 5. Because it is meaningless to bargain over an issue which cannot ever be included in a collective agreement, ss. 4 and 5, considered together with s. 10, interfere with future collective bargaining.

2. *Section 6*

Section 6(2) gives the employer increased power to contract out non-clinical services. Prior to the enactment of the Act, all collective agreements in the health care sector contained provisions restricting the right of management to contract out work. These provisions were inconsistent with s. 6(2) when that section was passed. The effect of s. 6(2), together with s. 10, is to invalidate these provisions in prior collective agreements. Further, s. 6(4), in conjunction with s. 10, invalidates any provision of a collective agreement that requires an employer to consult with a trade union prior to contracting outside the bargaining unit. For example, s. 17.12 of the Facilities Subsector Collective Agreement, which limits the ways in which the employer can contract out, is made void by ss. 6(4) and 10.

dont jouissaient déjà certains employés en vertu de leur convention collective. Ainsi, même si les art. 4 et 5 de la Loi (combinés avec l'art. 10) annulent des droits reconnus aux employés par les conventions existantes, ils semblent avoir maintenu, pour l'essentiel, les aspects cruciaux des clauses des conventions collectives existantes qui traitaient de ces questions. Nous concluons donc que les art. 4 et 5 peuvent avoir eu un certain effet, si faible fût-il, sur les conventions collectives antérieures.

119 Toutefois, les art. 4 et 5, appliqués conjointement avec l'art. 10, videraient de sens, pour l'essentiel, les *futures* négociations collectives sur les transferts et les nouvelles affectations, car la négociation collective ne peut modifier le droit de l'employeur de procéder à des transferts et de nouvelles affectations. En effet, l'art. 10 de la Loi rendrait nulle toute stipulation incompatible avec les art. 4 et 5. Comme il ne sert à rien de négocier une question qui ne pourrait jamais être intégrée dans une convention collective, les art. 4 et 5, pris en considération avec l'art. 10, entravent les prochaines négociations collectives.

2. *Article 6*

120 Le paragraphe 6(2) accorde à l'employeur un pouvoir plus étendu pour sous-traiter des services non cliniques. Avant l'adoption de la Loi, les conventions collectives du secteur de la santé comportaient toutes des clauses limitant le droit de la direction de recourir à la sous-traitance. Ces dernières sont devenues incompatibles avec le par. 6(2) après son entrée en vigueur. Cette disposition, conjuguée avec l'art. 10, entraîne la nullité des stipulations des conventions collectives antérieures sur ces questions. Par ailleurs, le par. 6(4), conjointement avec l'art. 10, invalide les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de procéder à des activités de sous-traitance à l'extérieur de l'unité de négociation. Par exemple, la clause 17.12 de la convention collective du sous-secteur des installations, qui prévoit les circonstances précises permettant à l'employeur de recourir à la sous-traitance, devient nulle par le jeu du par. 6(4) et de l'art. 10.

121 The combined effect of ss. 6(2), 6(4) and 10 is to forbid the incorporation into future collective agreements of provisions protecting employees from contracting out, or the inclusion of a provision requiring the employer to consult with the union. The prohibition on including certain provisions in a collective agreement related to contracting out is reflected in explicit language in s. 6(2), that "[a] collective agreement . . . must not contain a provision" dealing with certain aspects of contracting out. The prohibition both repudiates past collective bargaining relating to the issue of contracting out and makes future collective bargaining over this issue meaningless. It follows that ss. 6(2) and 6(4) have the effect of interfering with collective bargaining.

122 Sections 6(3), 6(5) and 6(6) deal with a different but related issue, namely, the status of employees and the recognition of successorship rights where business is contracted out by the original employer. Section 6(3) sets out a more onerous definition of the employer-employee relationship under the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, making it less likely that a health sector employer will still be considered the "true" employer owing duties to the union and its members if work is contracted out. Sections 6(5) and 6(6) prevent employees from retaining their collective bargaining rights with the subcontractor, as they would otherwise have done under ss. 35 and 38 of the *Labour Relations Code* if work was contracted out.

123 Although some might see ss. 6(3), 6(5) and 6(6) as harsh provisions aimed solely at employees of the health care sector, these sections simply modify the protections available under the *Labour Relations Code* and do not deal with entitlements of employees based on collective bargaining. Consequently, ss. 6(3), 6(5) and 6(6) do not interfere with collective bargaining and do not infringe the protection over collective bargaining offered by s. 2(*d*).

L'application combinée des par. 6(2) et (4) et de l'art. 10 interdit l'intégration dans les futures conventions collectives de clauses protégeant les employés contre la sous-traitance ou obligeant l'employeur à consulter les syndicats avant de procéder à celle-ci. L'interdiction des stipulations relatives à la sous-traitance est expressément prévue au par. 6(2), selon lequel [TRADUCTION] « les conventions collectives [. . .] ne doivent prévoir aucune clause » relative à certains aspects de la sous-traitance. L'interdiction met de côté le résultat des négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et prive de sens les négociations collectives à venir sur ces questions. Les paragraphes 6(2) et (4) interfèrent donc avec le droit à un processus de négociation collective.

Les paragraphes 6(3), (5) et (6) traitent d'une question différente mais connexe, soit le statut des employés et la reconnaissance d'un droit de transmission au nouvel employeur, dans le cas où l'employeur initial recourt à la sous-traitance. Le paragraphe 6(3) adopte une définition plus stricte de la relation employeur-employés que le *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244. Ce changement rend moins probable que l'employeur du secteur de la santé reste considéré comme le « véritable » employeur débiteur des obligations envers le syndicat et ses membres en cas de sous-traitance. Par ailleurs, selon les par. 6(5) et (6), les employés perdent leur droit de négocier collectivement avec le sous-entrepreneur, droit qui leur aurait été autrement reconnu en vertu des art. 35 et 38 du *Labour Relations Code* en cas de sous-traitance.

Il se peut que certains considèrent les par. 6(3), (5) et (6) comme des dispositions sévères visant uniquement les employés du secteur de la santé, mais il s'agit simplement de modifications aux protections prévues au *Labour Relations Code* qui ne touchent pas aux droits issus de négociations collectives reconnus aux employés. C'est pourquoi ces dispositions ne constituent pas une ingérence dans la négociation collective ni une atteinte à la protection que confère l'al. 2*d*) à la négociation collective.

3. *Sections 7 and 8 — Job Security Programs*

Sections 7 and 8 deal with job security programs. Section 7 abolishes the Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement ("ESLA"), a program giving employees of the health sector one year of training, assistance and financial support. This program was administered by the Healthcare Labour Adjustment Society ("HLAA"), which is also abolished under the Act.

The ESLA did not arise out of collective bargaining but, rather, was imposed by the government on health sector employers pursuant to the recommendations of an inquiry committee. Since neither the ESLA nor the HLAA was the outcome of a collective bargaining process, modifying them cannot constitute an interference with past bargaining processes. Further, since the ESLA and HLAA rely heavily on the authority of the government for their existence, and are outside of the power of health sector employees and employers, there is no potential for future collective bargaining over matters relating to either the ESLA and HLAA. Since there can be no future collective bargaining relating to the ESLA or the HLAA, there can be no interference with future collective bargaining over these matters either. It follows that neither s. 7 nor s. 8 has the purpose or effect of interfering with collective bargaining, past or future.

4. *Section 9 — Layoff and Bumping*

Section 9, which applies only to collective agreements up until December 31, 2005, deals with layoff and bumping. During the currency of this section, collective agreements could not contain provisions dealing with certain aspects of layoff and bumping. With respect to layoff, no collective agreement could restrict the right of health care employers to lay off employees (s. 9(a)), nor require them to meet conditions before giving layoff notice (s. 9(b)), nor provide notice beyond the 60 days guaranteed under

3. *Articles 7 et 8 — Programmes de sécurité d'emploi*

124 Les articles 7 et 8 traitent des programmes de sécurité d'emploi. L'article 7 abolit l'Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement (« ESLA »), programme qui permet aux employés du secteur de la santé de bénéficier d'une année de formation, d'aide pour obtenir un nouvel emploi et de soutien financier. La Healthcare Labour Adjustment Society (« HLAA »), également abolie par la Loi, administrait ce programme.

125 L'ESLA n'était pas une création du régime de négociation collective, mais a plutôt été imposée par le gouvernement aux employeurs du secteur de la santé par suite des recommandations d'une commission d'enquête. Puisque ni l'ESLA ni la HLAA ne résultent d'une négociation collective, leur modification ne saurait constituer une ingérence dans les processus de négociation antérieurs. En outre, puisque l'ESLA et la HLAA doivent essentiellement leur existence à des décisions gouvernementales et qu'elles ne relèvent pas des pouvoirs des employés et employeurs du secteur de la santé, les questions les concernant ne risquent pas de faire l'objet de prochaines négociations collectives. Comme l'ESLA ou la HLAA ne peuvent pas faire l'objet de négociations collectives à l'avenir, on ne se retrouve pas devant une situation d'ingérence dans le processus de négociation collective au sujet de ces questions. Ni l'article 7 ni l'art. 8 n'ont pour objet ou effet de permettre une ingérence dans les négociations collectives, antérieures ou à venir.

4. *Article 9 — Mise en disponibilité et supplantation*

126 L'article 9, qui s'applique seulement aux conventions collectives jusqu'au 31 décembre 2005, traite de la mise en disponibilité et de la supplantation. Pendant la durée d'application de cette disposition, les conventions collectives ne pouvaient comporter de clauses sur certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation. Pour ce qui est de la mise en disponibilité, les conventions collectives ne pouvaient pas restreindre le pouvoir des employeurs du secteur de la santé de mettre en disponibilité un

the *Labour Relations Code* (s. 9(c)). With respect to bumping, no collective agreement could contain a provision providing an employee with bumping options other than those set out in regulations pursuant to the Act (s. 9(d)).

127 Section 9 made collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and also invalidated parts of collective agreements dealing with these issues, up to December 31, 2005. This constituted interference with both past and future collective bargaining, albeit an interference limited to the period between the enactment of the Act and December 31, 2005.

128 We conclude that ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9, in conjunction with s. 10, interfere with the process of collective bargaining, either by disregarding past processes of collective bargaining, by preemptively undermining future processes of collective bargaining, or both. This requires us to determine whether these changes substantially interfere with the associational right of the employees to engage in collective bargaining on workplace matters and terms of employment.

(ii) Was the Interference Substantial, so as to Constitute a Breach of Freedom of Association?

129 To amount to a breach of the s. 2(*d*) freedom of association, the interference with collective bargaining must compromise the essential integrity of the process of collective bargaining protected by s. 2(*d*). Two inquiries are relevant here. First, substantial interference is more likely to be found in measures impacting matters central to the freedom of association of workers, and to the capacity of their associations (the unions) to achieve common goals

employé (al. 9a)), ni les obliger à satisfaire à certaines exigences avant de donner un préavis de mise en disponibilité (al. 9b)), ou à donner un préavis d'un délai supérieur à celui de 60 jours garanti par le *Labour Relations Code* (al. 9c)). Quant à la supplantation, les conventions collectives ne pouvaient prévoir de clause offrant à l'employé, en cas de supplantation, des choix autres que ceux prescrits par règlement (al. 9d)).

L'article 9 vidait ainsi de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation et invalidait certaines parties de conventions collectives portant sur ces questions, jusqu'au 31 décembre 2005. Cette disposition constitue alors une ingérence dans les processus de négociation collective, antérieurs et à venir, quoique cette ingérence se limite à la période allant de l'adoption de la Loi jusqu'au 31 décembre 2005.

Nous concluons donc que les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4), appliqués conjointement avec l'art. 10, constituent une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois. Il nous faut déterminer si ces modifications entravent de façon substantielle l'exercice du droit associatif des employés de participer à un processus de négociation collective des questions concernant le milieu de travail et les conditions de travail.

(ii) L'ingérence est-elle substantielle, au point de constituer une atteinte à la liberté d'association?

Pour constituer une atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*), l'ingérence dans la négociation collective doit compromettre l'intégrité fondamentale du processus de négociation collective protégé par l'al. 2*d*). Deux vérifications s'imposent en l'espèce. Premièrement, on se trouve plus vraisemblablement devant une situation d'ingérence substantielle dans le cas de mesures affectant des sujets d'une importance capitale pour la

by working in concert. This suggests an inquiry into the nature of the affected right. Second, the manner in which the right is curtailed may affect its impact on the process of collective bargaining and ultimately freedom of association. To this end, we must inquire into the process by which the changes were made and how they impact on the voluntary good faith underpinning of collective bargaining. Even where a matter is of central importance to the associational right, if the change has been made through a process of good faith consultation it is unlikely to have adversely affected the employees' right to collective bargaining. Both inquiries, as discussed earlier, are essential.

1. *The Importance of the Provisions*

The provisions dealing with contracting out (ss. 6(2) and 6(4)), layoffs (ss. 9(a), 9(b) and 9(c)) and bumping (s. 9(d)) deal with matters central to the freedom of association. Restrictions in collective agreements limiting the employer's discretion to lay off employees affect the employees' capacity to retain secure employment, one of the most essential protections provided to workers by their union. Similarly, limits in collective agreements on the management rights of employers to contract out allow workers to gain employment security. Finally, bumping rights are an integral part of the seniority system usually established under collective agreements, which is a protection of significant importance to the union. "Seniority is one of the most important and far-reaching benefits which the trade union movement has been able to secure for its members by virtue of the collective bargaining process." (*Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161, at p. 162; see D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf), vol. 2, para. 6:0000, at p. H6-1.) Viewing the Act's interference with these essential rights in the context of the case as a whole, we conclude that its interference with collective bargaining over matters pertaining to contracting out, layoff conditions

liberté d'association des travailleurs et la capacité de leurs associations (les syndicats) de réaliser des objectifs communs en travaillant de concert. Cela suppose alors une analyse de la nature du droit touché par la mesure. Deuxièmement, la manière dont le droit est restreint peut avoir une incidence sur le processus de négociation collective et ultimement sur la liberté d'association. À cette fin, il faut examiner le processus de réalisation des changements et leurs effets sur le caractère volontaire et de bonne foi du processus de négociation collective. Même si le sujet revêt une importance primordiale pour le droit d'association, il est peu probable que la modification, si elle est apportée dans le cadre d'une consultation menée de bonne foi, porte atteinte au droit des employés de négocier collectivement. Comme nous l'avons déjà expliqué, les deux vérifications sont essentielles.

1. *L'importance des dispositions*

130 Les dispositions concernant la sous-traitance (par. 6(2) et (4)), la mise en disponibilité (al. 9a), b) et c)) et la supplantation (al. 9d)) portent sur des questions d'une importance capitale pour la liberté d'association. Les restrictions aux conventions collectives qui limitent le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre en disponibilité affectent la capacité des employés de conserver un emploi stable, l'une des protections les plus essentielles qu'un syndicat obtient pour les employés. De même, les clauses de conventions collectives restreignant le droit de la direction de recourir à la sous-traitance permettent aux travailleurs de bénéficier de la sécurité d'emploi. Enfin, les droits de supplantation font partie intégrante du régime d'ancienneté normalement prévu dans les conventions collectives et, à ce titre, représentent une protection d'une importance considérable pour les syndicats. [TRADUCTION] « L'ancienneté constitue l'un des avantages les plus importants et de la plus vaste envergure que le mouvement syndical ait réussi à obtenir pour ses membres par la négociation collective. » (*Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161, p. 162; voir D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 6:0000, p. H6-1.) En évaluant dans

and bumping constitutes substantial interference with the s. 2(*d*) right of freedom of association.

131 The same cannot be said of the transfers and reassignments covered under ss. 4 and 5 of the Act. These provisions, as discussed above, are concerned with relatively minor modifications to in-place schemes for transferring and reassigning employees. Significant protections remained in place. It is true that the Act took these issues off the collective bargaining table for the future. However, on balance ss. 4 and 5 cannot be said to amount to a substantial interference with the union's ability to engage in collective bargaining so as to attract the protection under s. 2(*d*) of the *Charter*.

2. *The Process of Interference with Collective Bargaining Rights*

132 Having concluded that the subject matter of ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act is of central importance to the unions and their ability to carry on collective bargaining, we must now consider whether those provisions preserve the processes of collective bargaining. Together, these two inquiries will permit us to assess whether the law at issue here constitutes significant interference with the collective aspect of freedom of association, which *Dunmore* recognized.

133 This inquiry refocuses our attention squarely and exclusively on how the provisions affect the process of good faith bargaining and consultation. In this case, we are satisfied that ss. 6(2), 6(4) and 9 interfere significantly with the ability of those bound by them to engage in the associational activity of collective bargaining.

134 It is true that the government was facing a situation of exigency. It was determined to come to grips

une perspective globale à quel point la loi entrave l'exercice de ces droits essentiels, nous concluons que son ingérence dans la négociation collective au sujet de la sous-traitance ainsi que des conditions de mise en disponibilité et de la supplantation constitue une atteinte substantielle au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2*d*).

On ne saurait tirer une conclusion identique à propos des transferts et des nouvelles affectations que visent les art. 4 et 5 de la Loi. Comme nous l'avons vu, ces dispositions apportent des modifications relativement mineures aux régimes existants de transfert et de nouvelle affectation des employés. D'importantes protections subsistaient. Il est vrai que la Loi retirait désormais ces questions de la table des négociations collectives. Cependant, tout bien considéré, on ne peut pas affirmer que les art. 4 et 5 entravent de façon substantielle la capacité du syndicat d'engager des négociations collectives et qu'il s'agisse d'un cas donnant droit à la protection prévue à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

2. *L'ingérence dans les droits de négociation collective*

Ayant conclu que les sujets visés par les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi revêtent une importance capitale pour les syndicats et à l'égard de leur capacité de négocier collectivement, nous devons maintenant décider si ces dispositions respectent le droit à un processus de négociation collective. Considérées conjointement, ces deux vérifications nous permettront de déterminer si la loi en cause constitue une ingérence substantielle dans l'aspect collectif du droit d'association, reconnu par *Dunmore*.

Cet examen ramène notre attention directement et exclusivement sur la façon dont les dispositions influent sur le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. En l'espèce, nous sommes convaincus que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 entravent de façon substantielle la capacité des employés visés par ces dispositions d'exercer l'activité associative liée à la négociation collective.

Il est vrai que le gouvernement se trouvait dans une situation d'urgence. Il était déterminé à

with the spiralling cost of health care in British Columbia. This determination was fuelled by the laudable desire to provide quality health services to the people of British Columbia. Concerns such as these must be taken into account in assessing whether the measures adopted disregard the fundamental s. 2(*d*) obligation to preserve the processes of good faith negotiation and consultation with unions.

The difficulty, however, is that the measures adopted by the government constitute a virtual denial of the s. 2(*d*) right to a process of good faith bargaining and consultation. The absolute prohibition on contracting out in s. 6(2), as discussed, eliminates any possibility of consultation. Section 6(4) puts the nail in the coffin of consultation by making void any provisions in a collective agreement imposing a requirement to consult before contracting out. Section 9, in like fashion, effectively precludes consultation with the union prior to laying off or bumping.

We conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the legislation constitute a significant interference with the right to bargain collectively and hence violate s. 2(*d*) of the *Charter*. The remaining issue is whether these infringements can be saved under s. 1 of the *Charter*, as limits that are reasonable and justifiable in a free and democratic society.

(b) *Are the Violations of Section 2(d) Justified Under Section 1?*

Section 1 provides:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The analysis for assessing whether or not a law violating the *Charter* can be saved as a reasonable

s'attaquer à la montée en flèche du coût des soins de santé en Colombie-Britannique. Cette volonté se fondait sur le désir louable de fournir des services de santé de qualité à la population de la Colombie-Britannique. Il faut tenir compte des préoccupations de cet ordre pour déterminer si les mesures adoptées vont à l'encontre de l'obligation fondamentale qu'impose l'al. 2*d*) de respecter un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi avec les syndicats.

135 Le problème se situe toutefois dans le fait que les mesures adoptées par le gouvernement constituent pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2*d*) à un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. Comme nous l'avons noté, l'interdiction absolue de recourir à la sous-traitance, prévue au par. 6(2), écarte toute possibilité de consultation. Le paragraphe 6(4) met fin à toute consultation en rendant inopérante toute clause de convention collective qui oblige à consulter avant une opération de sous-traitance. De même, l'art. 9 interdit effectivement de consulter un syndicat avant une mise en disponibilité ou une supplantation.

136 Nous concluons que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective et portent donc atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il reste à déterminer si ces atteintes peuvent se justifier au sens de l'article premier de la *Charte* du fait qu'elles constituent des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) *Les atteintes à l'al. 2d) sont-elles justifiées au sens de l'article premier?*

137 L'article premier dispose :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

138 L'arrêt *Oakes* a établi la méthode d'analyse qui permet de déterminer si une loi contraire à la

limit under s. 1 is set out in *Oakes*. A limit on *Charter* rights must be prescribed by law to be saved under s. 1. Once it is determined that the limit is prescribed by law, then there are four components to the *Oakes* test for establishing that the limit is reasonably justifiable in a free and democratic society (*Oakes*, at pp. 138-40). First, the objective of the law must be pressing and substantial. Second, there must be a rational connection between the pressing and substantial objective and the means chosen by the law to achieve the objective. Third, the impugned law must be minimally impairing. Finally, there must be proportionality between the objective and the measures adopted by the law, and more specifically, between the salutary and deleterious effects of the law (*Oakes*, at p. 140; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889).

139 The s. 1 analysis focuses on the particular context of the law at issue. Contextual factors to be considered include the nature of the harm addressed, the vulnerability of the group protected, ameliorative measures considered to address the harm, and the nature and importance of the infringed activity: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33. This said, the basic template of *Oakes* remains applicable, and each of the elements required by that test must be satisfied. The government bears the onus of establishing each of the elements of the *Oakes* test and hence of showing that a law is a reasonable limit on *Charter* rights on a balance of probabilities (see *Oakes*, at pp. 136-37).

140 In this case, the infringement of the appellants' right to bargain collectively is unquestionably prescribed by law, since the interference with collective bargaining is set out in legislation. The question is whether the remaining elements of the *Oakes* test are made out, such that the law is a reasonable

Charte peut se justifier comme limite raisonnable au sens de l'article premier. La restriction des droits garantis par la *Charte* doit être imposée par une règle de droit pour être justifiée au sens de l'article premier. Si tel est le cas, il faut alors vérifier la présence des quatre éléments que comporte la méthode d'analyse de l'arrêt *Oakes* pour établir qu'elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Oakes*, p. 138-140). En premier lieu, l'objectif de la loi doit être urgent et réel. Ensuite, il doit exister un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif. Puis, la loi contestée ne doit porter qu'une atteinte minimale au droit garanti. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et les mesures adoptées dans la loi et, plus particulièrement, entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets préjudiciables (*Oakes*, p. 140; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889).

L'analyse fondée sur l'article premier est axée sur le contexte de la règle de droit en cause. Parmi les facteurs contextuels à considérer figurent la nature du préjudice visé, la vulnérabilité du groupe protégé, les mesures d'amélioration envisagées pour remédier au préjudice, ainsi que la nature et l'importance de l'activité protégée : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. Cela dit, le modèle de base de *Oakes* demeure applicable, et il faut satisfaire à chacune des exigences de cette méthode d'analyse. Le gouvernement a le fardeau d'établir chacun des éléments que prévoit l'arrêt *Oakes* pour réussir à démontrer qu'une règle de droit constitue, selon la prépondérance des probabilités, une restriction raisonnable des droits garantis par la *Charte* (voir *Oakes*, p. 136-137).

En l'espèce, il est incontestable que l'atteinte au droit des appelants de négocier collectivement découle d'une mesure législative, car l'ingérence dans la négociation collective est prévue dans la Loi. Il faut alors se demander si les autres éléments du critère *Oakes* sont établis, de sorte

limit on the appellants' right to collective bargaining under s. 2(*d*).

We find that the intrusions on collective bargaining represented by ss. 6(2), 6(4) and 9 are not minimally impairing, and therefore cannot be saved as a reasonable and justifiable limit in a free and democratic society. We turn now to the *Oakes* test to explain this conclusion.

(i) Does the Act Pursue a Pressing and Substantial Objective?

The first step of the *Oakes* test requires the government to establish that the limit on *Charter* rights was undertaken in pursuit of an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*, at p. 352). At minimum, the objective must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society.

The government set out its objectives for enacting the Act as follows:

> The objective of the *Act* is to improve the delivery of health care services by enabling health authorities to focus resources on the delivery of clinical services, by enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly and effectively to changing circumstances, and by enhancing the accountability of decision-makers in public health care.

(Respondent's Factum, at para. 144)

These are pressing and substantial objectives. We agree with the respondent that the health care crisis in British Columbia is an important contextual factor in support of the conclusion that these objectives are pressing and substantial (*ibid.*). We also agree with the respondent that this Court's recent ruling in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, that governments are constitutionally obliged to provide

que la loi constitue une restriction raisonnable du droit de négociation collective des appelants selon l'al. 2*d*).

141 Nous concluons que les ingérences dans la négociation collective représentées par les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 ne constituent pas des atteintes minimales au droit protégé par la *Charte* et qu'elles ne sauraient donc se justifier en tant que limites raisonnables dont le bien-fondé peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Nous allons maintenant expliquer cette conclusion en appliquant la méthode d'analyse de l'arrêt *Oakes*.

(i) La Loi poursuit-elle un objectif urgent et réel?

142 La première étape de la méthode d'analyse *Oakes* oblige le gouvernement à établir que la limite imposée aux droits garantis par la *Charte* s'inscrit dans la poursuite d'un objectif « suffisamment importan[t] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » (*Big M Drug Mart*, p. 352). L'objectif doit au moins se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique.

143 Le gouvernement a formulé en ces termes les objectifs sur lesquels repose l'adoption de la Loi :

> [TRADUCTION] La *Loi* vise à améliorer la prestation des services de santé en permettant aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, en rendant les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement et efficacement aux changements de circonstances, et en accroissant l'obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public.

(Mémoire de l'intimée, par. 144)

144 Il s'agit là d'objectifs urgents et réels. Nous convenons avec l'intimée que la crise dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique constitue un facteur contextuel important à l'appui de la conclusion que ce sont des objectifs urgents et réels (*ibid.*). Nous reconnaissons également avec elle que la décision rendue récemment par la Cour dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35, selon laquelle

public health care of a reasonable standard within a reasonable time, at least in some circumstances, reinforces the importance of the objectives, particularly of the main objective of delivering improved health care services (Respondent's Factum, at para. 141).

145 The appellants argue that the objectives behind the legislation are not pressing and substantial on two bases. First, they contend that the objective is framed too broadly and is not linked to the specific harm that the legislation is aimed at addressing. Second, they argue that the evidence suggests that the true objective behind the Act is to increase the rights of management, and to save costs, which constitute a suspect basis for finding a pressing and substantial objective. (See *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, [2004] 3 S.C.R. 381, 2004 SCC 66, at para. 72, and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 109.)

146 We reject the argument that the government's objective is stated too broadly. The government states its objective in terms of one main objective (improving health care delivery), pursued by way of several sub-objectives (enabling health authorities to focus resources on clinical services, enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly to changing circumstances, and enhancing the accountability of decision-makers in public health care). Even if it is accepted that the main objective is somewhat broad, the more precise aims of the government are made clear in the sub-objectives. Therefore, the objective is not stated too broadly.

147 The appellants' contention that cutting costs and increasing the power of management are also objectives of the legislation has merit. The record indicates that at least part of the government's intention in enacting the Act was to cut costs and increase the rights of management (Appellants' Factum

les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de fournir des soins de santé publics de qualité raisonnable dans un délai raisonnable, du moins dans certaines circonstances, renforce l'importance des objectifs, surtout de l'objectif principal, soit l'amélioration de la prestation des services de santé (mémoire de l'intimée, par. 141).

Les appelants contestent que les objectifs visés par la loi ne sont ni urgents ni réels et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'objectif est formulé en termes trop généraux et n'a aucun lien avec le préjudice que la loi vise précisément à corriger. Deuxièmement, la preuve tend à indiquer que l'objectif véritable de la Loi est d'accroître les droits de la direction et non de réduire les coûts du système de santé, ce qui met en doute la réalité du fondement nécessaire pour conclure à un objectif urgent et réel. (Voir *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66, par. 72, et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 109.)

Nous rejetons l'argument que l'objectif du gouvernement est formulé en termes trop généraux. Le gouvernement définit son objectif comme étant un objectif principal unique (améliorer la prestation de services de santé), poursuivi au moyen de plusieurs sous-objectifs (permettre aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, rendre les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement aux changements de circonstances, et accroître l'obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public). Même en admettant que l'objectif principal soit formulé en termes plutôt généraux, les objectifs précis du gouvernement paraissent clairement énoncés dans les sous-objectifs. L'objectif n'est donc pas exprimé d'une manière trop générale.

La prétention des appelants selon laquelle la loi vise également à réduire les coûts et à accroître le pouvoir de la direction est fondée. Il ressort du dossier qu'en adoptant la Loi, le gouvernement visait, du moins en partie, à la fois à réduire les coûts et à accroître les droits de la direction (mémoire des

(Reply), at paras. 8 and 14). To the extent that the objective of the law was to cut costs, that objective is suspect as a pressing and substantial objective under the authority in *N.A.P.E.* and *Martin*, indicating that "courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints" (*N.A.P.E.*, at para. 72; see also *Martin*). Nor, on the facts of this case, is it clear that increasing management power is an objective that is "pressing and substantial in a free and democratic society". However, this does not detract from the fact that the government has established other pressing and substantial objectives.

(ii) Is There a Rational Connection Between the Means Adopted by the Act and the Pressing and Substantial Objectives?

The second stage of the *Oakes* analysis requires the government to establish that there is a rational connection between the pressing and substantial objective and the means chosen by the government to achieve the objective. In other words, the government must establish, on the balance of probabilities, that the means adopted in the Act are rationally connected to achieving its pressing and substantial objectives. This element of the *Oakes* test has been described in this Court as "not particularly onerous" (see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 228, cited in *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34, at para. 34).

Broadly speaking, the means adopted by the Act include: modifying the scheme of bumping rights, winding up the HLAA and ESLA, and loosening restrictions on the employer's capacity to contract out non-clinical services, transfer and reassign employees, and lay off employees. Although the evidence does not conclusively establish that the means adopted by the Act achieve the government's objectives, it is at least logical and reasonable to conclude so. We therefore move to the determinative inquiry of minimal impairment.

appelants (réplique), par. 8 et 14). Dans la mesure où l'objectif de la loi est de réduire les coûts, cet objectif demeure sujet à caution en tant qu'objectif urgent et réel selon *N.A.P.E.* et *Martin*, d'après lesquels « les tribunaux continueront de faire montre d'un grand scepticisme à l'égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte* » (*N.A.P.E.*, par. 72; voir aussi *Martin*). Par ailleurs, d'après les faits de l'espèce, il ne ressort pas clairement que l'accroissement du pouvoir de la direction constitue un objectif « urgent et réel dans une société libre et démocratique ». Cela étant, il demeure que le gouvernement a établi d'autres objectifs urgents et réels, comme nous l'avons vu.

(ii) Existe-t-il un lien rationnel entre les moyens adoptés dans la Loi et les objectifs urgents et réels?

148 La deuxième étape de la méthode d'analyse *Oakes* exige du gouvernement qu'il établisse l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens qu'il choisit pour atteindre cet objectif. En d'autres termes, il doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les moyens choisis dans la Loi conservent un lien rationnel avec la réalisation des objectifs urgents et réels qu'elle poursuit. La Cour a affirmé que cet élément du critère *Oakes* n'était « pas particulièrement exigeant » (voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 228, cité dans *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34, par. 34).

149 En général, parmi les moyens adoptés dans la Loi figurent la modification du régime concernant les droits de supplantation, la liquidation de la HLAA et de l'ESLA, et l'assouplissement des restrictions à la capacité de l'employeur de sous-traiter des services non cliniques, de procéder à des transferts et à de nouvelles affectations, et de mettre des employés en disponibilité. Bien que la preuve n'établisse pas de façon concluante que les moyens adoptés dans la Loi permettent la réalisation des objectifs du gouvernement, une telle conclusion est au moins logique et raisonnable. Nous passons donc à l'examen déterminant de l'atteinte minimale.

(iii) Does the Act Minimally Impair the *Charter* Rights of the Appellants?

150 At the third stage of the *Oakes* test, the court is directed to inquire whether the impugned law minimally impairs the *Charter* right (*Oakes*, at p. 139, citing *Big M Drug Mart*, at p. 352). The government need not pursue the least drastic means of achieving its objective. Rather, a law will meet the requirements of the third stage of the *Oakes* test so long as the legislation "falls within a range of reasonable alternatives" which could be used to pursue the pressing and substantial objective (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160).

151 We conclude that the requirement of minimal impairment is not made out in this case. The government provides no evidence to support a conclusion that the impairment was minimal. It contents itself with an assertion of its legislative goal — "to enhance management flexibility and accountability in order to make the health care system sustainable over the long term", — adding that "the *Act* is a measured, reasonable, and effective response to this challenge, and . . . satisfies the minimal impairment requirement" (Respondent's Factum, at para. 147). In the absence of supportive evidence, we are unable to conclude that the requirement of minimal impairment is made out in this case.

152 The provisions at issue bear little evidence of a search for a minimally impairing solution to the problem the government sought to address.

153 Section 6(2) forbids any provision "that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement". It gives the employers absolute power to contract out of collective agreements. There is no need or incentive to consult with the union or the employees before sending the work they normally perform to an outside contractor. To forbid any contracting out clause completely and unconditionally strikes us as not minimally

(iii) La Loi porte-t-elle atteinte de façon minimale aux droits garantis aux appelants par la *Charte*?

À la troisième étape de la méthode d'analyse *Oakes*, le tribunal est tenu de vérifier si la loi contestée constitue une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte* (*Oakes*, p. 139, citant *Big M Drug Mart*, p. 352). Le gouvernement n'a pas besoin de recourir aux moyens les moins radicaux pour parvenir à son objectif. La loi satisfait plutôt aux exigences de la troisième étape si elle « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables » pouvant servir à la réalisation de l'objectif urgent et réel (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160).

Nous concluons qu'il n'a pas été satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale en l'espèce. Le gouvernement n'a présenté aucune preuve à l'appui de la conclusion que l'atteinte restait minimale. Il se contente d'invoquer son objectif législatif — [TRADUCTION] « donner à la direction plus de latitude et accroître son obligation de rendre compte afin d'assurer à long terme la viabilité du système de santé », — ajoutant que [TRADUCTION] « la *Loi* constitue un moyen modéré, raisonnable et efficace de surmonter cette difficulté et [. . .] satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale » (mémoire de l'intimée, par. 147). Faute de preuve nécessaire, nous ne pouvons conclure qu'il a été satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale en l'espèce.

La teneur des dispositions en cause ne laisse pas facilement croire qu'on ait cherché la solution la moins attentatoire possible au problème que le gouvernement voulait régler.

Ainsi le par. 6(2) interdit toute clause [TRADUCTION] « qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit d'un employeur du secteur de la santé de sous-traiter [. . .] hors du cadre défini par la convention collective ». Il donne à l'employeur le pouvoir absolu de sous-traiter hors du cadre défini par la convention collective. L'employeur n'est pas tenu de consulter le syndicat ou les employés avant de sous-traiter le travail que ces derniers exécutent normalement, et

impairing. A more refined provision, for example, permitting contracting out after meaningful consultation with the union, might be envisaged.

il n'est pas incité à le faire non plus. L'interdiction complète et inconditionnelle de toute stipulation régissant la sous-traitance ne nous paraît pas constituer une atteinte minimale. On pourrait envisager, à titre d'exemple, une clause plus nuancée qui permettrait de recourir à la sous-traitance après une véritable consultation du syndicat.

Section 6(4) makes void a provision in a collective agreement to consult before contracting out. The bite of s. 6(4) is arguably small; given the employer's absolute power to contract out under s. 6(2), there would appear to be no reason for an employer to agree to such a clause in any event. However, insofar as it hammers home the policy of no consultation under any circumstances, it can scarcely be described as suggesting a search for a solution that preserves collective bargaining rights as much as possible, given the legislature's goal.

154 De son côté, le par. 6(4) rend inopérante toute clause de convention collective qui oblige à consulter avant de recourir à la sous-traitance. On peut soutenir que le par. 6(4) a peu d'effets; en raison du pouvoir absolu de recourir à la sous-traitance que le par. 6(2) confère à l'employeur, il semble que celui-ci n'ait aucune raison de souscrire à une telle clause de toute façon. Toutefois, dans la mesure où cette disposition met fortement l'accent sur la politique de non-consultation en toute circonstance, on ne saurait guère affirmer qu'il tend à indiquer qu'on a cherché une solution qui protège dans la mesure du possible le droit à la négociation collective, compte tenu de l'objectif du législateur.

Section 9 evinces a similar disregard for the duty to consult the union, in this case before making changes to the collective agreement's layoff and bumping rules. It is true that s. 9 was temporally limited, being in force only to December 31, 2005. However, this is scant comfort to employees who may have been laid off or bumped before this date, without the benefit of a union to represent them on the issue.

155 Par ailleurs, l'art. 9 traduit une volonté de rejet analogue de toute obligation de consulter le syndicat, en l'espèce avant de modifier les règles de la convention collective applicables à la mise en disponibilité et à la supplantation. Il est vrai que l'art. 9 était limité dans le temps, s'appliquant seulement jusqu'au 31 décembre 2005. Toutefois, cette limitation n'apporte aucun réconfort aux employés mis en disponibilité ou supplantés avant cette date, sans qu'un syndicat ait pu les représenter à ce sujet.

An examination of the record as to alternatives considered by the government reinforces the conclusion that the impairment in this case did not fall within the range of reasonable alternatives available to the government in achieving its pressing and substantial objective of improving health care delivery. The record discloses no consideration by the government of whether it could reach its goal by less intrusive measures, and virtually no consultation with unions on the matter.

156 L'examen du dossier quant aux solutions envisagées par le gouvernement renforce la conclusion que l'atteinte portée au droit constitutionnel en l'espèce n'entre pas dans la catégorie des mesures raisonnables dont disposait le gouvernement pour atteindre son objectif urgent et réel d'améliorer la prestation des services de santé. Selon le dossier, le gouvernement ne s'est pas demandé s'il pourrait atteindre son objectif par des mesures moins attentatoires et il n'a guère consulté les syndicats à ce sujet.

Legislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation. On the other

157 Le législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative.

hand, it may be useful to consider, in the course of the s. 1 justification analysis, whether the government considered other options or engaged consultation with the affected parties, in choosing to adopt its preferred approach. The Court has looked at pre-legislative considerations in the past in the context of minimal impairment. This is simply evidence going to whether other options, in a range of possible options, were explored.

158 In this case, the only evidence presented by the government, including the sealed evidence, confirmed that a range of options were on the table. One was chosen. The government presented no evidence as to why this particular solution was chosen and why there was no consultation with the unions about the range of options open to it.

159 The evidence establishes that there was no meaningful consultation prior to passing the Act on the part of either the government or the HEABC (as employer). The HEABC neither attempted to renegotiate provisions of the collective agreements in force prior to the adoption of Bill 29, nor considered any other way to address the concerns noted by the government relating to labour costs and the lack of flexibility in administrating the health care sector. The government also failed to engage in meaningful bargaining or consultation prior to the adoption of Bill 29 or to provide the unions with any other means of exerting meaningful influence over the outcome of the process (for example, a satisfactory system of labour conciliation or arbitration). Union representatives had repeatedly expressed a desire to consult with government regarding specific aspects of the Act, and had conveyed to the government that the matters to be dealt with under the Act were of particular significance to them. Indeed, the government had indicated willingness to consult on prior occasions. Yet, in this case, consultation never took place. The only evidence of consultation is a brief telephone conversation between a member of the government and a union representative within

Par contre, il peut être utile de se demander, dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier, si le gouvernement a envisagé d'autres solutions ou consulté les parties visées, en choisissant d'adopter la méthode qu'il privilégiait. Par le passé, la Cour a déjà examiné ce genre de facteurs prélégislatifs dans le contexte de l'étude de l'atteinte minimale. Ce type de preuve permet tout simplement d'étudier quelles options à l'intérieur d'une gamme de choix possibles ont été prises en considération.

En l'espèce, les seuls éléments de preuve présentés par le gouvernement, y compris ceux qu'on retrouve dans la preuve produite sous scellés, confirmaient qu'une gamme de solutions ont été présentées. L'une d'entre elles a été choisie. Le gouvernement n'a offert aucune preuve expliquant pourquoi il a retenu la solution particulière en discussion dans ce dossier ni pourquoi il n'a pas consulté les syndicats au sujet de la gamme de solutions qui s'offraient à lui.

La preuve établit l'absence de véritable consultation avant l'adoption de la Loi par le gouvernement et par la HEABC (en tant qu'employeur). La HEABC n'a pas tenté de renégocier les clauses de conventions collectives en vigueur avant l'adoption du projet de loi 29 et ni envisagé d'autres façons de dissiper les préoccupations exprimées par le gouvernement au sujet des coûts de main-d'œuvre et du manque de souplesse dans l'administration du secteur de la santé. Par ailleurs, le gouvernement n'a pas procédé à de véritables négociations ou consultations avant l'adoption du projet de loi 29 et ni offert aux syndicats d'autres moyens d'influer utilement sur l'issue du processus (par exemple, un système satisfaisant de conciliation ou d'arbitrage). Les représentants syndicaux ont indiqué à maintes reprises qu'ils voulaient discuter avec le gouvernement de certains aspects de la Loi et ils l'ont informé que les questions à traiter sous le régime de la Loi revêtaient une importance particulière pour eux. En fait, le gouvernement avait déjà indiqué qu'il était disposé à procéder à des consultations. Cependant les consultations n'ont jamais eu lieu en l'espèce. La seule preuve de consultation consiste en une brève conversation téléphonique entre un

the half hour before the Act (then Bill 29) went to the legislature floor and limited to informing the union of the actions that the government intended to take.

This was an important and significant piece of labour legislation. It had the potential to affect the rights of employees dramatically and unusually. Yet it was adopted with full knowledge that the unions were strongly opposed to many of the provisions, and without consideration of alternative ways to achieve the government objective, and without explanation of the government's choices.

We conclude that the government has not shown that the Act minimally impaired the employees' s. 2(*d*) right of collective bargaining. It is unnecessary to consider the proportionality between the pressing and substantial government objectives and the means adopted by the law to achieve these objectives. We find that the offending provisions of the Act (ss. 6(2), 6(4) and 9) cannot be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter* and are therefore unconstitutional.

B. *Does the Act Violate Section 15 Equality Rights?*

Having established that ss. 6(2), 6(4) and 9 are unconstitutional on the basis that they infringe the right to bargain collectively in s. 2(*d*), we must consider whether the remainder of Part 2 of the Act violates the guarantee of equality under s. 15 of the *Charter*.

Section 15(1) of the *Charter* provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

membre du gouvernement et un représentant syndical dans la demi-heure précédant le dépôt de la Loi (alors projet de loi 29) devant la législature et qui s'est limitée à informer le syndicat des mesures que le gouvernement entendait prendre.

Ce projet de loi représentait une importante mesure législative dans le domaine du travail. Il était susceptible d'avoir un effet dramatique et exceptionnel sur les droits des employés. Pourtant le gouvernement l'a adopté en sachant parfaitement que les syndicats s'opposaient fortement à de nombreuses dispositions de ce projet, sans envisager d'autres moyens qui lui auraient permis d'atteindre son objectif et sans expliquer ses choix. 160

Nous concluons que le gouvernement n'a pas établi que la Loi ne portait qu'une atteinte minimale au droit de négociation collective reconnu aux employés par l'al. 2*d*). Il est inutile alors de s'interroger sur la proportionnalité entre les objectifs urgents et réels du gouvernement et les moyens adoptés par la loi pour réaliser ces objectifs. Nous estimons que les dispositions attentatoires de la Loi (par. 6(2) et (4) et art. 9) ne peuvent se justifier en tant que limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte* et que, de ce fait, elles sont inconstitutionnelles. 161

B. *La Loi viole-t-elle les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte?*

Après avoir établi que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 sont inconstitutionnels parce qu'ils portent atteinte à un processus de négociation collective garanti à l'al. 2*d*), nous devons maintenant déterminer si les autres dispositions de la partie 2 de la Loi portent aussi atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. 162

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose : 163

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

164 At issue is whether the Act violates s. 15 of the *Charter*, and more specifically, that the Act discriminates against health care workers based on a number of interrelated enumerated and analogous grounds including: sex, employment in the health care sector, and status as non-clinical workers.

165 The courts below found no discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*. We would not disturb these findings. Like the courts below, we conclude that the distinctions made by the Act relate essentially to segregating different sectors of employment, in accordance with the long-standing practice in labour regulation of creating legislation specific to particular segments of the labour force, and do not amount to discrimination under s. 15 of the *Charter*. The differential and adverse effects of the legislation on some groups of workers relate essentially to the type of work they do, and not to the persons they are. Nor does the evidence disclose that the Act reflects the stereotypical application of group or personal characteristics. Without minimizing the importance of the distinctions made by the Act to the lives and work of affected health care employees, the differential treatment based on personal characteristics required to get a discrimination analysis off the ground is absent here.

166 Accordingly, we see no reason to depart from the view of the trial judge that these effects on health care workers, however painful, do not, on the evidence adduced in this case, constitute discrimination under s. 15 of the *Charter*.

167 In summary, we find that the impugned Act does not violate s. 15 of the *Charter*. Therefore, there is no need to consider potential reasonable justification under s. 1.

Il faut alors déterminer si la Loi porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte* et, plus particulièrement, si elle établit contre les travailleurs du secteur de la santé une discrimination fondée sur plusieurs motifs énumérés ou analogues interreliés, notamment le sexe, l'occupation d'un emploi dans le secteur de la santé et le statut des travailleurs du secteur des services non cliniques.

Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à l'absence de discrimination interdite par l'art. 15 de la *Charte*. Nous sommes d'avis de ne pas modifier ces conclusions. Comme les tribunaux d'instance inférieure, nous concluons que les distinctions créées par la Loi tiennent essentiellement aux différences qui existent entre les secteurs d'emploi, en raison des pratiques suivies de longue date selon lesquelles la réglementation en matière de travail est établie par des mesures législatives propres à chaque secteur du marché du travail, et qu'elles ne constituent pas de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. La différenciation et les effets préjudiciables de la loi envers certains groupes de travailleurs tiennent essentiellement au genre de travail qu'ils exécutent et non à leur personne. La preuve ne révèle pas non plus que la Loi reflète une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou de groupe. Sans minimiser l'importance des distinctions de la Loi qui marquent la vie et le travail des employés visés du secteur de la santé, en l'espèce il ne s'agit pas de traitements différents fondés sur des caractéristiques personnelles justifiant qu'on amorce l'analyse de la question de la discrimination.

Par conséquent, rien ne justifie que la Cour s'écarte du point de vue de la juge de première instance, selon qui les effets de la législation sur les travailleurs du secteur des services de santé, si pénibles qu'ils risquent de s'avérer pour eux, ne constituent pas, au vu de la preuve soumise en l'espèce, de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

En résumé, nous estimons que la Loi contestée ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si des limites raisonnables pourraient être justifiées en vertu de l'article premier.

IV. Conclusions and Disposition

For the above reasons, we allow the appeal in part, with costs. We conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act are unconstitutional. However, we suspend this declaration for a period of 12 months to allow the government to address the repercussions of this decision. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, in whole or in part, infringe s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 6(2), 6(4) and 9 infringe s. 2(*d*).

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, in whole or in part, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in part) — The future of our health care system is a matter of serious concern across the country. Sharply escalating health care costs combined with an aging population have

IV. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés précédemment, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, avec dépens. Nous concluons que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi sont inconstitutionnels. Toutefois, nous suspendons la prise d'effet de cette déclaration pour 12 mois afin de permettre au gouvernement d'examiner les répercussions de la présente décision. Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante : 168

1. La partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, en partie. Les paragraphes 6(2) et (4) et l'art. 9 enfreignent l'al. 2*d*).

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. La partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — L'avenir de notre système de santé préoccupe beaucoup les Canadiens. La croissance vertigineuse des coûts des soins de santé combinée au vieillissement 169

spurred governments to attempt to find new ways to ensure that health care services will be available to those who need them. When, in doing so, a government makes a policy decision that infringes a *Charter* right, it is required to justify its choice as a reasonable limit on the protected right.

de la population a incité les gouvernements à trouver de nouvelles façons de s'assurer que les personnes qui ont besoin des services de santé y ont accès. Lorsque, dans la poursuite d'un tel objectif, un gouvernement prend une décision de politique générale qui a pour effet de porter atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il doit justifier son choix en démontrant que la mesure constitue une limite raisonnable au droit protégé.

170 I am in general agreement with the Chief Justice and LeBel J. concerning the scope of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the collective bargaining context. I also agree that no claim of discrimination contrary to s. 15 of the *Charter* has been established. However, I part company with my colleagues over their analysis relating to both the infringement of s. 2(*d*) and the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter*.

Je souscris de manière générale aux motifs de la Juge en chef et du juge LeBel au sujet de l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière de négociation collective. Je conviens aussi que rien ne permet de conclure qu'il y a en l'espèce discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, je ne souscris pas à l'analyse de mes collègues quant à l'atteinte à l'al. 2*d*) et quant à la justification de l'atteinte selon l'article premier de la *Charte*.

171 The interpretation that the Court is now giving to s. 2(*d*) of the *Charter* is a major step forward in the recognition of collective activities. However, the importance of this advance should not overshadow the justification analysis under s. 1 of the *Charter*. Throughout the litigation, the government of British Columbia has maintained that in the event that Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 ("Act"), is found to have infringed the *Charter*, the infringement will be justified under s. 1. I find that ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act infringe s. 2(*d*) of the *Charter*, but in my view only s. 6(4) of the Act is not demonstrably justified in a free and democratic society.

L'interprétation que la Cour donne en l'espèce à l'al. 2*d*) de la *Charte* constitue une étape importante dans la reconnaissance des activités collectives. L'importance de cette avancée ne devrait pas toutefois éclipser l'analyse de la justification selon l'article premier de la *Charte*. Tout au long du litige, le gouvernement de la Colombie-Britannique a maintenu que, si la partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2 (« Loi »), enfreint la *Charte*, cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier. Je conclus que les art. 4 et 5, les par. 6(2) et (4) ainsi que l'art. 9 de la Loi contreviennent à l'al. 2*d*) de la *Charte*, mais j'estime que seul le par. 6(4) de la Loi comporte une limite dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

I. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

I. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

172 It will be helpful to recall the constitutional and statutory provisions that are at issue:

Il est utile de reproduire les dispositions constitutionnelles et législatives en cause :

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*d*) freedom of association.

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2

Right to reorganize service delivery

4 (1) A health sector employer has the right to reorganize the delivery of its services by transferring functions or services within a worksite or to another worksite within the region or to another health sector employer, including, but not limited to, partnerships or joint ventures with other health sector employers or subsidiaries.

(2) A health sector employer has the right to transfer

(a) functions or services that are to be performed or provided by another health sector employer under subsection (1) to that other health sector employer, and

(b) functions or services that are to be performed or provided at another worksite in the region to that other worksite.

(3) If a function or service is transferred to another health sector employer or within or to a worksite under this section, an employee who performs that function or service may be transferred to that employer or within or to that worksite in accordance with the regulations.

Multi-worksite assignment rights

5 A health sector employer

(a) has a right to assign an employee within or to any worksite of that employer or to a

peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

d) liberté d'association.

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2

[TRADUCTION]

Droit de réorganiser la prestation des services

4 (1) L'employeur du secteur de la santé a le droit de réorganiser la prestation de ses services en transférant des fonctions ou services soit dans le même lieu de travail soit dans un autre lieu de travail de la même région soit à un autre employeur du secteur de la santé, notamment une société de personnes ou une coentreprise formée avec d'autres employeurs du secteur de la santé, ou une filiale.

(2) L'employeur du secteur de la santé a le droit de transférer :

a) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre employeur du secteur de la santé visé au paragraphe (1) à cet autre employeur;

b) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre lieu de travail de la même région à cet autre lieu de travail.

(3) Dans le cas où une fonction ou un service est transféré à un autre employeur du secteur de la santé, dans le même lieu de travail ou dans un lieu de travail de la même région conformément au présent article, l'employé qui exécute cette fonction ou ce service peut être transféré à cet employeur, à ce même lieu de travail ou à un lieu de travail de la même région de la manière prévue aux règlements.

Droits liés aux affectations dans différents lieux de travail

5 L'employeur du secteur de la santé :

a) a le droit d'affecter un employé dans le même lieu de travail ou dans un autre lieu

worksite operated by another health sector employer for a period not exceeding that set out in the regulations and under conditions specified in the regulations, and

(b) must post any position pursuant to the collective agreement if the employer requires the successful candidate for that position to work on a regular ongoing basis at more than one worksite of that employer as a condition of employment in that position.

Contracting outside of the collective agreement for services

6 (1) In this section:

"acute care hospital" means a hospital or part of a hospital designated by regulation;

"designated health services professional" means

(a) a nurse licensed under the *Nurses (Registered) Act*,

(b) a person who is a member of a health profession designated under the *Health Professions Act* on the date on which this section comes into force, or

(c) a person in an occupation or job classification designated by regulation;

"non-clinical services" means services other than medical, diagnostic or therapeutic services provided by a designated health services professional to a person who is currently admitted to a bed in an inpatient unit in an acute care hospital, and includes any other services designated by regulation.

(2) A collective agreement between HEABC and a trade union representing employees in the health sector must not contain a provision that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services.

(3) The labour relations board or an arbitrator appointed under the Code or under a

de travail relevant de son autorité ou dans un lieu de travail relevant de l'autorité d'un autre employeur du secteur de la santé pour une durée ne dépassant pas celle prévue par règlement et aux conditions qui y sont fixées;

b) doit afficher les postes conformément à la convention collective si le poste visé requiert comme condition d'emploi que le candidat retenu travaille sur une base régulière pour une durée indéfinie à plus d'un lieu de travail relevant de son autorité.

Sous-traitance

6 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :

« **hôpital de soins actifs** » L'hôpital ou la partie d'hôpital désigné par règlement;

« **professionnel de la santé désigné** » Selon le cas :

a) infirmier autorisé en vertu de la *Nurses (Registered) Act*;

b) membre d'une profession de la santé désignée dans le cadre de la *Health Professions Act* à la date d'entrée en vigueur du présent article;

c) personne dont la classification professionnelle ou la classification de poste est désignée par règlement;

« **services non cliniques** » Services autres que les services médicaux, thérapeutiques, ou de diagnostic dispensés par un professionnel de la santé désigné au patient hospitalisé dans un hôpital de soins actifs. Sont compris dans ces services les autres services désignés par règlement.

(2) Les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés du secteur de la santé ne peuvent prévoir aucune clause qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.

(3) À moins que les personnes visées aux alinéas a) et b) ne fassent entièrement partie de

collective agreement must not declare a person who

(a) provides services under a contract between a health sector employer and an employer that is not a health sector employer, and

(b) is an employee of the employer that is not a health sector employer

to be an employee of the health sector employer unless the employee is fully integrated with the operations and under the direct control of the health sector employer.

(4) A provision in a collective agreement requiring an employer to consult with a trade union prior to contracting outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services is void.

(5) A collective agreement does not bind, and section 35 of the Code does not apply to, a person who contracts with a health sector employer.

(6) A health sector employer must not be treated under section 38 of the Code as one employer with any other health sector employer or a contractor.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

7 (1) A party to ESLA is not required to carry out a term of ESLA on or after the coming into force of this section.

(2) A party to a collective agreement is not required to carry out any part of a provision that is based on or derived from ESLA in the collective agreement.

(3) ESLA does not apply for the purposes of the interpretation or application of the collective agreement.

Healthcare Labour Adjustment Society

8 (1) In this section, "**HLAA**" means The Healthcare Labour Adjustment Society of

l'organisation et ne relèvent directement de l'employeur du secteur de la santé, elles ne sont pas reconnues comme employés du secteur de la santé par la commission des relations du travail ou un arbitre nommé en vertu du Code ou d'une convention collective :

a) les personnes qui dispensent des services dans le cadre d'un contrat entre un employeur du secteur de la santé et un employeur ne relevant pas de ce secteur;

b) l'employé qui travaille pour une personne autre qu'un employeur du secteur de la santé.

(4) Sont nulles les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.

(5) La personne qui conclut un contrat avec un employeur du secteur de la santé n'est pas liée par les conventions collectives et n'est pas visée par l'article 35 du Code.

(6) La désignation d'employeur commun prévue à l'article 38 du Code ne peut s'appliquer à l'employeur du secteur de la santé qui assure une activité avec un autre employeur du secteur de la santé ou un entrepreneur.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

7 (1) Les parties à l'ESLA ne sont pas tenues d'appliquer l'ESLA à compter de l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Les parties à une convention collective ne sont pas tenues d'appliquer les clauses, ou parties de clauses de la convention collective qui relèvent ou proviennent de l'ESLA.

(3) L'ESLA ne s'applique pas pour l'interprétation ou l'application de la convention collective.

Healthcare Labour Adjustment Society

8 (1) Pour l'application du présent article, « **HLAA** » s'entend de la Healthcare Labour Adjustment

British Columbia incorporated under the *Society Act*.

(2) The minister may appoint an administrator for HLAA.

(3) The administrator appointed under subsection (2) replaces the directors of HLAA and may exercise all the rights and duties of directors under the *Society Act*.

(4) The administrator must ensure that HLAA's programs and activities operate only to the extent necessary to honour obligations to employees of health sector employers who were laid off under ESLA and to honour existing financial commitments made to health sector or other employers for reimbursement under one of HLAA's programs.

(5) The minister may direct the administrator to offer programs and activities beyond those in subsection (4).

(6) The administrator is responsible for winding up HLAA in accordance with the *Society Act*.

(7) The administrator may wind up HLAA when its obligations under subsections (4) and (5) are complete.

(8) The administrator must complete his or her duties under this section within one year from the date on which he or she is appointed.

(9) Any money remaining in HLAA at the time it is wound up must be paid into the Health Special Account referred to in the *Health Special Account Act*.

Layoff and bumping

9 For the period ending December 31, 2005, a collective agreement must not contain a provision that

(a) restricts or limits a health sector employer from laying off an employee,

(b) subject to paragraph (c), requires a health sector employer to meet conditions before giving layoff notice,

Society of British Columbia, société constituée en vertu de la *Society Act*.

(2) Le ministre peut nommer un administrateur à la HLAA.

(3) L'administrateur visé au paragraphe (2) remplace les directeurs de la HLAA et peut exercer toutes les attributions que la *Society Act* confère aux directeurs.

(4) L'administrateur doit s'assurer que les programmes et activités de la HLAA sont utilisés uniquement dans la mesure nécessaire pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations envers les employés du secteur de la santé mis à pied aux termes de l'ESLA et pour lui permettre de respecter les engagements financiers qu'il a pris envers les employeurs du secteur de la santé ou d'autres employeurs pour effectuer les remboursements prévus à l'un des programmes de la HLAA.

(5) Le ministre peut enjoindre à l'administrateur d'offrir des programmes et activités autres que ceux mentionnés au paragraphe (4).

(6) L'administrateur est tenu de liquider la HLAA conformément aux dispositions de la *Society Act*.

(7) L'administrateur peut liquider la HLAA une fois que toutes les obligations prévues aux paragraphes (4) et (5) auront été remplies.

(8) L'administrateur doit s'acquitter des obligations qui lui sont confiées en application du présent article dans l'année qui suit la date de sa nomination.

(9) Tout solde appartenant à la HLAA au moment de sa liquidation est versé dans le Health Special Account mentionné dans la *Health Special Account Act*.

Mise en disponibilité et supplantation

9 Pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les conventions collectives ne peuvent prévoir aucune clause qui, selon le cas :

a) restreint ou limite le pouvoir de l'employeur du secteur de la santé de mettre en disponibilité;

b) sous réserve de l'alinéa c), oblige l'employeur du secteur de la santé à répondre à certaines conditions avant de donner un préavis de mise en disponibilité;

(c) requires a health sector employer to provide more than 60 days' notice of layoff to an employee directly or indirectly affected and to the trade union representing the employee, or

(d) provides an employee with bumping options other than the bumping options set out in the regulations.

Part prevails over collective agreements

10 (1) A collective agreement that conflicts or is inconsistent with this Part is void to the extent of the conflict or inconsistency.

(2) A provision of a collective agreement that

(a) requires a health sector employer to negotiate with a trade union to replace provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1), or

(b) authorizes or requires the labour relations board, an arbitrator or any person to replace, amend or modify provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1),

is void to the extent that the provision relates to a matter prohibited under this Part.

c) oblige l'employeur du secteur de la santé à donner un préavis de mise en disponibilité de plus de 60 jours à l'employé directement ou indirectement visé et au syndicat qui le représente;

d) offre à l'employé des choix quant à la supplantation autres que ceux prescrits par règlement.

La présente partie l'emporte sur les conventions collectives

10 (1) Sont inopérantes les clauses de conventions collectives qui entrent en conflit ou sont incompatibles avec la présente partie.

(2) Sont inopérantes, dans la mesure où elles portent sur l'une des interdictions prévues à la présente partie les clauses de conventions collectives qui :

a) soit obligent l'employeur du secteur de la santé à négocier avec le syndicat en vue du remplacement d'une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1);

b) soit autorisent la commission des relations du travail, l'arbitre ou toute autre personne à remplacer ou modifier une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1), ou lui imposent cette obligation.

II. Analysis

I will begin by discussing s. 2(*d*) of the *Charter* in the context of legislation that interferes with collective bargaining where the government is not acting as a party to a collective bargaining process but is, as in this case, performing its legislative function. I will then examine the alleged infringement of s. 2(*d*) in the case at bar. Next, turning to s. 1 of the *Charter*, I will review the contextual approach, after which I will assess the impugned legislative measures.

A. *Freedom of Association and Collective Bargaining Under the Charter*

I am in agreement with the following key propositions stated by the majority concerning the scope of s. 2(*d*) of the *Charter*:

II. Analyse

J'examinerai d'abord l'al. 2*d*) de la *Charte* dans le contexte d'une loi qui entrave une négociation collective où le gouvernement agit non en tant que partie au processus de négociation collective, mais, comme c'est le cas en l'espèce, en tant que législateur. J'aborderai ensuite l'atteinte alléguée à l'al. 2*d*) en l'espèce, après quoi, en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, je procéderai à l'analyse contextuelle. Je terminerai en évaluant les dispositions contestées. 173

A. *Liberté d'association et négociation collective sous le régime de la Charte*

Je souscris aux grands principes suivants que la majorité a formulés au sujet de la portée de l'al. 2*d*) de la *Charte* : 174

(1) the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment;

(2) the right is to a process of collective bargaining — it does not guarantee a certain substantive or economic outcome or access to any particular statutory regime; and

(3) the right places constraints on the exercise of legislative powers in respect of the collective bargaining process.

175 However, I have concerns with the majority's test for determining whether a government measure amounts to an infringement of s. 2(*d*). According to my colleagues, the test involves two inquiries, the first into the importance of the matter for the union and the employees, and the second into the impact of the measure on the collective right to good faith negotiation and consultation. They summarize it as follows (at para. 93):

> Generally speaking, determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries. The first inquiry is into the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, to the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert. The second inquiry is into the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation.

176 The majority focus on "substantial" interference with a collective bargaining process and purport to do so on the basis of this Court's decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94 (majority reasons at paras. 19, 35 and 90). However, the "substantial interference" standard cannot be adopted in this case simply because it was mentioned in *Dunmore*.

(1) Le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.

(2) Il s'agit d'un droit à un processus de négociation collective — il ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques ni l'accès à un régime légal précis.

(3) Le droit en cause restreint le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective.

Je suis toutefois préoccupée par la grille d'analyse que la majorité suggère pour déterminer si une mesure gouvernementale enfreint l'al. 2*d*). Selon mes collègues, l'analyse implique deux temps : le premier porte sur l'importance que revêt la question pour le syndicat et les employés et le second concerne l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi. Voici comment ils résument la grille d'analyse (par. 93) :

> De façon générale, pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective protégé par la *Charte* constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions. D'abord, il faut déterminer l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle la capacité des syndiqués d'agir d'une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs est compromise. Puis, on doit étudier l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi.

La majorité met l'accent sur les entraves « substantielles » au processus de négociation collective, disant se fonder sur *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94 (motifs de la majorité, par. 19, 35 et 90). Cependant, la norme de l'« entrave substantielle » ne peut être adoptée en l'espèce du simple fait qu'elle est mentionnée dans *Dunmore*. Il est

It is necessary to look closely at the principles applied in that case. The concept of "substantial interference" was introduced by Bastarache J. in *Dunmore* because that case dealt with whether the government had a positive obligation to extend to a claimant the benefits of a particular statutory regime from which he or she was excluded. Requiring "substantial interference" was presented as one of the considerations circumscribing "the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*" (para. 24). The term referred to the heavier burden on a claimant attempting to make a case of underinclusion that had been established by the Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, and *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. The use of the "substantial interference" criterion is explained in para. 25 of *Dunmore*. The following excerpt captures its essence:

> In my view, the evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity. [Emphasis deleted.]

Since the present appeal does not involve a claim of underinclusive legislation, but an obligation that the state not interfere in a collective bargaining process, I cannot agree with imposing a "substantial interference" standard.

Moreover, the first inquiry of the majority's test ("the importance of the matter affected to the process of collective bargaining" (para. 93)) is focused on the substance of the workplace issue rather than on interference with the collective bargaining process, which is what the constitutionally guaranteed right protects against. Since there is no constitutional protection for the substantive outcome of a collective bargaining process, I consider that the matter affected is not the threshold issue when a claim is being evaluated under s. 2(*d*) of the *Charter*. Rather, the primary focus of the inquiry should be whether the legislative measures infringe the ability of workers to act in common in relation to workplace issues. However, I recognize that the significance of the matter may be relevant. In some cases,

nécessaire d'examiner de près les principes appliqués dans cet arrêt. Le juge Bastarache a introduit dans *Dunmore* la notion d'« entrave substantielle » parce qu'il s'agissait dans cette affaire de décider si le gouvernement avait l'obligation positive d'accorder à un demandeur le bénéfice des avantages prévus par un régime légal précis dont il était exclu. L'exigence d'« entrave substantielle » a été présentée comme étant l'une des considérations qui délimitent « la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte* » (par. 24). Cette expression est utilisée pour décrire le fardeau additionnel dont le demandeur doit s'acquitter pour prouver la non-inclusion conformément aux arrêts *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989. L'emploi du critère de l'« entrave substantielle » est expliqué au par. 25 de *Dunmore*. Il est bien illustré dans l'extrait suivant :

> La charge de preuve consiste à mon avis à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*d*). [Soulignement omis.]

177 Étant donné que le litige, en l'espèce, porte non pas sur la portée trop limitative de la loi, mais sur l'obligation de l'État de ne pas entraver un processus de négociation collective, je ne peux être d'accord pour qu'on applique la norme de l'« entrave substantielle ».

178 De plus, le premier critère que comporte l'analyse de la majorité (« l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective » (par. 93)) est axé sur la substance de la question liée au milieu de travail plutôt que sur l'entrave au processus de négociation collective, qui seul fait l'objet de la garantie constitutionnelle. Étant donné que le résultat concret obtenu à l'issue d'un processus de négociation collective ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle, je considère que la substance du droit n'est pas la première question qu'il faut se poser pour l'évaluation de la demande selon l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il faudrait plutôt vérifier en premier lieu si les mesures législatives entravent la capacité des travailleurs d'agir de concert pour ce qui est des questions liées au

it may be helpful to consider whether the matter affected is of so little significance that the right to a collective bargaining process is not infringed and, accordingly, the purpose of freedom of association is not engaged. Nevertheless, I remain unconvinced that the importance of the workplace issue should "play a key role" in the infringement analysis.

179 With respect to the second inquiry ("the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation" (para. 93)), I am concerned with the way this test is restated and applied in the majority's reasons. For example, rather than focussing on the impact on the right, the majority refer to "the manner in which the government measure is accomplished" (para. 109), "the process by which the measure was implemented" (para. 112) and "the process by which the changes were made" (para. 129). With respect, these formulations imply a duty to consult that is inconsistent with the proposition that "[l]egislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation" (para. 157), one with which I fully agree. Another concern is that the majority consider the "circumstances" surrounding the adoption of the legislative provisions, such as the spiralling health care costs faced by the government, at the stage of determining whether s. 2(*d*) is infringed. In my view, those considerations are entirely relevant to the s. 1 justification analysis, but are irrelevant where the issue is whether freedom of association is infringed.

180 Given these concerns, I find it more appropriate to rely on a somewhat different test than the one suggested by the majority, although the test I propose is built on the same foundation as theirs (see majority's reasons, at para. 96). I am adjusting their test to take into consideration the fact that what is in issue is a positive infringement, not underinclusiveness, and that what is under scrutiny is legislation, not government action. My test can be stated as follows:

milieu de travail. Je reconnais que l'importance de la question en jeu peut être un facteur pertinent. Ainsi, dans certains cas, il peut être utile d'examiner si le peu d'importance qu'elle revêt fait en sorte qu'il n'y a pas atteinte au droit à un processus de négociation collective et que l'objet de la liberté d'association ne trouve donc pas application. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue que l'importance de l'intérêt en jeu doive jouer un rôle primordial dans l'analyse de l'atteinte.

Pour ce qui est du second critère (« l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi » (par. 93)), je suis préoccupée par la façon dont il est réitéré et appliqué dans les motifs de la majorité. Par exemple, au lieu de se concentrer sur l'impact que la mesure peut avoir sur le droit, la majorité mentionne qu'il faut examiner « la manière dont la mesure a été mise en œuvre » (par. 109), « son application » (par. 112) et « le processus de réalisation des changements » (par. 129). Soit dit en tout respect, ces énoncés impliquent une obligation de consultation qui va à l'encontre de la thèse que « [l]e législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative » (par. 157), thèse à laquelle je souscris. Autre sujet de préoccupation : la majorité considère les « circonstances » de l'adoption des mesures législatives, par exemple la montée en flèche des coûts des soins de santé à laquelle le gouvernement doit faire face, à l'étape où il doit déterminer s'il y a eu atteinte à l'al. 2*d*). À mon avis, ces considérations sont directement pertinentes pour l'analyse de la justification au sens de l'article premier, mais ne permettent pas de déterminer s'il y a atteinte ou non à la liberté d'association.

Vu ces préoccupations, je crois plus approprié de me fonder sur une grille d'analyse quelque peu différente, tout en m'inspirant de la formulation de la majorité (voir les motifs de la majorité, par. 96). J'adapte l'analyse pour tenir compte du fait qu'il s'agit d'évaluer une ingérence positive, non la portée limitative, et un texte législatif, non une action gouvernementale. La grille d'analyse que je propose peut être ainsi libellée :

Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about significant workplace issues between employees and their employer may interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify negotiated terms on significant workplace issues in existing collective agreements.

Les lois ou les actes de l'État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet d'importantes questions liées au milieu de travail peuvent interférer dans l'activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations négociées à propos d'importantes questions liées au milieu de travail que prévoient des conventions collectives en vigueur.

This test still involves two inquiries. The first is into whether the process of negotiation between employers and employees or their representatives is interfered with in any way, and the second into whether the interference concerns a significant issue in the labour relations context. An approach under which interference with the process is considered first has the merit of focussing attention on the constitutionally protected right itself, rather than having the court indirectly protect the substance of clauses in collective agreements. Only if the court determines that there has been interference with a process of negotiation should it turn to the second inquiry and consider whether the issues involved are significant, in order to ensure that the scope of s. 2(*d*) is not interpreted so as to exceed its purpose. In this way, not all workplace issues, but only significant ones, are relevant to s. 2(*d*). I agree with the majority that the "protection does not cover all aspects of 'collective bargaining', as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country" (para. 19). There may be matters covered by collective agreements that do not warrant constitutional protection — it is not every workplace issue that triggers s. 2(*d*) protection, but only those of significance.

181 Cette grille d'analyse comporte aussi deux temps. Premièrement, il faut déterminer s'il y a eu entrave de quelque façon que ce soit au processus de négociation entre employeur et employés ou leurs représentants. Deuxièmement, il faut déterminer si l'entrave concerne une question importante dans le contexte des relations du travail. Le fait d'examiner d'abord l'entrave au processus a le mérite de permettre de concentrer toute l'attention sur le droit protégé par la Constitution, au lieu de protéger indirectement la substance des clauses de conventions collectives. C'est seulement lorsque le tribunal conclut qu'il y a entrave au processus de négociation qu'il peut procéder à la seconde étape et vérifier si les questions en cause sont importantes, afin de s'assurer que l'al. 2*d*) n'est pas interprété de manière à ce que sa portée dépasse son objet. Ainsi, sont pertinentes pour l'analyse fondée sur l'al. 2*d*) non pas toutes les questions liées au milieu de travail, mais seulement celles qui sont importantes. Je conviens avec la majorité que la « protection ne couvre pas tous les aspects de la "négociation collective" au sens où ce terme est employé dans les régimes légaux des relations du travail applicables dans tout le pays » (par. 19). Bon nombre de sujets qui peuvent faire l'objet de conventions collectives ne justifient pas la protection de la Constitution. Toutes les questions liées au milieu de travail ne déclenchent pas la mise en œuvre de la protection de l'al. 2*d*); seules celles qui sont importantes ont cet effet.

Thus, legislation that alters terms of a collective agreement bearing on significant workplace issues, or that precludes negotiations on significant workplace issues that would normally be negotiable, will interfere with the collective bargaining process. Such legislative measures nullify negotiations that

182 Ainsi, une loi qui a pour effet de modifier une convention collective portant sur d'importantes questions liées au milieu de travail ou qui exclut de la négociation d'importantes questions liées au milieu de travail qui seraient normalement négociables constitue une ingérence dans le processus

have already taken place or prevent future negotiations on the topics they cover.

183 Even though I disagree with significant aspects of the majority's test for determining whether an infringement has occurred, I agree, for the reasons set out below, that certain provisions of the Act infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

B. *Infringement of Section 2(d) of the Charter*

184 This case concerns a claim that legislation enacted by the government of British Columbia interferes with the collective bargaining process, both because it unilaterally nullifies significant terms in existing collective agreements and because it precludes future collective bargaining on certain issues. The relevant collective bargaining process in this case involves, on the one hand, the Health Employers Association of British Columbia ("HEABC"), whose members are both public and private sector employers, and, on the other hand, health care unions. I will deal first with the provisions that do not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*, before turning to those that do.

185 Sections 3 and 6(1) of the Act, which are definition provisions, and s. 10, which is an interpretative clause that operates only in conjunction with other provisions, do not need to be reviewed independently. Moreover, I agree with the majority that ss. 6(3), 6(5) and 6(6) of the Act do not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. They do not interfere with the collective bargaining process, but merely modify entitlements under a statutory scheme, which is within the legislature's authority. Similarly, for the reasons given by the majority, I agree that ss. 7 and 8 of the Act, which deal with statutory job security programs, do not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. They do not relate to a collective bargaining process, past or future.

de négociation collective. Des mesures législatives de cette nature rendent sans effet les négociations ayant déjà eu lieu ou excluent, pour l'avenir, la tenue de négociations sur les sujets qu'elles visent.

Bien que je sois en désaccord avec d'importants aspects de la grille d'analyse que la majorité élabore pour déterminer s'il y a entrave, je conviens, pour les motifs énoncés ci-dessous, que certaines dispositions de la Loi enfreignent l'al. 2*d*) de la *Charte*.

B. *Infraction à l'al. 2d) de la Charte*

En l'espèce, les appelants soutiennent qu'une loi adoptée par le gouvernement de la Colombie-Britannique constitue une ingérence dans le processus de négociation collective parce qu'elle annule de façon unilatérale d'importantes conditions prévues dans des conventions collectives existantes et qu'elle exclut, pour l'avenir, la négociation collective de certaines questions. Le processus de négociation collective en cause concerne, d'une part, la Health Employers Association of British Columbia (« HEABC »), composée d'employeurs des secteurs public et privé, et, d'autre part, des syndicats du secteur de la santé. Je vais d'abord traiter des dispositions qui ne contreviennent pas à l'al. 2*d*) de la *Charte*, puis de celles qui l'enfreignent.

Il n'y a pas lieu d'examiner de façon indépendante l'art. 3 et le par. 6(1) de la Loi, qui sont des dispositions définitoires, ni l'art. 10, qui est une disposition interprétative s'appliquant uniquement conjointement avec d'autres dispositions. De plus, comme la majorité, j'estime que les par. 6(3), (5) et (6) de la Loi ne contreviennent pas à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Ils ne constituent pas une ingérence dans le processus de négociation collective; ils ne font que modifier des droits conférés dans le cadre d'un régime légal, ce qui est du ressort de l'assemblée législative. De même, pour les motifs exposés par la majorité, je conviens que les art. 7 et 8 de la Loi, qui concernent des programmes de sécurité d'emploi, n'enfreignent pas l'al. 2*d*) de la *Charte*. Ils ne visent pas un processus de négociation collective, passé ou futur.

Sections 4 and 5 of the Act deal with the transfer and assignment of employees. Certain existing collective agreement provisions establish when an employee may refuse a transfer and how assignments are to take place. Similarly, existing collective agreements contain provisions relating to contracting out, which is dealt with in ss. 6(2) and 6(4) of the Act, and to layoffs and bumping, which are dealt with in s. 9 of the Act.

Therefore, ss. 4 and 5 of the Act (in conjunction with s. 10) nullify some existing terms of collective agreements and limit the scope of future negotiations; they prevent workers from engaging in associational activities on transfers and assignments. The majority appear to consider such provisions as importing "relatively innocuous administrative changes" (para. 12). However, I have some difficulty with discounting the importance of these working conditions by regarding them as insignificant. I prefer to consider the impact of the *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002 ("Regulation"), at the justification stage. Accordingly, I find that these provisions infringe s. 2(*d*) of the *Charter.*

I agree with the majority that ss. 6(2) and 6(4) of the Act (in conjunction with s. 10) explicitly "repudiat[e] past collective bargaining relating to the issue of contracting out and mak[e] future collective bargaining over this issue meaningless" (para. 121). These provisions nullify past collective bargaining relating to contracting out, thereby rendering the process nugatory, and preclude future collective bargaining on the issue. They concern a significant issue of employment security, and negotiating such issues is one of the purposes of associational activities in the workplace. I also agree with the majority that s. 9 of the Act (in conjunction with s. 10) interferes with collective bargaining in that it makes "collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and also invalidate[s] parts of collective agreements dealing with these issues" (para. 127). Section 9 deals with significant workplace issues related to the purpose of s. 2(*d*): layoff provisions give union members a degree of support at times when their

Les articles 4 et 5 de la Loi traitent des transferts et affectations des employés. Certaines clauses de conventions collectives existantes déterminent quand l'employé peut refuser un transfert et comment se font les affectations. De même, des conventions collectives en vigueur comportent des clauses traitant de la sous-traitance (par. 6(2) et (4) de la Loi), et de la mise en disponibilité et la supplantation (art. 9 de la Loi). 186

Par conséquent, les art. 4 et 5 de la Loi (appliqués conjointement avec l'art. 10) annulent des stipulations de conventions collectives existantes et limitent la portée des négociations futures; ils empêchent les travailleurs de se livrer à des activités associatives concernant les transferts et les affectations. La majorité semble considérer que ces dispositions entraînent des « changements administratifs relativement inoffensifs » (par. 12). Pour ma part, j'ai de la difficulté à minimiser l'importance des conditions de travail en question. Je préfère conserver pour l'étape de la justification l'évaluation de la portée du *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002 (« Règlement »). J'estime donc que ces dispositions contreviennent à l'al. 2*d*) de la *Charte.* 187

Je conviens toutefois avec la majorité que les par. 6(2) et (4) de la Loi (appliqués conjointement avec l'art. 10) « met[tent] de côté le résultat des négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et prive[nt] de sens les négociations collectives à venir sur ces questions » (par. 121). Ces dispositions rendent nulles les négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et du même coup en rendent le processus inopérant; elles excluent aussi, pour l'avenir, la négociation collective de cette question. Elles traitent d'une importante question touchant la sécurité d'emploi, et la négociation des questions de cette nature est l'un des objets des activités associatives en milieu de travail. Je conviens également avec la majorité que l'art. 9 de la Loi (appliqué conjointement avec l'art. 10) entrave la négociation collective du fait qu'il « vid[e] [. . .] de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation et invalid[e] certaines parties de conventions collectives portant sur ces questions » (par. 127). L'article 188

livelihoods may be in jeopardy; bumping rights implicate seniority rights, and seniority is a cornerstone of employees' rights in most collective agreements. Therefore, I find that ss. 6(2), 6(4) and 9 also infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

189 Having stated my view regarding the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter* in this case, I will now discuss the applicable legal framework for the s. 1 analysis.

C. *Contextual Approach Required in the Section 1 Analysis*

190 Over the past decade, my colleague Bastarache J. has been at the forefront of articulating the basis for and operation of the contextual approach to s. 1 in a trilogy of judgments of this Court that have garnered majority support. This jurisprudence is a major contribution towards a full and proper understanding of the s. 1 analysis. Several considerations are important to highlight in reviewing this case law.

191 First, in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paras. 87-88, Bastarache J. described the importance of considering contextual factors:

> The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

9 concerne d'importantes questions liées au milieu de travail qui touchent à l'objet de l'al. 2*d*) : les dispositions sur la mise en disponibilité assurent aux syndiqués un certain soutien à un moment où leur gagne-pain peut être compromis; le droit de supplantation implique des droits d'ancienneté, et l'ancienneté est une pierre d'assise des droits des employés dans la plupart des conventions collectives. Par conséquent, j'estime que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 enfreignent aussi l'al. 2*d*) de la *Charte*.

Ayant décrit comment, à mon sens, il y a eu atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte* en l'espèce, j'aborde maintenant le cadre juridique de l'analyse fondée sur l'article premier.

C. *Approche contextuelle dans l'analyse fondée sur l'article premier*

Au cours de la dernière décennie, mon collègue le juge Bastarache s'est employé, dans une trilogie d'arrêts qui ont reçu l'appui de la majorité de la Cour, à définir aussi bien les fondements de l'approche contextuelle de l'article premier que son application. Cette jurisprudence constitue une contribution importante à une compréhension complète et équilibrée de l'analyse fondée sur l'article premier. Il ressort de son examen plusieurs points qui méritent d'être relevés.

Premièrement, dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87-88, le juge Bastarache souligne l'importance de tenir compte des facteurs contextuels :

> L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Characterizing the context of the impugned provision is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. . . .

Second, Bastarache J. recently summarized the relevant contextual factors discussed in *Thomson Newspapers, Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, and *R. v. Bryan*, [2007] 1 S.C.R. 527, 2007 SCC 12, as follows: "(i) the nature of the harm and the inability to measure it, (ii) the vulnerability of the group protected, (iii) subjective fears and apprehension of harm, and (iv) the nature of the infringed activity": *Bryan*, at para. 10. He had noted in *Thomson Newspapers* (at para. 90) that these factors "do not represent categories of standard of proof which the government must satisfy, but are rather factors which go to the question of whether there has been a demonstrable justification". It is not surprising that the factors considered in this trilogy of cases were so similar, since all the cases in the trilogy concerned alleged infringements of freedom of expression in the law relating to federal elections. I am of the view that, in cases on topics other than freedom of expression, a contextual approach necessarily implies that the factors may be adjusted to take into consideration differences between claims of justification under s. 1 of the *Charter*.

Third, in this Court's recent decision in *Bryan*, Bastarache J., again writing for the majority, explained that "only once the objectives of the impugned provision are stated can we turn to an examination of the context of those objectives to determine the nature and sufficiency of the evidence required under s. 1" (para. 11).

Fourth, in *Harper*, Bastarache J. explicitly noted that there is a link between the contextual factors and the degree of deference owed to the government in evaluating s. 1 of the *Charter*:

On balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether the

Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. . .

192 Deuxièmement, le juge Bastarache a récemment résumé les facteurs contextuels pertinents dont il est question dans *Thomson Newspapers, Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, et *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12 : « (i) la nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur, (ii) la vulnérabilité du groupe protégé, (iii) les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice, et (iv) la nature de l'activité protégée » : *Bryan*, par. 10. Il a noté dans *Thomson Newspapers* (par. 90) que ces facteurs « ne sont pas des catégories de norme de preuve auxquelles le gouvernement doit satisfaire, mais bien des facteurs touchant la question de savoir s'il y a une justification démontrable ». Il n'est pas surprenant que les facteurs considérés dans cette trilogie soient très similaires, étant donné qu'il s'agissait dans tous ces cas d'atteintes alléguées à la liberté d'expression découlant de lois électorales fédérales. À mon avis, dans les cas d'atteinte autre que celle à la liberté d'expression, une approche contextuelle implique nécessairement qu'on peut adapter les facteurs de manière à prendre en compte les différentes justifications avancées sur le fondement de l'article premier de la *Charte*.

193 Troisièmement, dans *Bryan*, récemment rendu par la Cour, le juge Bastarache, de nouveau au nom de la majorité, a précisé que « ce n'est qu'après avoir énoncé les objectifs de la disposition contestée que nous pouvons examiner leur contexte de façon à définir la nature et le caractère suffisant de la preuve que requiert l'article premier » (par. 11).

194 Quatrièmement, dans *Harper*, le juge Bastarache a clairement fait observer qu'il existe un lien entre les facteurs contextuels et le degré de déférence dont il faut faire preuve envers le gouvernement dans le cadre de l'évaluation fondée sur l'article premier de la *Charte* :

Somme toute, les facteurs contextuels militent en faveur d'une attitude empreinte de déférence envers

third party advertising expense limits are demonstrably justified in a free and democratic society. Given the difficulties in measuring this harm, a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient. [para. 88]

le Parlement dans l'examen de la question de savoir si le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique. Vu les difficultés que présente l'évaluation du préjudice, l'existence d'une appréhension raisonnée que l'absence d'une telle limitation serait source d'iniquité électorale suffit. [par. 88]

195 Therefore, the trilogy underlines several features of the contextual approach. First, context infuses every aspect of the proportionality stage of the framework developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, thereby avoiding tunnel vision in the analysis. Second, as the context varies with the nature of the claims, the factors need to be adapted accordingly. Third, the objective has to be identified before turning to the context; only then will it be possible to determine the nature of the evidence that is required and whether the evidence that has been adduced is sufficient. Finally, the contextual factors have a specific effect on the overall degree of deference that will be afforded to the government in determining whether the measures it has adopted are demonstrably justified in a free and democratic society.

Par conséquent, la trilogie souligne plusieurs caractéristiques de l'approche contextuelle. Premièrement, le contexte joue un rôle à chaque étape de l'analyse de proportionnalité établie dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, évitant ainsi que l'analyse soit bloquée par des œillères. Deuxièmement, comme le contexte varie selon la nature des litiges, il faut adapter les facteurs en conséquence. Troisièmement, il faut définir l'objectif avant d'aborder le contexte; ce n'est qu'alors qu'il sera possible de déterminer la nature de la preuve à présenter et décider si la preuve présentée est suffisante. Enfin, le contexte influe particulièrement sur le degré de déférence dont le tribunal fera preuve à l'égard du gouvernement lorsqu'il s'agira de décider si les mesures qu'il a adoptées constituent des limites dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

196 While the majority agree that a contextual approach to s. 1 is appropriate, they do not apply it in their justification analysis. In my view, the majority do not give context the importance it deserves. Instead, my colleagues adopt an axiological approach that does not lend itself to the justification analysis: see, e.g., S. Bernatchez, "La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé*" (2006), 20 *N.J.C.L.* 73, at pp. 87-90. This is apparent from their sweeping statements concerning possible justification claims, such as the following (at para. 108):

La majorité convient que l'approche contextuelle de l'article premier est appropriée, mais elle ne l'applique pas dans son analyse de la justification. À mon avis, elle ne donne pas au contexte l'importance qu'il mérite. Mes collègues adoptent plutôt une approche axiologique, qui ne se prête pas à l'analyse de la justification : voir S. Bernatchez, « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé* » (2006), 20 *R.N.D.C.* 73, p. 87-90. Cette lacune ressort de leurs généralisations concernant d'éventuelles justifications, dont la suivante (par. 108) :

> Even where a s. 2(*d*) violation is established, that is not the end of the matter; limitations of s. 2(*d*) may be justified under s. 1 of the *Charter*, as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society. This may permit interference with the collective bargaining process on an exceptional and typically temporary basis, in situations, for example, involving

> Même lorsqu'une atteinte à l'al. 2*d*) est établie, l'examen de la question ne s'arrête pas là : il demeure possible que les restrictions imposées au droit garanti par l'al. 2*d*) constituent, en vertu de l'article premier de la *Charte*, des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Exceptionnellement et généralement de

essential services, vital state administration, clear deadlocks and national crisis. [Emphasis added.]

façon temporaire, une interférence dans le processus de négociation collective reste donc permise, par exemple dans des situations mettant en cause des services essentiels ou des aspects vitaux de l'administration des affaires de l'État, ou dans le cas d'une impasse manifeste ou d'une crise nationale. [Je souligne.]

With respect, it is my view that these statements prejudge the s. 1 analysis by limiting justification to exceptional and temporary measures. This is inconsistent with the Court's s. 1 jurisprudence. It is the first time that a standard of exceptional and temporary circumstances has been applied to justification.

Soit dit en tout respect, j'estime que cet énoncé préjuge de l'analyse fondée sur l'article premier en limitant la justification aux mesures exceptionnelles et temporaires. Cette approche est incompatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier. C'est la première fois que le critère de justification est celui d'une situation exceptionnelle et temporaire.

D. *Contextual Analysis*

D. *Analyse contextuelle*

197 In the trilogy of *Thomson Newspapers*, *Harper* and *Bryan*, this Court refined the criteria of the contextual approach under s. 1 of the *Charter*, emphasizing the notion that "courts ought to take a natural attitude of deference toward Parliament when dealing with election laws" (*Bryan*, at para. 9). It is now incumbent on us in the instant case to identify the relevant criteria and to adapt them to a context in which health care legislation is at issue. As was mentioned in *Bryan*, we must begin by identifying the objectives of the impugned provisions before turning to the specific contextual factors.

197 Dans la trilogie *Thomson Newspapers*, *Harper* et *Bryan*, la Cour a mis au point les critères de l'approche contextuelle sous le régime de l'article premier de la *Charte* en mettant l'accent sur la notion que « les tribunaux doivent naturellement faire preuve de déférence envers le Parlement lorsqu'il est question des lois électorales » (*Bryan*, par. 9). Il nous incombe maintenant de dégager les critères pertinents en les adaptant pour les besoins de l'espèce parce qu'il s'agit de lois relatives aux soins de santé. Comme il est mentionné dans *Bryan*, il faut au départ, avant d'examiner les facteurs contextuels, identifier les objectifs des dispositions contestées.

(1) Objectives of the Impugned Provisions

(1) Objectifs des dispositions contestées

198 In its factum, the government states the objectives it was pursuing as follows: "to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability" (para. 4). Two restructuring priorities flowed from these objectives: "adopting new health service models to maintain the level and quality of publicly delivered health services within the new financial mandate, and improving value for money" (para. 5).

198 Dans son mémoire, le gouvernement énonce les objectifs qu'il poursuivait : [TRADUCTION] « répondre aux besoins croissants en matière de services, réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, améliorer la planification et accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système » (par. 4). Deux priorités liées à la restructuration découlent de ces objectifs : [TRADUCTION] « élaboration de nouveaux modèles en matière de services de santé pour maintenir le niveau et la qualité des services de santé publics dans le nouveau cadre financier et meilleure utilisation des deniers publics » (par. 5).

199 In addition to these general objectives, the record provides further insights into the objectives of the specific impugned provisions. All of them were designed to "[p]rovide a more seamless and flexible health care delivery system" and "[d]evelop more cost-effective and efficient ways of delivering health services in order to improve patient care and reduce costs" (Respondent's Record, at pp. 52, 55, 59 and 84). Facilitating the reorganization of health care service delivery was a specific goal of ss. 4 (transfers) and 9 (layoff and bumping) (*ibid.*, at pp. 52 and 84). One objective of s. 5 of the Act (multi-worksite assignment rights) was "improved use of human resources . . . [in order] to deal with fluctuations in workload" (*ibid.*, at p. 55). Finally, the contracting-out provisions in s. 6 of the Act were intended to "[a]llow fair competition on hospital contracts and provide better value to taxpayers" (*ibid.*, at p. 59).

200 I agree with the majority that the objectives of Part 2 of the Act are important ones and would add that the objectives of the impugned provisions are also important. The health care system is under serious strain and is, as will be discussed below, facing a crisis of sustainability. There is little hope that it can survive in its current form. Patients depend on the availability of health care services of a reasonable standard within a reasonable time: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, at para. 112. Having discussed the objectives of Part 2 of the Act and the specific impugned provisions, I will now consider the relevant contextual factors in detail.

(2) Contextual Factors

201 Several contextual factors have been advanced for the s. 1 analysis. I will apply the guiding principles that were adopted in the elections trilogy, making adjustments to adapt them to the health care context.

En plus de ces objectifs généraux, le dossier fournit des précisions quant aux objets des dispositions contestées. Elles visent toutes à [TRADUCTION] « offrir un système de santé plus cohérent et flexible » et à « mettre en place des méthodes de travail permettant d'offrir des services de santé à moindre coût et de façon plus efficace, de manière à améliorer les soins aux patients et à réduire les coûts » (dossier de l'intimée, p. 52, 55, 59 et 84). Les articles 4 (transferts) et 9 (mise en disponibilité et supplantation) ont été adoptés dans le but précis de faciliter la réorganisation de la prestation des services de santé (*ibid.*, p. 52 et 84). L'article 5 de la Loi (droits liés aux affectations dans différents lieux de travail) visait notamment à [TRADUCTION] « améliorer l'utilisation des ressources humaines [. . .] pour tenir compte des fluctuations de la charge de travail » (*ibid.*, p. 55). Enfin, l'art. 6 de la Loi, qui concerne la sous-traitance, visait à [TRADUCTION] « s'assurer que les contrats hospitaliers sont assujettis à une saine concurrence et que les contribuables en ont plus pour leur argent » (*ibid.*, p. 59).

Je conviens avec la majorité que les objectifs de la partie 2 de la Loi sont importants et, à cela, j'ajoute que les objectifs des dispositions contestées le sont également. Le système de santé est mis à rude épreuve et, comme nous le verrons plus loin, est en crise. Il est peu probable qu'il puisse survivre dans sa forme actuelle. Les patients doivent pouvoir compter sur l'accès à des services de santé de qualité raisonnable, et ce, dans un délai raisonnable : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35, par. 112. Après avoir examiné les objectifs de la partie 2 de la Loi et les dispositions contestées, je vais maintenant aborder en détail les facteurs contextuels pertinents.

(2) Facteurs contextuels

Plusieurs facteurs contextuels ont été avancés pour l'analyse fondée sur l'article premier. J'appliquerai les grands principes énoncés dans la trilogie des arrêts sur les élections, en faisant les adaptations nécessaires pour tenir compte du contexte des soins de santé.

(a) *Nature of the Harm*

In *Harper*, the nature of the harm that the impugned legislation was intended to address was electoral unfairness (para. 79). In the instant case, the nature of the harm that Part 2 of the Act is designed to address is a crisis of sustainability in health care. There is substantial evidence in the record that the delivery of services in British Columbia's health care system was unsustainable at the time the Act was introduced and that the Act was part of the government's approach in attempting to address the situation.

A growing and aging population, costly emerging high-end technology and drugs, and complexity in disease patterns have caused an explosion in the demand for health services in British Columbia and elsewhere in Canada. In British Columbia, health care costs have been rising three times faster than the rate of economic growth in the province. In a submission to the International Labour Office, the government referred to "unsustainable pressures on the budget that needed to be addressed", given that "health and education expenditures by the province represented 64.4 per cent of the total expenditure in 2001-02": International Labour Office, Committee on Freedom of Association, Report No. 330, Cases Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196, "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1, at para. 267. As a result, the government submitted that:

> The health care system in British Columbia is facing a crisis of sustainability, as the costs of health care will continue to rise, and a crisis of service, as the demands on the system exceed its capacity to provide service.

(Respondent's Record, at p. 1040)

By far the largest share of health care costs are those relating to labour: "[a]pproximately 80% of healthcare costs are labour costs — the major-

a) *Nature du préjudice*

Dans *Harper*, le préjudice auquel la loi contestée était destinée à remédier était l'iniquité électorale (par. 79). En l'espèce, la partie 2 de la Loi vise à remédier à la crise à laquelle le système de santé fait face. Le dossier comporte des éléments de preuve substantiels démontrant que le système de santé de la Colombie-Britannique n'était pas viable à l'époque de la présentation de la Loi et que celle-ci faisait partie de la stratégie du gouvernement de corriger la situation. 202

La croissance et le vieillissement de la population, le coût élevé des nouvelles technologies et des nouveaux médicaments de pointe ainsi que de la complexité du profil des maladies expliquent l'explosion de la demande des services de santé en Colombie-Britannique et dans les autres provinces du Canada. En Colombie-Britannique, les coûts des soins de santé ont enregistré une croissance trois fois plus rapide que l'économie de la province. Dans ses observations au Bureau international du Travail, le gouvernement mentionne les « pressions insoutenables sur le budget, qui devaient être prises en compte » étant donné que « les dépenses de santé et d'éducation de la province représentaient 64,4 pour cent des dépenses totales en 2001-02 » : Bureau international du Travail, Comité de la liberté syndicale, Rapport n° 330, cas n^{os} 2166, 2173, 2180 et 2196, « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n° 1, par. 267. Voici ce que le gouvernement de la Colombie-Britannique a donc fait valoir : 203

> [TRADUCTION] Le système de santé de la Colombie-Britannique traverse une crise de viabilité, car les coûts des soins de santé continueront d'augmenter; il en est de même de la prestation des services, car la demande excède la capacité du système.

(Dossier de l'intimée, p. 1040)

La majeure partie des coûts des soins de santé sont liés à la main-d'œuvre : [TRADUCTION] « environ 80 % des coûts des soins de santé sont 204

ity being unionized labour costs" (Appellants' Supplementary Record, at p. 7). In breaking these costs down further, the government presented evidence that health support workers in British Columbia receive higher wages than in other jurisdictions:

> Support workers are particularly highly paid in comparison with their counterparts in other provinces, with starting and maximum wages on average 34% and 28% higher than the national average.

(Respondent's Record, at p. 1044; see also pp. 199 and 207.)

205 Based on this evidence, I consider the crisis of sustainability in the province's health care system, which this Act and the impugned provisions were designed to address, to be a contextual factor that is of the utmost importance to the s. 1 analysis in the case at bar.

(b) *Vulnerability of the Protected Group*

206 In *Harper*, the impugned legislation was designed to protect "the Canadian electorate by ensuring that it is possible to hear from all groups and thus promote a more informed vote" (para. 80), as well as candidates and political parties to ensure that they "have an equal opportunity to present their positions to the electorate" (para. 81). In the instant case, the primary group that Part 2 of the Act is designed to protect is composed of persons in need of health care. The government submits that the Act "advances the interests of health care users, who are a vulnerable group" (Respondent's Factum, at para. 143).

207 In the years before the Act came into force, labour relations in British Columbia's health sector were volatile and, at times, acrimonious. The interests and demands of health care unions were pursued not just at the bargaining table, but also by means of political advertising and lobbying (Respondent's Record, at p. 1033). As late as the summer of 2001, nurses and paramedics were engaged in partial strike action. Legislation was

imputables à la main-d'œuvre — dont la majorité est syndiquée » (dossier supplémentaire des appelants, p. 7). En ventilant davantage ces coûts, le gouvernement a présenté une preuve suivant laquelle le personnel de soutien du secteur de la santé est mieux rémunéré en Colombie-Britannique que dans les autres provinces :

> [TRADUCTION] Les membres du personnel de soutien sont particulièrement bien payés comparativement à leurs homologues des autres provinces, leur salaire à l'embauchage et leur salaire maximal étant en moyenne 34 % et 28 % plus élevés que la moyenne nationale.

(Dossier de l'intimée, p. 1044; voir également p. 199 et 207.)

Compte tenu de la preuve susmentionnée, j'estime que le problème de la viabilité du système de santé de la province, auquel la Loi et les dispositions contestées visaient à remédier, est en l'espèce un facteur contextuel de la plus haute importance pour l'analyse fondée sur l'article premier.

b) *Vulnérabilité du groupe protégé*

Dans *Harper*, la loi contestée cherchait à protéger « les électeurs canadiens en leur permettant d'entendre tous les groupes et, de ce fait, de voter de manière plus éclairée » (par. 80) ainsi que les candidats et les partis politiques pour qu'ils aient « une chance égale de présenter leurs positions à l'électorat » (par. 81). En l'espèce, le principal groupe que la partie 2 de la Loi vise à protéger se compose des personnes ayant besoin de soins de santé. Le gouvernement fait valoir que la Loi [TRADUCTION] « défend les intérêts des utilisateurs des services de santé, qui constituent un groupe vulnérable » (mémoire de l'intimée, par. 143).

Dans les années qui ont précédé l'entrée en vigueur de la Loi, les relations du travail dans le secteur de la santé de la Colombie-Britannique étaient instables et, parfois, acrimonieuses. Les syndicats de ce secteur ne se limitaient pas seulement à la table des négociations pour défendre leurs intérêts et faire valoir leurs demandes; ils recouraient aussi à la publicité politique et au lobbying (dossier de l'intimée, p. 1033). À l'été 2001,

enacted by the government, first to impose a "cooling off" period, and then to end the strikes and impose collective agreements (*ibid.*, at p. 1039). The government submits that "[c]ontrolling public health care labour costs through collective bargaining is difficult, if not impossible. The public depends on access to health care, and cannot go elsewhere during a labour dispute for these services, as they typically can when a labour dispute involves a private sector business" (Respondent's Factum, at para. 35).

les infirmiers et les ambulanciers paramédicaux ont entamé une grève partielle. Le gouvernement a d'abord ordonné par voie législative une [TRADUCTION] « période de réflexion », puis a adopté une loi pour mettre fin aux grèves et imposer des conventions collectives (*ibid.*, p. 1039). Le gouvernement soutient qu'il [TRADUCTION] « est difficile, voire impossible, de contrôler les coûts de main-d'œuvre du système de santé public dans le cadre de la négociation collective. La population dépend du système de santé et ne peut se tourner ailleurs pendant un conflit de travail, comme elle pourrait normalement le faire s'il s'agissait d'un conflit de travail dans le secteur privé » (mémoire de l'intimée, par. 35).

In *Chaoulli*, the majority of this Court were critical of years of failure by the Quebec government to act to improve that province's deteriorating public health care system; patients may face serious, and even grave, consequences where the health care system fails to provide services of a reasonable standard within a reasonable time (paras. 97, 105 and 112). Accordingly, this Court cannot ignore patients' needs in considering the constitutionality of health care reforms that are designed to make the system more viable and efficient. 208

Dans *Chaoulli*, la majorité de la Cour a reproché au gouvernement du Québec d'avoir tardé pendant des années à agir pour remédier à la détérioration du système de santé public de la province; les patients risquent d'avoir à faire face à de sérieuses, et même graves, conséquences s'ils n'ont pas accès dans un délai raisonnable à des services de santé de qualité raisonnable (par. 97, 105 et 112). En conséquence, la Cour ne peut ignorer les besoins des patients lorsqu'elle examine la constitutionnalité des réformes des services de santé destinées à rendre le système plus viable et plus efficace.

In my view, the vulnerability of health care users and their constitutionally protected rights are relevant contextual factors to be considered in determining whether the impugned legislative provisions are demonstrably justified under s. 1. 209

À mes yeux, la vulnérabilité des utilisateurs du système de santé et les droits que leur garantit la Constitution sont des facteurs contextuels pertinents qu'il faut prendre en considération pour déterminer si les dispositions contestées constituent des limites dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier.

(c) *Apprehension of Harm and Ameliorative Measures Considered*

c) *Appréhension du préjudice et mesures d'amélioration envisagées*

In *Harper*, the Court considered the Canadian electorate's subjective fears and apprehension of harm with respect to electoral unfairness as part of the contextual approach (paras. 82-83). This factor thus served to link the nature of the harm to the vulnerability of the group. In the instant case, two factors that led to the adoption of the Act were concerns over the need to respond to the province's 210

Dans *Harper*, en procédant à l'analyse contextuelle, la Cour a pris en compte les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice de l'électorat canadien au sujet de l'iniquité électorale (par. 82-83). Ce facteur a donc permis d'établir un lien entre la nature du préjudice et la vulnérabilité du groupe. En l'espèce, les deux facteurs qui ont mené à l'adoption de la Loi sont les préoccupations

health care crisis and the government's evaluation of other alternatives.

211 Governments across the country have been attempting to develop measures to reform the health care system that will address concerns about its sustainability. On introducing the Act, the Minister responsible for it, the Honourable Graham Bruce, stated: "The reality is that our health system has been on a fast track to collapse. We've got to get the situation under control so we can meet the needs of the patients and the needs of the people of British Columbia." (British Columbia, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, at p. 909) In fact, as outlined below in the discussion on minimal impairment, the government considered numerous measures to address this harm.

212 As this Court recognized in *Chaoulli*, at para. 94, "courts must show deference . . . [where there is] an ongoing situation in which the government makes strategic choices with future consequences that a court is not in a position to evaluate". In the case at bar, the various alternatives considered by the government to address concerns about the viability of the province's health care system constitute a contextual factor that is relevant to the s. 1 analysis.

(d) *Nature of the Affected Activity*

213 In *Harper*, the affected activity was expression under s. 2(*b*) of the *Charter*. The Court considered the nature of that activity in the electoral context in order to determine the degree of constitutional protection that ought to be afforded it. The instant case concerns the freedom of association of union members under s. 2(*d*) of the *Charter* in the health care context. Since the activity of collective bargaining involves both employees (through their union representatives) and their employer (in this case, the HEABC), the interests of each of them are relevant contextual factors. Additionally, since the claim in this case is against the government of

concernant la nécessité de résoudre la crise secouant le système de santé de la province et la prise en considération par le gouvernement des solutions de rechange.

Plusieurs gouvernements provinciaux ont tenté de réformer les systèmes de santé pour répondre aux inquiétudes concernant leur viabilité. En présentant la Loi, le ministre responsable, l'honorable Graham Bruce, a déclaré : [TRADUCTION] « Le fait est que notre système de santé court à sa perte. Nous devons prendre la situation en main pour pouvoir répondre aux besoins des patients et de la population de la Colombie-Britannique. » (Colombie-Britannique, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, n° 29, 2e sess., 37e lég., 26 janvier 2002, p. 909) En fait, comme nous le verrons plus loin dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le gouvernement a envisagé nombre de mesures pour redresser ce préjudice.

Comme la Cour l'a reconnu dans *Chaoulli*, par. 94, « les tribunaux doivent faire preuve de déférence [. . .] lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer ». En l'espèce, les diverses solutions de rechange que le gouvernement a envisagées pour répondre aux préoccupations relatives à la viabilité du système de santé de la province constituent un facteur contextuel pertinent pour l'analyse fondée sur l'article premier.

d) *Nature de l'activité protégée*

Dans *Harper*, l'activité protégée était l'expression, visée par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La Cour a évalué la nature de cette activité dans le contexte électoral pour déterminer le degré de protection constitutionnelle qui doit lui être accordée. Le présent pourvoi concerne la liberté d'association des syndiqués, garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, dans le contexte des soins de santé. Étant donné que l'activité de négociation collective implique la participation à la fois des employés (par l'entremise de leurs syndicats) et de l'employeur (en l'espèce, la HEABC), les intérêts de ces deux parties constituent des facteurs contextuels pertinents. De plus,

British Columbia, its position must be taken into account to ensure that the entire context in which the Act was adopted is considered.

(i) The Employees' Perspective

Although s. 2(*d*) of the *Charter* protects only the collective bargaining process, the substance of the negotiated provisions is what matters to employees. For them, collective bargaining is a means to an end. Employees bargain, through their union representatives, on matters that are of varying degrees of importance to them.

Sections 4 and 5 of the Act affect a worker's ability to keep the same job description and position in the same institution. Section 6(2) of the Act could affect the ability of workers to maintain their present employment and "to gain employment security". Section 6(4) takes this a step further by signalling to the union that even consultation on contracting out would be a waste of time. With respect to s. 9 of the Act, it affects the seniority regime that is valued by unions and their members, as well as an employee's ability to retain secure employment. There is no question that some of the issues concerned here, such as restrictions on contracting out and mobility, are high priorities for most unions and workers. However, this is not necessarily the case for all the impugned provisions. For example, the revised rules for transfer and assignment set out in ss. 4 and 5 might be considered less important, given that employees retain their employment.

(ii) The HEABC's Perspective

The HEABC is not a party to this appeal, but its perspective — as disclosed in the record — both as an employer and as an administrator of the health care system, is nevertheless a relevant contextual factor. In August 2001, the HEABC, in a briefing document prepared for the government, identified numerous provisions in the main

comme la plainte en l'espèce vise le gouvernement de la Colombie-Britannique, il faut tenir compte de sa position pour que soit pris en considération tout le contexte de l'adoption de la Loi.

(i) Le point de vue des employés

214 Certes, l'alinéa 2*d*) de la *Charte* protège uniquement le processus de négociation collective, mais ce qui importe pour les employés, c'est la substance des clauses négociées. Pour eux, la négociation collective est un moyen d'atteindre une fin. Les employés négocient par l'entremise de leurs représentants syndicaux, des questions qui sont pour eux d'importance variable.

215 Les articles 4 et 5 de la Loi touchent à la capacité du travailleur de conserver la même description de tâches et le même poste au sein d'un même établissement. Le paragraphe 6(2) de la Loi risque de compromettre la capacité des travailleurs de conserver leur emploi actuel et [TRADUCTION] « d'obtenir la sécurité d'emploi ». À ce sujet, le par. 6(4) va plus loin en indiquant au syndicat que même des consultations sur la question de la sous-traitance seraient une perte de temps. L'article 9 de la Loi, quant à lui, touche au régime d'ancienneté, si cher aux syndicats et à leurs membres, et à la capacité de l'employé de conserver un emploi stable. Il ne fait aucun doute que certaines des questions, telles les restrictions à la sous-traitance et à la mobilité, sont prioritaires pour la plupart des syndicats et leurs membres. Toutefois, ce n'est pas nécessairement le cas de toutes les dispositions contestées. Par exemple, les changements apportés aux règles concernant le transfert et l'affectation prévus aux art. 4 et 5 peuvent revêtir moins d'importance puisque les employés conservent leur emploi.

(ii) Le point de vue de la HEABC

216 La HEABC n'est pas partie au pourvoi, mais son point de vue — selon le dossier — tant à titre d'employeur que d'administrateur du système de santé demeure un facteur contextuel pertinent. En août 2001, dans un document d'information préparé à l'intention du gouvernement, la HEABC a attiré l'attention sur de nombreuses clauses des principales

health sector collective agreements that, in its view, had to be changed "to enable health employers to seek greater efficiencies in operating B.C.'s health care system" (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies* (2001), at p. 1).

217 In that document, written just five months before the Act was introduced, the HEABC outlined changes that it desired to 33 aspects of existing collective agreements. Most of the provisions that found their way into Part 2 of the Act appear among these recommendations, such as: eliminating restrictions on contracting out, removing barriers to cross-site mobility and transfers, eliminating the Healthcare Labour Adjustment Agency, making bumping less disruptive and changing layoff requirements.

218 However, the HEABC also called for numerous other changes to health sector collective agreements that went well beyond those that were ultimately adopted in Part 2 of the Act, such as: removing pay equity adjustments, adjusting vacation levels and reducing vacation entitlements, ensuring enhanced accountability for union leaves, reducing the amount of paid and unpaid time off for union-related business, requiring the unions to reimburse the employer for one half of the expense of paying union representatives to represent the union at committee meetings, amending various job classifications, allowing banked overtime only at the employer's discretion, and taking unspecified measures to "reduce" the number of employees on sick leave, workers' compensation and long-term disability.

219 I find that it is a relevant contextual factor both that the government, in adopting the impugned

conventions collectives qui, à son avis, devraient être modifiées [TRADUCTION] « pour permettre aux employeurs du secteur de la santé de faire fonctionner le système de santé de la Colombie-Britannique de façon plus efficace » (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies* (2001), p. 1).

Dans ce document, rédigé seulement cinq mois avant la présentation de la Loi, la HEABC exposait les modifications qu'elle souhaitait voir apporter à 33 aspects des conventions collectives en vigueur. La plupart des mesures prévues à la partie 2 de la Loi figurent au nombre des recommandations de la HEABC, notamment l'abolition des restrictions à la sous-traitance, l'élimination des obstacles concernant les transferts et affectations dans différents lieux de travail et, l'élimination de la Healthcare Labour Adjustment Agency, la diminution des perturbations dues aux supplantations et la modification des exigences en matière de mise en disponibilité.

Toutefois, la HEABC demandait aussi qu'on apporte de nombreuses autres modifications aux conventions collectives du secteur de la santé qui allaient bien au-delà de celles qui ont en fin de compte été adoptées dans la partie 2 de la Loi : notamment l'élimination des rajustements au titre de l'équité salariale, le nivellement des vacances et la réduction des droits au titre des vacances, l'établissement de normes de reddition de compte plus rigoureuses concernant les congés pour activité syndicale, la réduction des congés pour fonctions syndicales payés et non payés, le remboursement de la moitié des sommes payées par l'employeur aux représentants syndicaux participant au nom du syndicat à des réunions de comités, la modification de diverses classifications de postes, ainsi que l'adoption de mesures visant à laisser l'accumulation des heures supplémentaires à la discrétion de l'employeur et de mesures générales visant à « réduire » le nombre d'employés en congé de maladie ou bénéficiant du régime des accidents du travail ou du régime d'invalidité à long terme.

Au titre des facteurs contextuels, il faut selon moi retenir qu'en adoptant les dispositions contestées de

provisions of the Act, was reacting to the HEABC's recommendations on how to improve the health care system and that it elected *not* to pursue many of the avenues proposed by the HEABC that might have affected *Charter* rights directly and substantially (such as removing pay equity adjustments, and measures that would affect the union's ability to effectively represent employees).

la Loi le gouvernement donnait suite aux recommandations de la HEABC visant à améliorer le système de santé et qu'il a choisi de *ne pas* adopter bon nombre de solutions proposées par la HEABC qui étaient susceptibles de porter atteinte, directement et de façon importante, aux droits garantis par la *Charte* (par exemple, des mesures visant à supprimer les rajustements au titre de l'équité salariale ou ayant pour effet de compromettre la capacité du syndicat de représenter efficacement les employés).

(iii) The Government's Perspective

(iii) Le point de vue du gouvernement

The government submits that the Act is part of a broader program to restructure health care in the province and that its "general philosophy about the proper boundaries of publicly provided health services as between clinical services and non-clinical services" is a relevant contextual factor in the s. 1 analysis (Respondent's Factum, at para. 142). It is worth noting that the HEABC, as the employer, remains constant, whereas governments come and go as they are elected and defeated. New governments are sometimes elected on the basis of promises to reform social programs, and the need to reform the health care system is one of the most serious challenges that has ever been faced. Legislation is one of the principal tools available to governments to set policy and restructure programs. However, the terms and the duration of collective agreements that are in force when a new government takes office may operate as a severe constraint on efforts to reform programs that depend on unionized labour, such as the public health care system.

220 Le gouvernement soutient avoir adopté la Loi dans le cadre d'un programme global de restructuration des services de santé de la province et a fait valoir que sa [TRADUCTION] « philosophie générale concernant ce qui différencie, parmi les services de santé publics, les services cliniques des services non cliniques » est un facteur contextuel pertinent dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier (mémoire de l'intimée, par. 142). Il est utile de rappeler que la HEABC assume son rôle d'employeur sur une base permanente alors que les gouvernements se succèdent au gré des élections. Les nouveaux gouvernements sont parfois élus parce qu'ils ont promis de réformer des programmes sociaux, et la réforme nécessaire du système de santé compte parmi les plus grands défis que les gouvernements aient jamais eu à relever. La législation est un des principaux outils dont disposent les gouvernements pour mettre en place des politiques et restructurer des programmes. Toutefois, les stipulations et la durée des conventions collectives qui sont en vigueur quand un nouveau gouvernement prend le pouvoir peuvent restreindre considérablement les efforts de réforme des programmes qui, comme c'est le cas des services de santé, font appel à une main-d'œuvre syndiquée.

The political background to the introduction of the Act at issue in the case at bar is thus a relevant contextual factor. This is particularly so given that the reform of the province's health care system was part of a shift in the government's philosophy towards health care delivery after a decisive election on May 16, 2001. Some eight months

221 Le contexte politique de la présentation de la Loi constitue donc en l'espèce un facteur contextuel pertinent. En l'espèce, cela est d'autant plus important que la réforme du système de santé de la province marquait, après l'élection décisive du 16 mai 2001, une nouvelle orientation gouvernementale pour la prestation des services de santé.

later, in introducing the Act, the Minister of Skills Development and Labour characterized it as "a fundamental restructuring of the size and scope of government that reflects our New Era commitments, the core services review, and taxpayers' priorities" (Respondent's Record, at p. 337). The Act was therefore part of a much larger shift in the government's approach to the role of government services at a time of a crisis of sustainability, and of labour tensions, in the health care sector.

(3) Summary on Contextual Factors

222 While the nature of some of the working conditions that are likely to be affected tends to favour a less deferential approach, substantial deference must be shown in determining whether the measures adopted in this case are justified under s. 1 in light of the crisis of sustainability in the health care sector, the vulnerability of patients, whose rights are constitutional in nature, the recommendations of the HEABC as an employer and as an administrator of the health care system, and the highly political context of health care reform in British Columbia.

E. *Section 1 Justification Analysis*

223 The majority set out the applicable framework from *Oakes* for determining whether s. 1 of the *Charter* has been satisfied. I substantially agree with them that the impugned provisions in the case at bar are prescribed by law, that they were enacted in pursuit of a pressing and substantial objective, and that the measures taken are rationally connected with the objective being pursued. However, for the reasons that follow, I find that ss. 4, 5, 6(2) and 9 of the Act satisfy the *Oakes* test and are saved by s. 1 of the *Charter*. While I agree that s. 6(4) of the Act fails the minimal impairment test and thus is not justified under s. 1 of the *Charter*, I arrive

Environ huit mois plus tard, en présentant la Loi, le ministre de la Formation professionnelle et du Travail a déclaré qu'il s'agissait [TRADUCTION] « d'une restructuration en profondeur touchant la taille de l'administration publique et sa vocation, qui tient compte de nos nouveaux engagements, d'une étude sur les services essentiels et des priorités des contribuables » (dossier de l'intimée, p. 337). La Loi faisait donc partie d'un profond virage dans l'approche du gouvernement en ce qui concerne le rôle des services gouvernementaux à une époque où le secteur de la santé connaît une crise de viabilité et des tensions dans les relations du travail.

(3) Résumé concernant les facteurs contextuels

La nature de certaines conditions de travail susceptibles d'être touchées milite en faveur d'une approche moins déférente. Cependant, compte tenu du problème de viabilité du système de santé, de la vulnérabilité des patients, dont les droits sont de nature constitutionnelle, des recommandations de la HEABC en tant qu'employeur et administrateur du système de santé, et du contexte hautement politique de la réforme des services de santé en Colombie-Britannique, la Cour doit faire preuve d'une grande déférence lorsqu'il s'agit de déterminer si les mesures adoptées en l'espèce sont justifiées au sens de l'article premier.

E. *Analyse de la justification fondée sur l'article premier*

La majorité énonce le cadre d'analyse applicable proposé dans *Oakes* pour déterminer si les exigences de l'article premier de la *Charte* ont été remplies. Je souscris pour l'essentiel à ses conclusions suivant lesquelles les dispositions contestées en l'espèce sont prescrites par une règle de droit, qu'elles ont pour but d'atteindre un objectif urgent et réel et qu'il existe un lien rationnel entre les mesures prises et l'objectif poursuivi. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que les art. 4 et 5, le par. 6(2) et l'art. 9 de la Loi satisfont au critère *Oakes* et peuvent se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*. Je conviens par ailleurs,

at this conclusion for different reasons than those given by the majority.

(1) Minimal Impairment Test

Under this Court's approach to the minimal impairment test, the government bears the burden of justifying the infringement of a *Charter* right, but deference is owed to its choice of means to attain its legitimate objectives. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, McLachlin J. (as she then was) stated: "If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement". Expanding on this in *Harper* at paras. 110-11, Bastarache J. held that "the impugned measures need not be the least impairing option. The contextual factors speak to the degree of deference to be accorded to the particular means chosen by Parliament to implement a legislative purpose".

Measures adopted by a government may be part of a broader legislative, administrative and operational response. They may further objectives in ways that would not otherwise be possible. As Dickson C.J. held in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 784-85:

It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

mais pour des motifs autres que ceux énoncés par la majorité, que le par. 6(4) de la Loi ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale et qu'il n'est donc pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

(1) Le critère de l'atteinte minimale

224 Selon l'approche de la Cour quant au critère de l'atteinte minimale, il incombe au gouvernement de justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, mais il faut faire preuve de retenue à l'égard des moyens qu'il a choisis pour atteindre ses objectifs légitimes. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a précisé : « [s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation ». Poussant cette notion dans *Harper*, par. 110-111, le juge Bastarache a conclu qu'« il n'est pas nécessaire que les mesures contestées représentent la solution la moins attentatoire. Les facteurs contextuels concernent le degré de déférence dont il faut faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis par le Parlement pour réaliser un objectif législatif ».

225 Certaines mesures prises par un gouvernement font partie d'une solution plus vaste qui comporte des volets législatif, administratif et opérationnel. Elles peuvent favoriser la réalisation d'objectifs de façons qui seraient autrement impossibles. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 784-785 :

Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

226 This jurisprudence demonstrates that minimal impairment is a spectrum of constitutionally justifiable activity whose outer limits are defined by the courts on the basis of relevant contextual factors.

(2) Proportionate Effects Test

227 The purpose of the final stage of the *Oakes* analysis is to evaluate the proportionality between the government's objective and the measures it has adopted. This stage requires an assessment of the benefits and the harmful effects of the measures. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, Dickson C.J. held with respect to the limiting measures that "their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights". See also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889. In other words, the court must ask "whether the Charter infringement is too high a price to pay for the benefit of the law": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (student ed. 2002), at p. 801.

228 Having set out the relevant contextual factors and the minimal impairment and proportionate effects tests, I can now apply them to the impugned provisions in the case at bar.

(3) Application to the Impugned Provisions

229 The government chose, in performing its legislative function, to enact the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, Part 2 of which was designed to improve the delivery of health care in the province and to ensure the sustainability of this vitally important social program. Sections 4 and 5 affect agreements resulting from past collective bargaining and make future collective bargaining on transfer and multi-worksite assignments meaningless. Section 6(2) provides that prohibitions on contracting out in health sector collective agreements are void, and prevents future collective bargaining on this subject. Under s. 6(4), provisions

Cette jurisprudence démontre que l'atteinte minimale admet un éventail d'activités constitutionnellement justifiables, dont les limites sont définies par les tribunaux compte tenu des facteurs contextuels pertinents.

(2) Analyse de la proportionnalité

La dernière étape de l'analyse fondée sur *Oakes* a pour but d'évaluer s'il y a proportionnalité entre l'objectif du gouvernement et les mesures qu'il a adoptées. Cette étape requiert de comparer les avantages et les effets préjudiciables de ces mesures. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768, le juge en chef Dickson a affirmé à propos des mesures restrictives que « leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits ». Voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889. Autrement dit, le tribunal doit décider [TRADUCTION] « si la violation de la *Charte* constitue un prix trop élevé à payer pour avoir droit au bénéfice de la loi » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 801.

Ayant établi les facteurs contextuels pertinents ainsi que la grille d'analyse de l'atteinte minimale et de la proportionnalité, je vais maintenant les appliquer aux dispositions contestées en l'espèce.

(3) Application aux dispositions contestées

Le gouvernement, agissant en tant que législateur, a choisi d'édicter la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, dont la partie 2 était destinée à améliorer la prestation des services de santé dans la province et à assurer la viabilité de ce programme social d'importance vitale. Les articles 4 et 5 touchent des ententes résultant de négociations collectives antérieures et vident de sens les futures négociations collectives concernant les transferts et affectations dans différents lieux de travail. Le paragraphe 6(2) dispose que les interdictions de sous-traitance qui figurent dans les conventions collectives du secteur de la santé

in such agreements that require an employer to consult with the affected union before contracting out are void. Section 9 modifies layoff and bumping provisions in such agreements. Each of these provisions of the Act has been found above to infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. Bearing in mind the deference owed to the government in the instant case under the contextual approach, these impugned provisions may now be assessed to determine whether they satisfy the minimal impairment and proportionate effects tests. If they do, they will be justified under s. 1 of the *Charter*.

(a) *Minimal Impairment Analysis*

The record shows that the government considered a range of alternatives in seeking to address the crisis of sustainability in the province's health care system. Several options that required government intervention were considered, and their advantages and disadvantages were identified. These options included the following (see Respondent's Record, at pp. 13, 14, 16 and 17):

(a) imposing an across-the-board wage reduction for all unionized health care employees (see also Appellants' Record, at p. 1870);

(b) removing pay equity adjustments for "Facilities" employees;

(c) increasing the work week from 36 to 37.5 hours per week without a pay increase (see also Respondent's Record, at pp. 28-30);

(d) changing the employer's share of health and welfare premiums from 100% to 50%;

(e) changing the governance structures of regional health authorities;

(f) imposing differentiated compensatory and job security terms for new hires;

sont sans effet et empêche la tenue de négociations collectives à ce sujet. Selon le par. 6(4), les clauses des conventions qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter sont inopérantes. L'article 9 modifie les clauses concernant la mise en disponibilité et la supplantation. J'ai déjà conclu que toutes les dispositions contestées de la Loi contreviennent à l'al. 2*d*) de la *Charte*. En gardant à l'esprit la déférence dont il faut faire preuve ici à l'égard du gouvernement compte tenu de l'approche contextuelle, je vérifie maintenant si elles remplissent les critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Si c'est le cas, elles sont justifiées selon l'article premier de la *Charte*.

a) *Analyse de l'atteinte minimale*

230 Il ressort du dossier que le gouvernement a examiné une gamme de solutions en vue de résoudre la crise de viabilité que traverse le système de santé de la province. Il a envisagé plusieurs solutions nécessitant l'intervention de l'État et relevé leurs avantages et désavantages. Citons notamment les options suivantes (dossier de l'intimée, p. 13, 14, 16 et 17) :

a) imposer une réduction salariale à tous les employés syndiqués du secteur de la santé (voir aussi le dossier des appelants, p. 1870);

b) supprimer les rajustements au titre de l'équité salariale dans le cas des employés du secteur des installations;

c) augmenter la semaine de travail en la faisant passer de 36 à 37,5 heures, sans majoration salariale (voir aussi le dossier de l'intimée, p. 28-30);

d) modifier la part des cotisations de l'employeur à l'assurance-maladie et en matière d'assistance sociale en la faisant passer de 100 % à 50 %;

e) modifier le mode d'administration des régies régionales de la santé;

f) imposer des régimes de rémunération et de sécurité d'emploi différents aux nouveaux employés;

(g) removing the requirement in collective agreements to provide 12 months of employment security following the end of a contractual layoff notice period; and

(h) voiding collective agreement language that prohibits contracting out, while maintaining the unions' ability to advocate against contracting out on the basis of a business rationale.

231 The government also submitted that the Act was linked to the findings of several federal and provincial health care commissions and — with respect for the majority's view to the contrary — did in fact explain how the measures it had adopted would help it achieve its objectives:

> As a result of these studies, various options for reform were identified. One set of options focussed on reducing existing restrictions on management's ability to change service delivery. These included: eliminating restrictions on contracting out of services; eliminating the "enhanced consultation", long notice periods and the employment security process required by ESLA; reducing lengthy bumping chains; and reducing restrictions on transfer of services and employees from one site to another. The other set of options focussed on directly reducing compensation for health sector workers. These included wage rollbacks, wage freezes, return to a 37.5 hour work week, reduction in holidays, elimination of pay equity increases, reduction or elimination of sick bank payouts. While the latter set of options would save money in the short term, the government concluded that these options could not advance the goal of creating a different framework for conduction business [*sic*] or contribute to long-term sustainability. The former set of options furthered both of these objectives. [Emphasis added.]

(Respondent's Record, at pp. 1045-46)

232 While some of the options put forward by the HEABC and considered by the government were ultimately adopted in Part 2 of the Act, many were examined and rejected. It is notable that the rejected options included alternatives that could have affected other *Charter* rights directly and substantially, such as removing pay equity adjustments,

g) supprimer dans les conventions collectives l'exigence d'accorder une garantie d'emploi de 12 mois après l'expiration de l'avis de mise en disponibilité fourni en vertu d'une convention;

h) annuler les clauses des conventions collectives interdisant la sous-traitance, tout en permettant aux syndicats de continuer à s'y opposer pour des raisons d'ordre économique.

Le gouvernement a aussi fait valoir que la Loi tient compte des conclusions de plusieurs commissions fédérales et provinciales des soins de santé et — contrairement à la déclaration de la majorité — il a en fait expliqué comment les mesures qu'il avait adoptées l'aideraient à réaliser ses objectifs :

> [TRADUCTION] Par suite de ces études, diverses options de réforme ont été envisagées. Une série d'options visait à réduire les restrictions à la capacité des gestionnaires de modifier la prestation des services. Parmi ces options, figuraient les suivantes : abolir les restrictions à la sous-traitance, éliminer les « consultations élargies », les longs préavis et le processus de sécurité d'emploi prévu dans l'ESLA, réduire les longues séries de supplantations, et diminuer les restrictions aux transferts de services et d'employés d'un lieu de travail à un autre. L'autre série d'options visait directement à réduire la rémunération des travailleurs de la santé, notamment en prévoyant des baisses de salaire forcées, des gels de salaire, le retour à la semaine de travail de 37,5 heures, la réduction du nombre de congés payés, l'élimination des augmentations de salaire au titre de l'équité salariale, et la réduction ou l'abolition des indemnités pour congés de maladie accumulés. Certes, la dernière série de mesures aurait permis de réaliser des économies à court terme, mais le gouvernement a conclu qu'elles n'auraient pas pour effet de modifier le cadre dans lequel les services sont offerts et qu'elles n'auraient pas assuré la viabilité à long terme du système. La première série d'options, quant à elle, servait ces deux objectifs. [Je souligne.]

(Dossier de l'intimée, p. 1045-1046)

Si certaines des options préconisées par la HEABC et envisagées par le gouvernement ont en définitive été intégrées dans la partie 2 de la Loi, bon nombre ont été rejetées après examen. Il convient de noter que parmi les solutions rejetées figurent des mesures qui, directement et de manière substantielle, auraient pu porter atteinte à d'autres

which could have infringed the equality rights provided for in s. 15 of the *Charter*. In addition, many of the other rejected alternatives — such as imposing an across-the-board wage reduction, increasing the work week without a pay increase, changing the employer's share of health and welfare premiums, and imposing different compensation and security terms for new hires — would have interfered with the collective bargaining process and may also have infringed s. 2(*d*) of the *Charter*. Others — such as those affecting union leave and the payment of union representatives — could have affected the union's ability to represent employees effectively. The record shows that many of these rejected alternatives were not pursued at the time because the government believed that they would not meet its objective of improving the delivery of health care services. In particular, the government found that many of the options, while offering short-term cost savings, would not facilitate the longer-term structural reforms that were necessary to ensure the sustainability of service delivery for patients.

droits garantis par la *Charte*, notamment l'élimination des rajustements au titre de l'équité salariale, qui aurait pu porter atteinte aux droits à l'égalité prévus à l'art. 15 de la *Charte*. De plus, de nombreuses autres mesures rejetées — p. ex. imposer une réduction générale des salaires, augmenter la semaine de travail sans majoration salariale, modifier la part des cotisations de l'employeur à l'assurance-maladie et en matière d'aide sociale, et imposer des régimes de rémunération et de sécurité d'emploi différents aux nouveaux employés — auraient constitué une ingérence dans le processus de négociation collective et auraient également pu contrevenir à l'al. 2*d*) de la *Charte*. D'autres options, dont les mesures relatives aux congés pour activité syndicale et celles concernant la rémunération des représentants syndicaux, auraient pu toucher la capacité des syndicats de représenter efficacement les employés. Il ressort du dossier que nombre de ces solutions n'ont pas été retenues parce que le gouvernement croyait qu'elles allaient à l'encontre de son objectif d'améliorer la prestation des services de santé. En particulier, il jugeait que bien des options en question, même si elles permettaient de réaliser des économies à court terme, ne faciliteraient pas une réforme structurelle à long terme, nécessaire pour la viabilité de la prestation des services aux patients.

The government chose to enact legislation as part of its "multi-faceted policy initiative" (Respondent's Factum, at para. 21). In applying the minimal impairment test, it is important to consider whether the impugned legislation or state action directly targets the *Charter* rights of an identifiable individual or group of individuals, or whether its effect infringes a *Charter* right of a more amorphous class of persons. Generally speaking, the former situation suggests that the adopted measure is more drastic than in the latter situation. For example, in *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, the majority found that an absolute prohibition by a school board against a student's wearing a kirpan infringed the student's freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter* and that the infringement was not saved by s. 1. In

233

Le gouvernement a choisi d'adopter une loi dans le cadre de son [TRADUCTION] « initiative stratégique à multiples facettes » (mémoire de l'intimée, par. 21). Il importe, dans l'application du critère de l'atteinte minimale, de déterminer si la loi ou l'acte de l'État contestés visent directement les droits que la *Charte* garantit à une personne ou un groupe de personnes identifiables ou s'ils ont simplement pour effet de porter atteinte à un droit que la *Charte* reconnaît à une catégorie moins définie de personnes. Dans le premier cas, la mesure adoptée affecte généralement le groupe de façon drastique. Par exemple, dans *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, la majorité de la Cour a conclu que l'interdiction absolue faite par une commission scolaire à un élève de porter le kirpan allait à l'encontre de sa liberté de religion garantie par l'al. 2*a*)

that case, the individual student was singled out by the administrative decision maker who refused to allow him "to wear his kirpan to school [even if] he complied with certain conditions to ensure that it was sealed inside his clothing" (para. 3). Further, "there was no evidence of any violent incidents involving kirpans in Quebec schools" (para. 8).

234 In the instant case, it cannot be said that the legislation intentionally targeted the s. 2(*d*) rights of health sector union members or that it was aimed at an identifiable group. This finding flows largely from the fact that in its jurisprudence, this Court had not previously held that employees have a right to a process of collective bargaining. For the reasons given by the majority, the foundations of that case law have been displaced, and it is now appropriate for us to recognize such a right. Nor can it be said that the government disregarded rights that employees were then recognized to have or to have targeted such rights. Rather, the goal was "to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability" (Respondent's Factum, at para. 4).

235 I thus accept that other alternatives would not have enabled the government to achieve its objectives and that Part 2 of the Act was not aimed directly at the *Charter* rights of the affected employees. I will now consider the specific impugned provisions.

(i) Sections 4 and 5 of the Act (Transfer and Assignments)

236 Section 4 of the Act was specifically designed to facilitate the reorganization of health care service delivery by enabling employers to transfer functions or services to another worksite or to another health sector employer within a region. As for s. 5, it relates to the *temporary* assignment of an

de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait se justifier au sens de l'article premier. Dans cette affaire, l'autorité décisionnelle administrative visait spécifiquement l'élève en question et refusait de lui permettre « de porter son kirpan à l'école [même si] certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements [étaient] respectées » (par. 3). De plus, « la preuve n'a révélé aucun exemple d'incident de violence avec un kirpan dans les écoles au Québec » (par. 8).

En l'espèce, on ne peut prétendre que la loi visait intentionnellement les droits reconnus par l'al. 2*d*) aux travailleurs syndiqués du secteur de la santé ou qu'elle ciblait un groupe identifiable. Cela tient en grande partie au fait que, dans sa jurisprudence, la Cour ne reconnaissait pas aux travailleurs le droit à un processus de négociation collective. Comme l'explique la majorité, les principes sur lesquels se fondait la jurisprudence ont évolué et il y a maintenant lieu de reconnaître l'existence d'un tel droit. On ne peut non plus affirmer que le gouvernement n'a pas tenu compte des droits alors reconnus aux employés ou que sa loi ciblait ces droits. L'objectif était plutôt le suivant : [TRADUCTION] « répondre aux besoins croissants en matière de services, réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, améliorer la planification et accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système » (mémoire de l'intimée, par. 4).

J'accepte donc que les autres options n'auraient pas permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs et que la partie 2 de la Loi ne visait pas directement les droits que la *Charte* garantit aux employés concernés. Je vais maintenant examiner les dispositions contestées elles-mêmes.

(i) Articles 4 et 5 de la Loi (transferts et affectations)

L'article 4 de la Loi visait spécifiquement à faciliter la réorganisation des services de santé en permettant aux employeurs de transférer des fonctions ou services dans un autre lieu de travail ou à un autre employeur du secteur de la santé dans la même région. Quant à l'art. 5, il porte sur

employee to another worksite or another employer. Employees do not lose their employment as a result of these provisions. Furthermore, as the majority noted, the Regulation adopted pursuant to the Act mitigates the impact of ss. 4 and 5 on employees (para. 118). These provisions are important to a timely restructuring of the health care system. For example, without s. 4, a transfer of functions or services to another worksite would likely result in disruption and delays if affected employees were to exercise bumping, layoff and recall rights (Respondent's Record, at p. 52). Nonetheless, s. 5(b) specifically requires that the collective agreement's provisions on posting a position be complied with where the assignment is to be on an ongoing basis. These provisions are thus carefully tailored so as to ensure that the government's objective is attained while infringing s. 2(*d*) as little as possible.

l'affectation *temporaire* de l'employé dans un autre lieu de travail ou chez un autre employeur. Les employés ne perdent pas leur emploi du fait de ces dispositions. De plus, comme l'indique la majorité, le Règlement pris en application de la Loi atténue l'impact des art. 4 et 5 sur les employés (par. 118). Ces dispositions sont importantes pour que la restructuration du système de santé puisse être faite en temps utile. Par exemple, sans l'art. 4, un transfert de fonctions ou de services dans un autre lieu de travail pourrait entraîner des perturbations ou des retards si les employés touchés devaient exercer leurs droits relatifs à la supplantation, à la mise en disponibilité et au rappel au travail (dossier de l'intimée, p. 52). Néanmoins, dans le cas d'une affectation pour une durée indéfinie, le par. 5b) exige expressément que les clauses de la convention collective relatives à l'affichage soient respectées. Ces dispositions ont donc été soigneusement conçues de façon à permettre au gouvernement d'atteindre son objectif tout en enfreignant le moins possible l'al. 2*d*).

(ii) Sections 6(2) and 6(4) of the Act (Contracting Out)

(ii) Les paragraphes 6(2) et (4) de la Loi (sous-traitance)

Sections 6(2) and 6(4) were adopted to enable health sector employers to contract out certain non-clinical services in order to "[d]evelop more cost-effective and efficient ways of delivering non-clinical health services in order to improve patient care and reduce costs" (Respondent's Record, at p. 59). Section 6(2) has the effect of repudiating collective agreement provisions that in "any manner restric[t], limi[t] or regulat[e] the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services", and prevents such provisions from being agreed to in the future. Section 6(4) voids provisions in collective agreements that require employers to consult with unions before contracting out non-clinical services.

237 Les paragraphes 6(2) et (4) visent à permettre aux employeurs du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques afin de [TRADUCTION] « mettre en place des méthodes permettant de fournir les services non cliniques de façon moins coûteuse et plus efficace, afin d'améliorer les soins aux patients et de réduire les coûts » (dossier de l'intimée, p. 59). Le paragraphe 6(2) a pour effet d'annuler toute clause de convention collective qui [TRADUCTION] « de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques » et il interdit de convenir de telles clauses à l'avenir. Le paragraphe 6(4) rend inopérantes les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques.

The chambers judge, Garson J., found that s. 6(2) of the Act "does not restrict the ability of unions, including the plaintiff unions, to organize employees of outside contractors" ((2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379, at para. 24).

238 La juge Garson, siégeant en son cabinet, a conclu que le par. 6(2) de la Loi [TRADUCTION] « ne restreint pas la capacité des syndicats, y compris les demandeurs, de recruter des employés des sous-traitants » ((2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003

Moreover, it is notable that contracting out is not obligatory. Rather, what s. 6(2) does is prohibit collective agreement clauses preventing contracting out. Thus, although union density may be lower when work is contracted out, there is still substantial room for *all* employees providing non-clinical services to exercise their right to freedom of association and to engage in a process of collective bargaining, even when certain of those services are contracted out.

239 An impact assessment of the Act by the Ministry of Health dated January 24, 2002 explained that the contracting-out provisions "[w]ill allow employers to control costs while focusing on care delivery" (Appellants' Supplementary Record, at p. 17). The government added that:

> Eliminating contracting-out restrictions on non-clinical services, in particular, was seen as necessary to inject an "air of reality" into compensation for these services, and to empower health authorities to appropriately allocate scarce resources as between support services and clinical services involving direct patient care and health programs.
>
> (Respondent's Record, at p. 1046)

In negotiating, the parties can avoid contracting out by agreeing to working conditions that are more consistent with those that apply when work is contracted out. The provision thus brings some competition into the bargaining process. Without s. 6(2) of the Act, the government would be effectively prohibited from making a policy decision to restructure non-clinical health services in the province, because existing collective agreements would block such a decision, without any further discussion.

240 The history of labour relations in the province, discussed above, strongly suggests that the terms set out in s. 6(2) could not have been successfully negotiated by the HEABC and the health sector unions. Moreover, in the context of the province's health care crisis, removing prohibitions on contracting out in collective agreements furthered the

BCSC 1379, par. 24). De plus, il importe de souligner que la sous-traitance n'est pas obligatoire. Sont plutôt interdites les clauses qui empêchent la sous-traitance. Ainsi, bien que la densité syndicale risque d'être plus faible en cas de sous-traitance, la liberté d'association de *tous* les employés affectés aux services non cliniques est loin d'être compromise et il demeure tout à fait possible de participer au processus de négociation collective, même si certains de ces services sont sous-traités.

Dans une étude des répercussions de la Loi, datée du 24 janvier 2002, le ministère de la Santé explique que les dispositions relatives à la sous-traitance [TRADUCTION] « permettront aux employeurs de limiter les coûts tout en se concentrant sur la fourniture des soins de santé » (dossier supplémentaire des appelants, p. 17). Le gouvernement a ajouté :

> [TRADUCTION] On a estimé que l'élimination des restrictions à la sous-traitance des services non cliniques était tout particulièrement nécessaire pour ramener le coût de ces services à un niveau ayant une « apparence de réalité » et pour permettre aux autorités sanitaires de répartir judicieusement leurs ressources limitées entre les services de soutien et les services cliniques directement liés à la fourniture des soins et aux programmes de santé.
>
> (Dossier de l'intimée, p. 1046)

Les parties peuvent éviter la sous-traitance en convenant, lors des négociations, de conditions de travail s'apparentant à celles qui sont applicables au travail sous-traité. La disposition insuffle ainsi une certaine concurrence dans le processus de négociation. Sans le par. 6(2) de la Loi, le gouvernement n'aurait en fait pas le droit, sans plus de discussions, de prendre de décision de politique générale visant la restructuration des services de santé non cliniques de la province, en raison de conventions collectives en vigueur.

L'histoire des relations du travail en Colombie-Britannique, dont il a été question plus haut, tend nettement à indiquer que la HEABC et les syndicats du secteur de la santé n'auraient pas pu négocier une clause comme le par. 6(2). De plus, dans le cadre de la crise qui sévissait dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique, les autres options

government's objective in ways that alternative responses could not. Furthermore, the alternative measures considered by the government were problematic in that many may have directly affected other *Charter* rights. For these reasons, in my view, s. 6(2) of the Act satisfies the minimal impairment test.

The same cannot be said about s. 6(4) of the Act. The only evidence in the record that may be relevant to the minimal impairment analysis in respect of s. 6(4) comes from the HEABC, which made representations to the government with respect to "enhanced consultation" between the HEABC, as the employer, and the relevant unions:

> The supposed purpose of the language was to allow the unions' input prior to the finalization of employer decisions affecting union members. The reality has proven to be constant union attempts to move from an "input" model to a "co-management" model and the use of the language to block or delay management initiatives. Many Employers have indicated that Labour Adjustment Committees and the Enhanced Consultation models are significant barriers to any innovative changes Employers want to make to the health system.
>
> (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, at p. 4)

In that document, the HEABC was in my view expressing to the government its frustration with the "enhanced consultation" model that has been adopted in the past for other management initiatives. However, there is no constitutional entitlement to such consultation prior to contracting out. A far more direct, or time-limited, consultation between the HEABC and the affected unions might be possible. It is notable that during oral argument before this Court, even counsel for the government submitted that it would be desirable to hold consultations before contracting out.

Accordingly, I consider that the government has failed to establish by evidence, inference or common

n'auraient pas, de la même façon que l'élimination des interdictions en matière de sous-traitance figurant dans les conventions collectives, permis au gouvernement d'atteindre son objectif. Au surplus, les autres mesures que le gouvernement avait envisagées étaient problématiques parce que bon nombre d'entre elles auraient pu toucher directement d'autres droits garantis par la *Charte*. Pour ces motifs, le par. 6(2) de la Loi satisfait, à mon avis, au critère de l'atteinte minimale.

241 Il en va autrement du par. 6(4) de la Loi. La seule preuve au dossier susceptible d'être utile pour l'évaluation de cette disposition sous l'angle du critère de l'atteinte minimale émane de la HEABC, qui a fait des observations au gouvernement au sujet des « consultations élargies » entre la HEABC, agissant à titre d'employeur, et les syndicats concernés :

> [TRADUCTION] Le but présumé de la clause était de permettre aux syndicats de donner leur point de vue avant que l'employeur arrête une décision touchant les membres du syndicat. Dans les faits, les syndicats ont constamment tenté de passer du modèle « axé sur la consultation » au modèle de « cogestion » et ils ont tenté d'utiliser la clause pour empêcher ou retarder les initiatives de la direction. Bon nombre d'employeurs ont indiqué que les comités d'adaptation de la main-d'œuvre et les consultations élargies freinent considérablement les changements novateurs que les employeurs souhaitent apporter au système de santé.
>
> (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, p. 4)

À mon avis, dans ce document la HEABC fait part de sa frustration au gouvernement au sujet du modèle des « consultations élargies » adopté par le passé à l'égard d'autres initiatives de la direction. Toutefois, la Constitution ne garantit pas de telles consultations avant la sous-traitance. Des consultations beaucoup plus circonscrites ou limitées dans le temps entre la HEABC et les syndicats concernés pourraient être possibles. Il convient de noter que, devant la Cour, même l'avocat du gouvernement a indiqué qu'il serait souhaitable de procéder à des consultations avant la sous-traitance.

242 Par conséquent, j'estime que le gouvernement n'a pas démontré, que ce soit par la preuve, par

sense that the employers' ability to contract out would be restricted unreasonably by a requirement to consult with the relevant unions beforehand. While s. 6(4) does not, strictly speaking, prohibit consultations on contracting out, declaring that any clause in a collective agreement providing for consultation is void is an invitation to employers not to consult. Consultation is never harmful unless truly exigent circumstances do not allow time for it, or it is rendered moot because recent consultations have made further discussions unnecessary.

(iii) Section 9 of the Act (Layoff and Bumping)

243 Section 9 of the Act is designed "to allow for the timely reorganization and restructuring of health care services" (Respondent's Record, at p. 84) by modifying, for the period ending December 31, 2005, provisions of collective agreements relating to layoffs and bumping.

244 There is evidence in the record that bumping and layoff restrictions can significantly delay the restructuring of health care service delivery. In its impact assessment of the Act dated January 24, 2002, the Ministry of Health stated the following about the bumping and layoff provisions:

> Employers need the ability to lay people off quickly and efficiently. Current bumping provisions create endless chains. Numerous employees are affected and considerable time transpires before anyone is actually laid-off. New bumping provisions in the Regulations still allow for bumping but reduces its affect and inherent delays.

(Appellants' Supplementary Record, at p. 17)

The record contains several examples of the disruption that bumping can cause in the workplace. In one particularly clear example, the elimination of a data entry clerk position in July 1996 resulted

inférence ou en se fondant sur le bon sens, qu'on limiterait de façon déraisonnable la capacité de l'employeur de sous-traiter en exigeant qu'il consulte au préalable les syndicats concernés. Bien que le par. 6(4) n'interdise pas, à proprement parler, la tenue de consultations sur la sous-traitance, en déclarant que les clauses de conventions collectives prévoyant la tenue de consultations sont nulles, on incite les employeurs à ne pas consulter. Les consultations ne sont jamais néfastes, à moins que l'urgence réelle d'une situation rende la chose impossible ou que des consultations récentes rendent inutile la poursuite des discussions.

(iii) Article 9 de la Loi (mise en disponibilité et supplantation)

L'article 9 de la Loi vise à [TRADUCTION] « permettre la réorganisation et la restructuration en temps utile des services de santé » (dossier de l'intimée, p. 84) en modifiant, pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les clauses relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation des conventions collectives.

Il ressort de la preuve au dossier que les restrictions en matière de supplantation et de mise en disponibilité peuvent retarder considérablement la restructuration des services de santé. Dans son étude d'impact de la Loi, datée du 24 janvier 2002, le ministère de la Santé affirme au sujet des dispositions concernant la supplantation et la mise en disponibilité :

> [TRADUCTION] Les employeurs doivent être en mesure de mettre des employés en disponibilité rapidement et efficacement. Les dispositions actuelles sur la supplantation créent d'interminables réactions en chaîne. De nombreux employés sont touchés et il s'écoule un grand laps de temps avant que quiconque ne soit effectivement mis en disponibilité. Sans interdire la supplantation, les nouvelles dispositions réglementaires en atténuent les effets et réduisent les délais.

(Dossier supplémentaire des appelants, p. 17)

Le dossier comporte plusieurs exemples de la perturbation que la supplantation peut causer en milieu de travail. L'un est particulièrement clair : l'élimination d'un poste de commis à la saisie de données

in a chain of eight people in total bumping each other, and the last person in the chain was not placed in a position until four years later, in July 2000 (Respondent's Record, at p. 86; see also p. 118). The HEABC advised the government that "[d]isplacement and bumping is disruptive to staff directly affected by the displacement, and those involved in the bumping chain. This disruption impacts on the quality of program delivery and occupies unnecessary administrative time. The bumping process needs to be expedited" (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, at p. 6).

One feature of s. 9 that is relevant to the minimal impairment analysis is that it is a sunset provision. The Act came into force on January 28, 2002, and s. 9 ceased to operate on December 31, 2005. Section 9 impaired the collective bargaining process in respect of layoffs and bumping, but was limited by a time period approximating the mandate of the government, which had been elected some eight months previously. This suggests that it was closely tied to the health care reform being implemented, and that it was adopted as a transitional measure. The majority state that "this is scant comfort to employees who may have been laid off or bumped before this date, without the benefit of a union to represent them on the issue" (para. 155). With respect, there is nothing in the Act that prevents the union from representing an employee who is laid off as a result of the operation of s. 9. Furthermore, s. 9 did not ban bumping or layoff provisions in collective agreements, which are not, *per se*, constitutionally protected. Rather, it imposed by legislative means attenuated terms for layoffs and bumping in place of those agreed to in the collective bargaining process. As with ss. 4 and 5 of the Act, the impact of s. 9(d) on workers was minimized by safeguards provided for in s. 5 of the Regulation made under the Act. There is sufficient evidence that s. 9 of the Act enabled the government to meet its objectives of making the health care system more sustainable and improving service to patients in ways that other alternatives would not permit. As with s. 6(2), the history of labour relations in the province strongly

en juillet 1996 a donné lieu à une série de huit supplantations, et ce n'est que quatre ans plus tard, soit en juillet 2000, que la dernière personne de la série a été affectée à un poste (dossier de l'intimée, p. 86; voir aussi p. 118). La HEABC a indiqué au gouvernement que [TRADUCTION] « les déplacements et les supplantations ont des effets perturbateurs sur les employés directement touchés par le déplacement et sur ceux qui sont visés par la série de supplantations qui s'ensuit. Ces perturbations se répercutent sur la qualité des services et accaparent inutilement le temps consacré à l'administration. Il faut accélérer le processus de supplantation » (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, p. 6).

245

Un aspect de l'art. 9 qui est pertinent pour l'analyse de l'atteinte minimale est qu'on a prévu que son effet n'est que temporaire. La Loi est entrée en vigueur le 28 janvier 2002 et l'art. 9 a cessé de s'appliquer le 31 décembre 2005. L'article 9 entravait le processus de négociation collective des questions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation, mais son application était assujettie à un délai correspondant approximativement à la durée du mandat du gouvernement, qui avait été élu environ huit mois auparavant. Il est donc permis d'inférer que l'art. 9 est étroitement lié à la réforme du système de santé et qu'il s'agissait d'une mesure transitoire. La majorité affirme que « cette limitation n'apporte aucun réconfort aux employés mis en disponibilité ou supplantés avant cette date, sans qu'un syndicat ait pu les représenter à ce sujet » (par. 155). Soit dit en tout respect, rien dans la Loi n'empêche le syndicat de représenter un employé qui est mis en disponibilité par suite de l'application de l'art. 9. De plus, cette disposition n'interdisait pas l'incorporation de clauses relatives à la supplantation et à la mise en disponibilité dans les conventions collectives, qui intrinsèquement ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Elle visait plutôt à atténuer les conditions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation en remplaçant celles convenues lors du processus de négociation collective. Comme pour les art. 4 et 5 de la Loi, l'impact de l'al. 9d) sur les travailleurs est minimisé par les garanties prévues par l'art. 5 du Règlement adopté

suggests that the terms set out in s. 9 could not have been successfully negotiated by the HEABC and the health sector unions. Therefore, in my view, it satisfies the minimal impairment test as a transitional clause that represents government policy and is carefully circumscribed.

sous le régime de la Loi. La preuve justifie qu'on conclue que l'art. 9 de la Loi a permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs — accroître la viabilité du système de santé et améliorer les services aux patients — d'une façon que d'autres solutions ne lui auraient pas permis de le faire. Tout comme pour le par. 6(2), l'histoire des relations du travail en Colombie-Britannique tend nettement à indiquer que les conditions prévues à l'art. 9 n'auraient pu être négociées par la HEABC et les syndicats du secteur de la santé. Cette disposition satisfait donc, à mon avis, au critère de l'atteinte minimale. Il s'agit d'une mesure transitoire qui représente une politique gouvernementale et elle est soigneusement circonscrite.

(b) *Proportionate Effects Analysis*

b) *L'analyse de la proportionnalité*

246 Sections 4, 5, 6(2) and 9 of the Act have been fashioned to facilitate the restructuring of the province's health care system in order to improve service delivery and sustainability. Are the effects of the measures proportionate? In its submission to the International Labour Office, the government emphasized the link between the Act and the health care challenges it was facing:

Les articles 4 et 5, le par. 6(2) et l'art. 9 de la Loi sont destinés à faciliter la restructuration du système de santé de la province afin d'améliorer les services et d'accroître la viabilité du système. Les effets des mesures sont-ils proportionnés? Dans ses observations au Bureau international du Travail, le gouvernement a souligné le lien entre la Loi et les défis auxquels il était confronté dans le domaine de la santé :

> Any restrictions on collective bargaining or on the right to strike were exceptional measures, enacted in view of the difficult economic and fiscal situation, in the context of protracted and difficult labour disputes, which could have serious consequences in the health and education sectors.
>
> ("Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", at para. 269)

> Toutes les restrictions à la négociation collective ou au droit de grève étaient des mesures exceptionnelles, décidées en raison de la situation économique et fiscale difficile, dans un contexte de conflits du travail longs et tendus, qui auraient pu avoir de sérieuses conséquences dans les secteurs de l'éducation et de la santé.
>
> (« Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », par. 269)

It is now necessary to consider whether the benefits of the impugned measures outweigh their negative consequences in terms of the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter.*

Il faut maintenant déterminer si les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs conséquences négatives, à savoir leur atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte.*

(i) Sections 4 and 5 of the Act (Transfer and Assignments)

(i) Articles 4 et 5 de la Loi (transferts et affectations)

247 In my view, ss. 4 and 5 of the Act do not have a serious impact on employees and, what is more, the

Selon moi, les art. 4 et 5 de la Loi n'entraînent pas de sérieuses conséquences pour les employés

measures provided for in s. 5 are only temporary. As noted earlier, the intrusiveness of the revised transfer and assignment process under ss. 4 and 5 is limited, given that employees retain their employment. Conversely, the benefit of these provisions is to open the door to improvements to the health care system by providing flexibility for the restructuring process. Thus, I am satisfied that they are a proportionate response to the crisis of sustainability in health care.

et, de plus, les mesures prévues par l'art. 5 ne sont que temporaires. Comme je l'ai déjà souligné, les modifications que les art. 4 et 5 apportent au processus de transfert et d'affectation sont peu attentatoires, vu que les employés conservent leur emploi. Par contre, ces dispositions ont l'avantage de permettre des améliorations au système de santé en apportant la souplesse nécessaire à la restructuration. Ainsi, je suis convaincue qu'il s'agit d'une réponse proportionnée à la crise de viabilité dans le système de santé.

(ii) Sections 6(2) and 6(4) of the Act (Contracting Out)

(ii) Paragraphes 6(2) et (4) de la Loi (sous-traitance)

Section 6(2) of the Act does not prevent employees providing contracted-out non-clinical services from exercising their right to freedom of association in a collective bargaining process. Moreover, the intention in enacting it was to facilitate the long-term reform of health care delivery, as opposed to simply seeking short-term cost savings or imposing a heavier burden on taxpayers (who are also potential health care users). Although s. 6(2) does interfere with collective bargaining on contracting out, it strikes an appropriate balance between the government's objectives and the freedom of association of employees. Therefore, the infringement resulting from s. 6(2) of the Act is justified under s. 1 of the *Charter.*

248 Le paragraphe 6(2) de la Loi n'empêche pas les employés en sous-traitance affectés à la prestation des services non cliniques d'exercer leur droit à la liberté d'association dans le cadre d'un processus de négociation collective. L'adoption de cette disposition avait aussi pour but de faciliter la réforme à long terme du système de santé, plutôt que de simplement réaliser des économies à court terme ou imposer un plus lourd fardeau aux contribuables (qui sont également des bénéficiaires potentiels des services de santé). Même si le par. 6(2) entrave la négociation collective en matière de sous-traitance, il permet d'établir un juste équilibre entre les objectifs du gouvernement et la liberté d'association des employés. Par conséquent, l'atteinte au par. 6(2) de la Loi est justifiée selon l'article premier de la *Charte.*

While I have already found that s. 6(4) fails the minimal impairment test, I would add that taking consultation, which is an important component of the collective bargaining process, off the table is also a disproportionate measure. The benefit of s. 6(4), that of reducing the pressure on employers to consult with unions before contracting out, is nominal. The marginal benefits of this provision are outweighed by the deleterious effects of denying consultation to affected unions. Accordingly, s. 6(4) fails to satisfy s. 1 of the *Charter* and is unconstitutional.

249 J'ai déjà conclu que le par. 6(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, mais j'ajouterais que l'interdiction de tenir des consultations — lesquelles représentent une composante importante du processus de négociation collective — est aussi une mesure disproportionnée. L'avantage du par. 6(4) — réduction des pressions exercées sur l'employeur pour qu'il consulte le syndicat avant de sous-traiter — est négligeable. Les effets préjudiciables que cause aux syndicats concernés le refus de consulter l'emportent sur les minces avantages que comporte cette disposition. En conséquence, le par. 6(4) ne satisfait pas à l'exigence de l'article premier de la *Charte* et il est inconstitutionnel.

(iii) Section 9 of the Act (Layoff and Bumping)

250 Finally, s. 9 is consistent with the government's objectives relating to systemic reform, which I have found to be entitled to deference, and the cost of its enactment is limited interference with the collective bargaining process. The negative effects of the infringement are minimal because it is time-limited, and while bumping and layoff protections are attenuated, they are not abolished. The procedural infringement is thus outweighed by the evidence that layoff and bumping provisions in collective agreements would place serious obstacles in the way of the timely restructuring of the health care system. Timely restructuring simply could not take place unless such barriers were removed. Accordingly, s. 9 of the Act is a proportionate response, and the infringement is justified under s. 1 of the *Charter.*

III. Conclusion

251 In addressing the crisis of sustainability in health care, governments face a difficult public policy challenge with no end in sight in the immediate future. As alternatives are considered, competing rights and interests arise. Government must be accorded deference to enable them to navigate these difficult waters. At the same time, this Court must ensure that the path they take is respectful of the constitutional rights of those who are affected by it, and that any infringement of those rights is demonstrably justified.

252 In the case at bar, the freedom of association of health care employees has been infringed in several instances, because provisions of the legislation enacted by the government interfere with their right to a process of collective bargaining with the employer. It is the collective bargaining process that is constitutionally protected, not the content of the actual provisions of the collective agreements. In my view, the government has established that

(iii) Article 9 de la Loi (mise en disponibilité et supplantation)

Enfin, l'art. 9 est compatible avec l'objectif gouvernemental de réforme systémique — qui, à mon avis, appelle à la déférence — et son adoption se fait au prix d'une ingérence limitée dans le processus de négociation collective. Les effets négatifs de l'ingérence sont minimaux du fait qu'elle est limitée dans le temps et que les protections en matière de supplantation et de mise en disponibilité ne sont pas abolies, même si elles se trouvent restreintes. Ainsi, la preuve que les clauses relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation dans les conventions collectives entraveraient sérieusement la restructuration en temps utile du système de santé prime l'atteinte procédurale. La restructuration en temps utile ne pourrait tout simplement pas se faire sans l'élimination de ces obstacles. Par conséquent, l'art. 9 de la Loi représente une réponse proportionnée, et l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte.*

III. Conclusion

Devant le problème de la viabilité du système de santé, les gouvernements sont confrontés à un immense défi de politique générale, qui ne semble pas pouvoir être relevé dans un proche avenir. Dans l'examen de diverses options, surgissent des droits et des intérêts opposés. Il faut faire preuve de déférence envers le gouvernement pour qu'il puisse naviguer dans ces eaux difficiles. En même temps, la Cour doit veiller à ce que l'approche retenue respecte les droits constitutionnels de ceux qui sont touchés et à ce que les atteintes à ces droits soient des restrictions dont la justification peut se démontrer dans tous les cas.

En l'espèce, la Loi constitue à plusieurs égards une atteinte à la liberté d'association des employés du secteur de la santé parce que plusieurs de ses dispositions portent atteinte à leur droit à un processus de négociation collective avec l'employeur. C'est le processus de négociation collective qui bénéficie de la protection de la Constitution, et non le contenu des clauses de conventions collectives. À mon avis, le gouvernement a établi que quatre

four of the five infringements, namely those resulting from ss. 4, 5, 6(2) and 9 of the Act, are constitutionally justified. However, I find that s. 6(4) of the Act fails the minimal impairment and proportionate effects tests and thus is not saved under s. 1 of the *Charter.*

APPENDIX

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2

PART 2 – HEALTH SECTOR

Definitions

3 In this Part:

"**bumping**" means the exercise of a right of one employee to displace another employee who is on the same seniority list under a collective agreement;

"**collective agreement**" means a collective agreement between HEABC and a trade union or an association of trade unions in an appropriate bargaining unit;

"**ESLA**" means the Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement, issued as part of the recommendations of the Industrial Inquiry Commissioner on May 8, 1996 and included in whole or in part in one or more collective agreements between HEABC and trade unions representing employees in appropriate bargaining units, and includes any collective agreement provisions arising from ESLA, including Part 4 and Schedule 1 of the Recommendations of the Industrial Inquiry Commissioner;

"**HEABC**" means the Health Employers Association of British Columbia established under section 6 of the *Public Sector Employers Act*;

"**health sector**" means all members of HEABC whose employees are unionized and includes their unionized employees;

"**health sector employer**" means an employer in the health sector;

des cinq atteintes, à savoir celles qui découlent des art. 4, 5 et 9 et du par. 6(2) de la Loi, sont justifiées sur le plan constitutionnel. Par contre, j'estime que le par. 6(4) de la Loi ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité et, par conséquent, il ne peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte.*

ANNEXE

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2

[TRADUCTION]

PARTIE 2 – SECTEUR DE LA SANTÉ

Définitions

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« **convention collective** » Convention collective conclue entre la HEABC et un syndicat ou une association de syndicats dans une unité de négociation visée.

« **employeur du secteur de la santé** » Employeur ayant des salariés dans le secteur de la santé.

« **ESLA** » L'Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement inscrite le 8 mai 1996 dans les recommandations du commissaire d'enquête sur les relations du travail et intégrée, en tout ou en partie, dans les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés faisant partie des unités de négociations visées. Sont assimilées à l'ESLA les clauses de conventions collectives issues de l'ESLA, y compris la partie 4 et l'annexe 1 des recommandations du commissaire d'enquête sur les relations du travail.

« **HEABC** » La Health Employers Association of British Columbia formée en vertu de l'article 6 de la *Public Sector Employers Act.*

« **lieu de travail** » Installation, agence, centre, programme, organisation ou endroit où l'employé est appelé à travailler.

« **secteur de la santé** » Les membres de la HEABC dont les employés sont syndiqués et leurs employés syndiqués.

"**worksite**" means a facility, agency, centre, program, organization or location at or from which an employee is assigned to work.

Right to reorganize service delivery

4 (1) A health sector employer has the right to reorganize the delivery of its services by transferring functions or services within a worksite or to another worksite within the region or to another health sector employer, including, but not limited to, partnerships or joint ventures with other health sector employers or subsidiaries.

(2) A health sector employer has the right to transfer

(a) functions or services that are to be performed or provided by another health sector employer under subsection (1) to that other health sector employer, and

(b) functions or services that are to be performed or provided at another worksite in the region to that other worksite.

(3) If a function or service is transferred to another health sector employer or within or to a worksite under this section, an employee who performs that function or service may be transferred to that employer or within or to that worksite in accordance with the regulations.

Multi-worksite assignment rights

5 A health sector employer

(a) has a right to assign an employee within or to any worksite of that employer or to a worksite operated by another health sector employer for a period not exceeding that set out in the regulations and under conditions specified in the regulations, and

(b) must post any position pursuant to the collective agreement if the employer requires the successful candidate for that position

« **supplantation** » Droit que peut exercer un employé pour évincer de son poste un autre employé qui fait partie de la même liste d'ancienneté prévue à la convention collective.

Droit de réorganiser la prestation des services

4 (1) L'employeur du secteur de la santé a le droit de réorganiser la prestation de ses services en transférant des fonctions ou services soit dans le même lieu de travail soit dans un autre lieu de travail de la même région soit à un autre employeur du secteur de la santé, notamment une société de personnes ou une coentreprise formée avec d'autres employeurs du secteur de la santé, ou une filiale.

(2) L'employeur du secteur de la santé a le droit de transférer :

a) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre employeur du secteur de la santé visé au paragraphe (1) à cet autre employeur;

b) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre lieu de travail de la même région à cet autre lieu de travail.

(3) Dans le cas où une fonction ou un service est transféré à un autre employeur du secteur de la santé, dans le même lieu de travail ou dans un lieu de travail de la même région conformément au présent article, l'employé qui exécute cette fonction ou ce service peut être transféré à cet employeur, à ce même lieu de travail ou à un lieu de travail de la même région de la manière prévue aux règlements.

Droits liés aux affectations dans différents lieux de travail

5 L'employeur du secteur de la santé :

a) a le droit d'affecter un employé dans le même lieu de travail ou dans un autre lieu de travail relevant de son autorité ou dans un lieu de travail relevant de l'autorité d'un autre employeur du secteur de la santé pour une durée ne dépassant pas celle prévue par règlement et aux conditions qui y sont fixées;

b) doit afficher les postes conformément à la convention collective si le poste visé requiert comme condition d'emploi que le

to work on a regular ongoing basis at more than one worksite of that employer as a condition of employment in that position.

Contracting outside of the collective agreement for services

6 (1) In this section:

"acute care hospital" means a hospital or part of a hospital designated by regulation;

"designated health services professional" means

(a) a nurse licensed under the *Nurses (Registered) Act*,

(b) a person who is a member of a health profession designated under the *Health Professions Act* on the date on which this section comes into force, or

(c) a person in an occupation or job classification designated by regulation;

"non-clinical services" means services other than medical, diagnostic or therapeutic services provided by a designated health services professional to a person who is currently admitted to a bed in an inpatient unit in an acute care hospital, and includes any other services designated by regulation.

(2) A collective agreement between HEABC and a trade union representing employees in the health sector must not contain a provision that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services.

(3) The labour relations board or an arbitrator appointed under the Code or under a collective agreement must not declare a person who

(a) provides services under a contract between a health sector employer and an employer that is not a health sector employer, and

(b) is an employee of the employer that is not a health sector employer

to be an employee of the health sector employer unless the employee is fully integrated with the

candidat retenu travaille sur une base régulière pour une durée indéfinie à plus d'un lieu de travail relevant de son autorité.

Sous-traitance

6 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :

« hôpital de soins actifs » L'hôpital ou la partie d'hôpital désigné par règlement;

« professionnel de la santé désigné » Selon le cas :

a) infirmier autorisé en vertu de la *Nurses (Registered) Act*;

b) membre d'une profession de la santé désignée dans le cadre de la *Health Professions Act* à la date d'entrée en vigueur du présent article;

c) personne dont la classification professionnelle ou la classification de poste est désignée par règlement;

« services non cliniques » Services autres que les services médicaux, thérapeutiques, ou de diagnostic dispensés par un professionnel de la santé désigné au patient hospitalisé dans un hôpital de soins actifs. Sont compris dans ces services les autres services désignés par règlement.

(2) Les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés du secteur de la santé ne peuvent prévoir aucune clause qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.

(3) À moins que les personnes visées aux alinéas a) et b) ne fassent entièrement partie de l'organisation et ne relèvent directement de l'employeur du secteur de la santé, elles ne sont pas reconnues comme employés du secteur de la santé par la commission des relations du travail ou un arbitre nommé en vertu du Code ou d'une convention collective :

a) les personnes qui dispensent des services dans le cadre d'un contrat entre un employeur du secteur de la santé et un employeur ne relevant pas de ce secteur;

operations and under the direct control of the health sector employer.

(4) A provision in a collective agreement requiring an employer to consult with a trade union prior to contracting outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services is void.

(5) A collective agreement does not bind, and section 35 of the Code does not apply to, a person who contracts with a health sector employer.

(6) A health sector employer must not be treated under section 38 of the Code as one employer with any other health sector employer or a contractor.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

7 (1) A party to ESLA is not required to carry out a term of ESLA on or after the coming into force of this section.

(2) A party to a collective agreement is not required to carry out any part of a provision that is based on or derived from ESLA in the collective agreement.

(3) ESLA does not apply for the purposes of the interpretation or application of the collective agreement.

Healthcare Labour Adjustment Society

8 (1) In this section, "**HLAA**" means The Healthcare Labour Adjustment Society of British Columbia incorporated under the *Society Act*.

(2) The minister may appoint an administrator for HLAA.

(3) The administrator appointed under subsection (2) replaces the directors of HLAA and may exercise all the rights and duties of directors under the *Society Act*.

(4) The administrator must ensure that HLAA's programs and activities operate only to the extent necessary to honour obligations to employees of health sector employers who were laid off under ESLA and to honour existing financial commitments made to health sector or other employers

b) l'employé qui travaille pour une personne autre qu'un employeur du secteur de la santé.

(4) Sont nulles les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.

(5) La personne qui conclut un contrat avec un employeur du secteur de la santé n'est pas liée par les conventions collectives et n'est pas visée par l'article 35 du Code.

(6) La désignation d'employeur commun prévue à l'article 38 du Code ne peut s'appliquer à l'employeur du secteur de la santé qui assure une activité avec un autre employeur du secteur de la santé ou un entrepreneur.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

7 (1) Les parties à l'ESLA ne sont pas tenues d'appliquer l'ESLA à compter de l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Les parties à une convention collective ne sont pas tenues d'appliquer les clauses, ou parties de clauses de la convention collective qui relèvent ou proviennent de l'ESLA.

(3) L'ESLA ne s'applique pas pour l'interprétation ou l'application de la convention collective.

Healthcare Labour Adjustment Society

8 (1) Pour l'application du présent article, « **HLAA** » s'entend de la Healthcare Labour Adjustment Society of British Columbia, société constituée en vertu de la *Society Act*.

(2) Le ministre peut nommer un administrateur à la HLAA.

(3) L'administrateur visé au paragraphe (2) remplace les directeurs de la HLAA et peut exercer toutes les attributions que la *Society Act* confère aux directeurs.

(4) L'administrateur doit s'assurer que les programmes et activités de la HLAA sont utilisés uniquement dans la mesure nécessaire pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations envers les employés du secteur de la santé mis à pied aux termes de l'ESLA et pour lui permettre

for reimbursement under one of HLAA's programs.

(5) The minister may direct the administrator to offer programs and activities beyond those in subsection (4).

(6) The administrator is responsible for winding up HLAA in accordance with the *Society Act*.

(7) The administrator may wind up HLAA when its obligations under subsections (4) and (5) are complete.

(8) The administrator must complete his or her duties under this section within one year from the date on which he or she is appointed.

(9) Any money remaining in HLAA at the time it is wound up must be paid into the Health Special Account referred to in the *Health Special Account Act*.

Layoff and bumping

9 For the period ending December 31, 2005, a collective agreement must not contain a provision that

(a) restricts or limits a health sector employer from laying off an employee,

(b) subject to paragraph (c), requires a health sector employer to meet conditions before giving layoff notice,

(c) requires a health sector employer to provide more than 60 days' notice of layoff to an employee directly or indirectly affected and to the trade union representing the employee, or

(d) provides an employee with bumping options other than the bumping options set out in the regulations.

Part prevails over collective agreements

10 (1) A collective agreement that conflicts or is inconsistent with this Part is void to the extent of the conflict or inconsistency.

de respecter les engagements financiers qu'il a pris envers les employeurs du secteur de la santé ou d'autres employeurs pour effectuer les remboursements prévus à l'un des programmes de la HLAA.

(5) Le ministre peut enjoindre à l'administrateur d'offrir des programmes et activités autres que ceux mentionnés au paragraphe (4).

(6) L'administrateur est tenu de liquider la HLAA conformément aux dispositions de la *Society Act*.

(7) L'administrateur peut liquider la HLAA une fois que toutes les obligations prévues aux paragraphes (4) et (5) auront été remplies.

(8) L'administrateur doit s'acquitter des obligations qui lui sont confiées en application du présent article dans l'année qui suit la date de sa nomination.

(9) Tout solde appartenant à la HLAA au moment de sa liquidation est versé dans le Health Special Account mentionné dans la *Health Special Account Act*.

Mise en disponibilité et supplantation

9 Pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les conventions collectives ne peuvent prévoir aucune clause qui, selon le cas :

a) restreint ou limite le pouvoir de l'employeur du secteur de la santé de mettre en disponibilité;

b) sous réserve de l'alinéa c), oblige l'employeur du secteur de la santé à répondre à certaines conditions avant de donner un préavis de mise en disponibilité;

c) oblige l'employeur du secteur de la santé à donner un préavis de mise en disponibilité de plus de 60 jours à l'employé directement ou indirectement visé et au syndicat qui le représente;

d) offre à l'employé des choix quant à la supplantation autres que ceux prescrits par règlement.

La présente partie l'emporte sur les conventions collectives

10 (1) Sont inopérantes les clauses de conventions collectives qui entrent en conflit ou sont incompatibles avec la présente partie.

(2) A provision of a collective agreement that

(a) requires a health sector employer to negotiate with a trade union to replace provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1), or

(b) authorizes or requires the labour relations board, an arbitrator or any person to replace, amend or modify provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1),

is void to the extent that the provision relates to a matter prohibited under this Part.

Appeal allowed in part with costs, DESCHAMPS J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Confederation of National Trade Unions: Pepin et Roy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Teachers' Federation: Noonan Hewson Law Office, Vernon.

(2) Sont inopérantes, dans la mesure où elles portent sur l'une des interdictions prévues à la présente partie les clauses de conventions collectives qui :

a) soit obligent l'employeur du secteur de la santé à négocier avec le syndicat en vue du remplacement d'une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1);

b) soit autorisent la commission des relations du travail, l'arbitre ou toute autre personne à remplacer ou modifier une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1), ou lui imposent cette obligation.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, la juge DESCHAMPS *est dissidente en partie.*

Procureurs des appelants : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Pepin & Roy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Teachers' Federation : Noonan Hewson Law Office, Vernon.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2007 Vol. 2

3e cahier, 2007 Vol. 2

[2007] 2 S.C.R. 517-724

Renvoi [2007] 2 R.C.S. 517-724

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Baier *v.* Alberta **673**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes right to equality — Whether occupational status an analogous ground — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

Education law — School authorities — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression or right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

Canada (Attorney General) *v.* JTI-Macdonald Corp. **610**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertising and promotion of tobacco — Whether limits imposed on tobacco manufacturers' freedom of expression by provisions of Tobacco Act and Tobacco Products Information Regulations justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, ss. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272.

London (City) *v.* RSJ Holdings Inc. **588**

Municipal law — By-laws — Validity — Open meeting requirement — Municipality discussing and approving interim control by-law at closed meetings contrary to open meeting statutory requirement — Whether meetings properly closed because interim control by-laws may be passed without prior notice or hearing under provincial planning legislation — If open meeting requirement breached, whether Court of Appeal properly exercised its discretion to quash by-law for illegality — Municipal Act, 2001, S.O.

Continued on next page

SOMMAIRE

Baier *c.* Alberta **673**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Le statut professionnel constitue-t-il un motif analogue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

Droit de l'éducation — Autorités scolaires — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

Canada (Procureur général) *c.* JTI-Macdonald Corp. **610**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité et promotion des produits du tabac — Les restrictions que les dispositions de la Loi sur le tabac et du Règlement sur l'information relative aux produits du tabac imposent à la liberté d'expression des fabricants de produits du tabac sont-elles justifiées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272.

London (Cité) *c.* RSJ Holdings Inc. **588**

Droit municipal — Règlements — Validité — Obligation d'ouvrir les réunions au public — Examen et approbation par la municipalité d'un règlement municipal d'interdiction provisoire lors de réunions à huis clos en contravention de l'obligation légale d'ouvrir les réunions au public — Le huis clos était-il justifié parce que la législation provinciale en matière d'aménagement du territoire permet l'adoption de règlements municipaux d'interdiction provisoire sans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

2001, c. 25, ss. 239, 273 — Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13, s. 38.

R. *v.* Couture **517**

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Spousal incompetency rule — Trial judge admitting into evidence out-of-court statements made by accused's spouse to police during marriage — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Whether admission of statements would undermine spousal incompetency rule or its underlying rationales.

SOMMAIRE (Fin)

préavis et sans audience préalable? — S'il y a eu manquement à l'obligation d'ouvrir les réunions au public, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement son pouvoir discrétionnaire d'annuler le règlement pour cause d'illégalité? — Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25, art. 239, 273 — Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 38.

R. *c.* Couture **517**

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner — Admission en preuve par la juge du procès des déclarations extrajudiciaires faites à la police par la conjointe de l'accusé durant le mariage — Ces déclarations sont-elles admissibles à titre d'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — L'admission des déclarations irait-elle à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou de ses fondements?

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Raymond Couture *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* COUTURE

Neutral citation: 2007 SCC 28.

File No.: 30975.

2006: May 15; 2007: June 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Spousal incompetency rule — Trial judge admitting into evidence out-of-court statements made by accused's spouse to police during marriage — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Whether admission of statements would undermine spousal incompetency rule or its underlying rationales.

The accused was convicted of two counts of second degree murder. His convictions were based, in part, on two out-of-court statements made by his spouse C. She had disclosed to the police that some time before their marriage, she had been the accused's Christian volunteer counsellor in prison where he was serving time on unrelated offences and that during the course of the counselling, he had confided in her that he had murdered two women. The first statement was audiotaped and the second videotaped, but neither statement was made under oath. At the time C gave the two statements she was living estranged from the accused. The couple reconciled shortly after and, at the time of trial, their marriage was valid and subsisting. As C was not a competent or compellable witness for the Crown, the trial judge, based on the authority of this Court's decision *Hawkins*, admitted C's hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule having found

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Raymond Couture *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* COUTURE

Référence neutre : 2007 CSC 28.

N° du greffe : 30975.

2006 : 15 mai; 2007 : 15 juin.

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

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

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner — Admission en preuve par la juge du procès des déclarations extrajudiciaires faites à la police par la conjointe de l'accusé durant le mariage — Ces déclarations sont-elles admissibles à titre d'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — L'admission des déclarations irait-elle à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou de ses fondements?

L'accusé a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. Ses condamnations reposent en partie sur deux déclarations extrajudiciaires faites par sa conjointe, C. Celle-ci avait révélé à la police que, bien avant d'épouser l'accusé, elle avait été sa conseillère chrétienne bénévole pendant son incarcération pour des infractions non liées aux meurtres et qu'il lui avait confié, dans ce contexte, avoir tué deux femmes. La première déclaration avait été enregistrée au magnétophone et la deuxième sur bande vidéo, mais aucune n'avait été faite sous serment. À l'époque où C a fait ces déclarations, elle avait quitté l'accusé. Ils se sont réconciliés peu de temps après et, au moment du procès, ils étaient toujours mariés et leur mariage était valide. Comme C n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le ministère public, la juge du procès s'est fondée sur l'arrêt de la Cour dans *Hawkins* pour admettre les déclarations relatées émanant de C

that both necessity and threshold reliability had been met. The Court of Appeal distinguished *Hawkins*, ruled the statements inadmissible, set aside the convictions, and ordered a new trial. The sole question before this Court concerns the admissibility of C's out-of-court statements. The Crown contends that, as a matter of principle, this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule does not extend to a spouse's out-of-court statements and, because necessity is made out by reason of the spouse's incompetency, any out-of-court statement from the spouse may be admitted under the principled exception to the hearsay rule, provided that it is sufficiently reliable.

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

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ.: The spouse's out-of-court statements are inadmissible because their admission under the principled exception to hearsay would, in the circumstances of this case, undermine the spousal incompetency rule and its underlying rationales. Unless there is good reason to modify an established common law rule, the modern approach to hearsay should be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Here, the approach advocated by the Crown and adopted by the trial judge must be rejected. This approach represents a drastic change in the role played by the spouse in criminal law trials and such a substantial reform of the spousal incompetency rule is a matter better left for Parliament. Moreover, this approach is not consistent with *Hawkins*. *Hawkins* was based on its own particular fact situation and did not create a broad exception that would admit all out-of-court statements made by spouses on the basis of threshold reliability alone. Reliability alone cannot overcome the rule because spousal incompetency is not based on any concern about the reliability of a spouse's testimony. The evidence is excluded, not because it lacks probative value but, rather, on policy grounds based on broader social interests. In addition, *Hawkins* indicates that regard must also be had to the particular circumstances of the case to determine whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule. [51] [54-55] [62]

Accordingly, hearsay evidence may be admitted under the principled approach if it meets the twin

suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, après avoir conclu que les critères de la nécessité et de la fiabilité étaient remplis. La Cour d'appel a établi une distinction avec l'affaire *Hawkins*, conclu à l'inadmissibilité des déclarations, annulé les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La seule question dont la Cour est saisie est l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de C. Le ministère public prétend que, dans *Hawkins*, la Cour a statué, sur le plan des principes, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne s'applique pas à ses déclarations extrajudiciaires et que, la nécessité étant établie du fait de l'inhabilité du conjoint à témoigner, toute déclaration extrajudiciaire de celui-ci pourrait être admise suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, à condition d'être suffisamment fiable.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron : Les déclarations extrajudiciaires de la conjointe sont inadmissibles parce que, dans les circonstances de l'espèce, leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire irait à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et de ses fondements. À moins qu'il n'existe une bonne raison de modifier une règle de common law bien établie, la méthode d'analyse moderne en matière de ouï-dire devrait être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. En l'espèce, le raisonnement préconisé par le ministère public et retenu par la juge du procès doit être rejeté. Cette approche modifierait radicalement le rôle du conjoint dans les procès criminels et il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter une modification aussi importante à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. De plus, elle n'est pas compatible avec *Hawkins*. L'arrêt *Hawkins* s'appuyait sur les faits propres à l'affaire et n'a pas créé une exception générale permettant l'admission de toutes les déclarations extrajudiciaires des conjoints répondant au seul critère du seuil de fiabilité. La fiabilité ne peut à elle seule faire échec à la règle puisque l'inhabilité du conjoint à témoigner ne repose sur aucune préoccupation touchant la fiabilité de son témoignage. La preuve est exclue, non pas parce qu'elle n'est pas suffisamment probante, mais pour des motifs de principe fondés sur des intérêts sociaux plus généraux. De plus, *Hawkins* indique qu'il faut également tenir compte des circonstances particulières de l'affaire pour décider si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. [51] [54-55] [62]

Par conséquent, la preuve par ouï-dire peut être admise suivant la méthode d'analyse raisonnée si elle

criteria of necessity and reliability and if its admission would not undermine the spousal incompetency rule or its rationales. Consideration of the rule is not a matter of residual discretion. Since the rule is based on rationales that are unconnected to the reliability concerns arising from the hearsay nature of the evidence, the spousal incompetency inquiry must be kept analytically distinct from the hearsay inquiry. In the spousal competency inquiry, the circumstances surrounding the creation of the evidence are a relevant consideration and, in considering whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule or its underlying rationales, the inquiry should not be focussed on the individual marriage. The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, the extent to which there is marital harmony or marital discordance in the particular marriage is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other. Here, the Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins*. The operation of the principled approach to the hearsay rule would effectively thwart the spousal competency rule and, consequently, cannot provide a basis for admitting the evidence in this case. [63-66] [70-71]

There is a second basis for distinguishing *Hawkins*. While the Crown has established necessity because C is neither competent nor compellable to testify for the prosecution, her statements were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule. First, the trial judge erred in finding that the three witnesses upon whom she relied provided any corroborative evidence. Independent evidence that supports the truth of an assertion is corroborative. The fact that C may have disclosed similar information to others is neither independent nor supportive of the truth of her assertions about the accused's involvement in the murders. Second, the trial judge did not apply the correct test. A trial judge must start from the premise that the statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. Here, the trial judge reversed the onus. She also failed to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales. In light of these errors, the trial judge's ruling is not entitled to

satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité et si son admission ne porte pas atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ni à ses fondements. L'examen dicté par cette règle ne relève pas du pouvoir discrétionnaire résiduel. Étant donné que la règle repose sur des justifications sans lien avec les problèmes de fiabilité liés à la nature du ouï-dire, la question de l'inhabilité du conjoint doit être tenue analytiquement séparée de celle du ouï-dire. Lorsqu'on examine la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner, les circonstances entourant la constitution de la preuve sont pertinentes et, lorsqu'il s'agit de savoir si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements, l'examen ne devrait pas être axé sur le mariage précis en cause. L'application de la règle est déclenchée par la seule existence d'un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, la mesure dans laquelle l'harmonie ou la mésentente règne dans le mariage précis en cause n'a aucune pertinence. Il s'agit plutôt de savoir si, d'un point de vue objectif, l'application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire dans les circonstances particulières de l'affaire romprait l'harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre. La Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins*. L'application de la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire ferait en réalité échec à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne peut, par conséquent, justifier l'admission de la preuve en l'espèce. [63-66] [70-71]

L'affaire *Hawkins* doit être distinguée à un deuxième égard. Bien que le ministère public ait établi la nécessité du fait que C n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant, ses déclarations n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. Premièrement, la juge du procès a eu tort de conclure que les trois témoins sur lesquels elle s'est appuyée ont fourni une preuve corroborante. Une preuve indépendante qui atteste la véracité d'une affirmation est une preuve corroborante. Le fait que C ait pu révéler des renseignements semblables à d'autres personnes ne constitue pas une preuve indépendante et n'atteste pas la véracité de ses affirmations concernant l'implication de l'accusé dans les meurtres. Deuxièmement, la juge du procès n'a pas appliqué le bon critère. Le juge du procès doit, au départ, considérer que les déclarations sont présumées inadmissibles, puis se mettre à la recherche d'indices de fiabilité permettant de surmonter la règle de l'exclusion générale. En l'occurrence, la juge du procès a inversé le fardeau de la preuve. Elle a aussi omis de se demander si l'admission de la preuve suivant

deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the question of admissibility. [5] [72] [79] [83] [85-86]

The criterion of reliability is usually met either because of the way in which the statement came about, its contents are trustworthy, or where circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. In the circumstances of this case, absent the opportunity to cross-examine C, there is no basis upon which a court could find that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of C's statements. Neither statement was given under oath and the first statement — the pivotal one — was not videotaped. Although the police videotaped the second statement, C did not repeat the crucial evidence in that statement. Because of the exigencies of the spousal incompetency rule, it is not open to the Crown, which bears the onus of showing that there are adequate substitutes, to rely on the accused's ability to cross-examine his spouse as his own witness in order to meet its burden on the admissibility inquiry. The accused, in order to properly test the evidence put against him, would be forced to confront his spouse in cross-examination and, ultimately, also risk being convicted on the basis of her evidence. This approach would clearly undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule and therefore cannot be countenanced by this Court. Moreover, there is nothing about the statements themselves that compels one to trust their truth and accuracy in this untested form. [80] [89-91] [94] [101]

Per Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): This appeal raises the question of the impact of the spousal incompetency rule on the principled approach to the admission of hearsay evidence. This Court resolved this issue in *Hawkins* by finding that the rule does not affect the necessity and reliability assessment but can be considered as a part of a trial judge's residual discretion to exclude hearsay where to admit a spouse's statements would result in "unfairness" to the accused. The majority's reasons effectively endorse the dissent in *Hawkins*. The majority reasons are also a departure from this Court's previous rulings regarding what gives hearsay evidence circumstantial indicia of reliability that would allow it to be admitted under the principled approach to hearsay. [104]

la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Compte tenu de ces erreurs, il n'y a pas lieu de faire montre de retenue à l'égard de la décision de la juge du procès, et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la question de l'admissibilité. [5] [72] [79] [83] [85-86]

Une déclaration répond habituellement au critère de la fiabilité si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. En l'espèce, vu l'impossibilité de contre-interroger C, rien ne permettrait à un tribunal de conclure à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. Aucune de ces déclarations n'a été faite sous serment et la déclaration essentielle — la première — n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. La police a enregistré la deuxième déclaration sur bande vidéo, mais C n'y répète pas les éléments cruciaux de sa déposition. En raison des exigences de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, le ministère public, qui doit démontrer l'existence de substituts adéquats, ne peut s'appuyer sur le droit de l'accusé de contre-interroger son conjoint comme son propre témoin, pour s'acquitter de son fardeau d'établir l'admissibilité. Pour vérifier convenablement la preuve déposée contre lui, l'accusé se verrait obligé de confronter sa conjointe en contre-interrogatoire et risquerait, finalement, d'être déclaré coupable sur la foi de son témoignage. Cette façon de procéder irait manifestement à l'encontre des fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne saurait être admise par notre Cour. En outre, aucun élément relatif aux déclarations elles-mêmes ne porte à croire irrésistiblement à leur véracité et à leur exactitude sous cette forme non vérifiée. [80] [89-91] [94] [101]

Les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein (dissidents) : Le pourvoi concerne l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Dans *Hawkins*, notre Cour a tranché la question en concluant que cette règle n'a aucun effet sur l'appréciation de la nécessité et de la fiabilité, mais peut être considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure une preuve par ouï-dire, lorsque l'admission des déclarations du conjoint entraînerait une « iniquité » envers l'accusé. Les motifs des juges majoritaires approuvent en fait l'opinion dissidente dans *Hawkins*. Ils s'écartent aussi des précédents de notre Cour sur les éléments qui confèrent à la preuve par ouï-dire la fiabilité circonstancielle voulue pour qu'elle soit admise suivant la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire. [104]

The trial judge proceeded on the correct assumption that the judgment of this Court in *Hawkins* determined the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse. The Crown has established necessity because C is neither competent nor compellable to testify for the prosecution. With respect to the second requirement, reliability is satisfied where the hearsay statement is made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. While the importance of an oath and cross-examination cannot be disputed, their availability is not the *sine qua non* of admissibility under the principled approach to hearsay. To place too much focus on their absence as a reason for excluding hearsay statements may have the effect of leaving a witness's otherwise reliable and relevant evidence altogether unutilized. In this case, the trial judge made a reasonable factual finding that C's statements met threshold reliability. She noted the importance of both an oath and a cross-examination, and their absence in relation to C's hearsay evidence. However, after listening to the audiotape of the first statement, watching the videotape of the second interview, reading the transcripts of both interviews and hearing from the police officers who conducted the interviews, she concluded that the hearsay dangers of coercion, leading questions or other investigatory misconduct on the part of the police were not present during either statement and that the statements were made voluntarily and without suggestion. The trial judge also concluded on the basis of the evidence at the *voir dire* that C had no motive to mislead. The trial judge applied the correct test for determining threshold reliability and placed the onus on the Crown to establish that C's statements met that threshold. In the end, her reasons demonstrate that she accepted facts which constitute sufficient indicia to conclude that C's statements met threshold reliability. Lastly, it is not open to the Crown to rely on the accused's exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability on the admissibility inquiry. However, the trial judge's finding of reliability in no way hung upon the accused's opportunity to call C at trial. [106] [112-113] [116-117] [119-120] [129] [132-133]

Under the principled approach to the admission of out-of-court statements, even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability, the hearsay statement remains subject to the trial judge's residual discretion to exclude a statement where its probative value is slight and undue prejudice might

La juge du procès a tenu pour acquis, à juste titre, que l'arrêt *Hawkins* de notre Cour a établi les principes applicables lorsque l'objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint. Le ministère public a établi la nécessité du fait que C n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. En ce qui a trait au deuxième critère, l'exigence de fiabilité est remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa véracité. Bien que l'importance du serment et du contre-interrogatoire soit incontestable, ces éléments ne constituent pas des conditions *sine qua non* de l'admissibilité suivant la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire. Trop s'appuyer sur leur absence pour exclure de telles déclarations peut mener à la non-utilisation pure et simple du témoignage par ailleurs fiable et pertinent d'un témoin. En l'espèce, la juge du procès a tiré une conclusion de fait raisonnable en statuant que les déclarations de C satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. Elle a souligné l'importance tant du serment que du contre-interrogatoire, et leur absence en ce qui concerne la preuve par ouï-dire émanant de C. Toutefois, après avoir écouté la bande sonore de la première déclaration, visionné la bande vidéo de la deuxième entrevue, lu les transcriptions des deux entrevues déposées en preuve comme pièces et entendu les policiers qui ont procédé aux entrevues, elle a conclu dans le cas des deux déclarations, à l'absence des dangers associés au ouï-dire que sont la coercition, les questions suggestives ou d'autres manquements de la part des enquêteurs, et que C avait fait ses déclarations volontairement et sans qu'on les lui suggère. La juge du procès a aussi conclu, à partir de la preuve présentée lors du voir-dire, que C n'avait aucune raison de travestir les faits. La juge du procès a appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité et elle a attribué au ministère public le fardeau d'établir que les déclarations de C satisfaisaient à ce critère. En bout de ligne, il ressort de ses motifs qu'elle a admis des faits qui constituent des indices suffisants pour conclure que les déclarations de C répondaient au critère du seuil de fiabilité. Enfin, le ministère public ne peut s'appuyer sur le droit exclusif de l'accusé de citer son conjoint comme témoin pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'établir le seuil de fiabilité lors de l'examen de l'admissibilité. Cependant, la conclusion de la juge du procès concernant la fiabilité ne tenait pas au fait que l'accusé avait la possibilité d'appeler C à témoigner au procès. [106] [112-113] [116-117] [119-120] [129] [132-133]

Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, elle demeure assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel du juge de l'exclure lorsque sa valeur probante est faible

result to the accused. It is at this stage that a policy consideration justifying the spousal incompetency rule may have an impact on the admissibility of an accused's spouse's out-of-court statements. The reasons of the trial judge in this case do not indicate that she considered any potential harm to the couple's marital harmony in finding the statements admissible. However, it also appears from the record that the accused never raised the issue or tendered any evidence on this point. A trial judge is not obliged to address a potential issue that the parties have not raised. Where evidence is led on the issue, the "unfairness" inquiry requires an assessment of whether the admission of the hearsay statement will jeopardize the accused's marital harmony. When the marriage took place is irrelevant. Here, the admission of the hearsay statements would not result in such "unfairness". The evidence indicates that the parties reconciled despite the accused knowing that his wife gave voluntary statements to the police. Their marital bond remained intact up to and including the time of trial. Any threat to the couple's marital harmony would have occurred at the time when the accused discovered that his wife voluntarily approached the police. If this did not jeopardize the couple's relationship, it is difficult to see how admitting C's hearsay statements into evidence at trial would do so. [134] [139] [141-142] [144]

The extent to which the spousal testimonial incompetence rule may preclude the admission of otherwise admissible hearsay statements must be considered in the context of the rationale that weighs heavily in support of admitting the evidence: the fact that a trial is primarily a truth-seeking inquiry. This consideration supports limiting the impact of the rule on the assessment of hearsay admissibility to the analytical framework set out by the majority in *Hawkins*. [150]

Cases Cited

By Charron J.

Distinguished: *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; **referred to:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27; *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hawkins v. United States*, 358 U.S. 74 (1958); *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R.

et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. C'est à cette étape qu'une considération de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut avoir une incidence sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du conjoint d'un accusé. Les motifs de la juge du procès en l'espèce n'indiquent pas qu'elle a envisagé la possibilité d'une atteinte à l'harmonie conjugale du couple lorsqu'elle a conclu à l'admissibilité des déclarations. En revanche, il ressort également du dossier que l'accusé n'a jamais soulevé la question ni produit une preuve quelconque en ce sens. Le juge du procès n'est pas tenu d'aborder une question éventuelle que les parties n'ont pas soulevée. Lorsqu'une preuve est produite à cet égard, l'examen relatif à l'« iniquité » doit comprendre une appréciation de la question de savoir si l'admission de la déclaration relatée mettra en péril l'harmonie conjugale de l'accusé. Le moment où le mariage a été célébré n'a aucune importance. En l'espèce, l'admission des déclarations relatées n'entraînerait pas une telle « iniquité ». La preuve révèle que les parties se sont réconciliées même si l'accusé savait que son épouse avait fait des déclarations volontaires à la police. Leur lien matrimonial est demeuré intact jusqu'au procès, et même pendant celui-ci. S'il y a un moment où l'harmonie conjugale du couple aurait pu être menacée, c'est quand l'accusé a découvert que son épouse s'était volontairement adressée à la police. Si cela n'a pas mis leur couple en péril, il est difficile de voir comment l'admission en preuve au procès de la déclaration relatée de C aurait cet effet. [134] [139] [141-142] [144]

La mesure dans laquelle la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut empêcher l'admission de déclarations relatées par ailleurs admissibles doit être examinée dans le contexte du principe qui commande fortement l'admission d'une telle preuve : le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité. Cette considération justifie qu'on limite l'incidence de la règle sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire au cadre analytique établi par les juges majoritaires dans *Hawkins*. [150]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; **arrêts mentionnés :** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27; *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hawkins c. United States*, 358 U.S. 74 (1958); *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *R. c. Khelawon*, [2006] 2

787, 2006 SCC 57; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

By Rothstein J. (dissenting)

R. v. Hawkins, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338, aff'd [1980] 1 S.C.R. 400; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4.
Crimes Act 1958 (Vic.), s. 400.

Authors Cited

Canada. Law Commission. *Beyond Conjugality: Recognizing and supporting close personal adult relationships*. Ottawa: The Commission, 2001.
Manson, Allan. *Spousal Testimony in Criminal Cases in Canada*. A Report for the Law Commission of Canada, September 2001.
Sankoff, Peter. "Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility: When Ancient and Modern Doctrines Collide" (2006), 35 C.R. (6th) 43.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.
Stewart, Hamish. "Spousal Incompetency and the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Southin and Oppal JJ.A.) (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 211 B.C.A.C. 213, 349 W.A.C. 213, [2005] B.C.J. No. 748 (QL), 2005 BCCA 205, setting aside the

R.C.S. 787, 2006 CSC 57; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

R. c. Hawkins, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338, conf. par [1980] 1 R.C.S. 400; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76.

Lois et règlements cités

Crimes Act 1958 (Vic.), art. 400.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4.

Doctrine citée

Canada. Commission du droit. *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*. Ottawa : La Commission, 2001.
Manson, Allan. *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada*. Un rapport préparé pour la Commission du droit du Canada, septembre 2001.
Sankoff, Peter. « Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility : When Ancient and Modern Doctrines Collide » (2006), 35 C.R. (6th) 43.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1999.
Stewart, Hamish. « Spousal Incompetency and the *Charter* » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1974.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Southin et Oppal) (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 211 B.C.A.C. 213, 349 W.A.C. 213, [2005] B.C.J. No. 748 (QL), 2005 BCCA 205, qui a annulé les déclarations de

accused's convictions and ordering a new trial. Appeal dismissed, Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Bruce Johnstone, for the appellant.

Susan M. Coristine and *M. Kevin Woodall*, for the respondent.

Jamie C. Klukach, for the intervener.

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

CHARRON J. —

1. Overview

1 David Couture was convicted of two counts of second degree murder in respect of the 1986 killings of his ex-girlfriend Darlinda Lee Ritchey and her friend Karen Ann Baker. His convictions were based, in part, on two out-of-court statements made by his spouse Darlene Couture to the police in 1997. In her statements, Darlene Couture disclosed that in 1989, some time before their marriage, she had been Mr. Couture's Christian volunteer counsellor in prison where he was serving time on unrelated offences and that during the course of the counselling, he had confided in her that he had murdered the two women. This appeal turns on the admissibility of the spouse's out-of-court statements under the principled exception to the hearsay rule.

2 At the time Mrs. Couture gave the two statements to the police she was living estranged from Mr. Couture. The couple reconciled shortly after and, at the time of trial, their marriage was valid and subsisting. Under the common law rule, a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. Further exceptions to the incompetency rule are created by statute under s. 4 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. None of the common law or statutory

culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents.

Bruce Johnstone, pour l'appelante.

Susan M. Coristine et *M. Kevin Woodall*, pour l'intimé.

Jamie C. Klukach, pour l'intervenant.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

David Couture a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré relativement aux meurtres de son ex-petite amie, Darlinda Lee Ritchey, et de l'amie de celle-ci, Karen Ann Baker, survenus en 1986. Ses condamnations reposent en partie sur deux déclarations extrajudiciaires faites à la police par sa conjointe, Darlene Couture, en 1997. Dans ses déclarations, elle a révélé que, bien avant d'épouser M. Couture, elle avait été sa conseillère chrétienne bénévole pendant son incarcération pour des infractions non liées aux meurtres, en 1989, et qu'il lui avait confié, dans ce contexte, avoir tué les deux femmes. Le pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la conjointe suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

À l'époque où M^me^ Couture a fait ses deux déclarations à la police, elle avait quitté M. Couture. Ils se sont réconciliés peu de temps après. Au moment du procès, ils étaient toujours mariés et leur mariage était valide. Selon la règle de common law, le conjoint d'une personne accusée dans une procédure criminelle est inhabile à témoigner dans cette procédure, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Des exceptions légales à la règle de l'inhabilité à témoigner sont par ailleurs prévues par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985,

exceptions applies in this case and, therefore, Mrs. Couture was neither competent nor compellable to testify for the prosecution.

Based on the authority of this Court's decision in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, the trial judge admitted Mrs. Couture's hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule. Following his trial before a judge sitting without a jury, Mr. Couture was convicted on both counts of second degree murder. On appeal, the British Columbia Court of Appeal distinguished *Hawkins*, ruled the statements inadmissible, set aside the convictions, and ordered a new trial. The Crown appeals from this order.

The sole question before this Court concerns the admissibility of Mrs. Couture's out-of-court statements. At issue is the scope of this Court's majority ruling in *Hawkins* holding that a spouse's preliminary hearing testimony, given before her marriage to the accused, was admissible under the principled exception to the hearsay rule. The Crown contends that, as a matter of principle, this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule does not extend to a spouse's out-of-court statements. Hence, it is argued, because necessity is made out by reason of the spouse's incompetency, any out-of-court statement from the spouse may be admitted under the principled exception to the hearsay rule, provided that it is sufficiently reliable. The trial judge adopted this approach in ruling Mrs. Couture's statements admissible.

Mr. Couture disagrees with the Crown's interpretation of this Court's decision in *Hawkins*. He submits that, unlike *Hawkins*, which was based on unusual circumstances, the ruling sought in this case would be of broad application and would dramatically alter the role of the spouse in the criminal justice system. This approach, he argues, would be inconsistent with the unanimous holding in

ch. C-5. Aucune exception prévue par la common law ou par la loi ne s'applique en l'espèce. Par conséquent, M^me^ Couture n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant.

3 S'appuyant sur un arrêt de notre Cour, *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, la juge du procès a admis les déclarations relatées de M^me^ Couture comme relevant de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. À l'issue de son procès devant un juge siégeant sans jury, M. Couture a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Hawkins*, conclu à l'inadmissibilité des déclarations, annulé les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit contre cette ordonnance.

4 La seule question dont nous sommes saisis est l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de M^me^ Couture. Il s'agit de préciser la portée de la décision de la majorité de notre Cour dans *Hawkins*, selon laquelle le témoignage fourni par la conjointe à l'enquête préliminaire, avant son mariage avec l'accusé, était admissible parce qu'il relevait de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. Le ministère public prétend que, dans *Hawkins*, la Cour a statué, sur le plan des principes, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne s'applique pas à ses déclarations extrajudiciaires. Selon lui, la nécessité étant établie du fait de l'inhabilité du conjoint à témoigner, toute déclaration extrajudiciaire de celui-ci pourrait être admise en application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, à condition d'être suffisamment fiable. La juge du procès a retenu ce raisonnement pour conclure à l'admissibilité des déclarations de M^me^ Couture.

5 M. Couture est en désaccord avec le ministère public sur l'interprétation de la décision de notre Cour dans *Hawkins*. Il fait valoir que, contrairement à cet arrêt, qui reposait sur des circonstances exceptionnelles, la décision recherchée en l'espèce recevrait une application large et changerait radicalement le rôle du conjoint dans le système de justice pénale. Selon lui, cette approche serait

Hawkins that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. He therefore submits that the British Columbia Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins* and to rule Mrs. Couture's statements inadmissible, not only on the basis that their admission would violate the spirit of the spousal incompetency rule, but also because they were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule.

6 In my view, the approach advocated by the Crown and adopted by the trial judge is inconsistent with this Court's decision in *Hawkins*. The Court was unanimous in upholding the common law rule of spousal incompetency. The Court was divided, however, on the question of whether the admission of the spouse's preliminary hearing testimony, given before the marriage in relation to the same charges, would violate the spirit of the spousal incompetency rule. The majority, for different reasons expressed in three concurring judgments, was of the view that it did not. The minority, on the other hand, concluded that the facts did not permit the use of a principled exception to the hearsay rule. In applying the principled exception to the hearsay rule, however, the majority did not ignore the spousal incompetency rule and its underlying policy. Rather, it took great pain to explain how the admission of the evidence in the circumstances of that case would not undermine the rationale for the rule.

7 For reasons that follow, I conclude that the admission of the spouse's out-of-court statements would violate the spousal incompetency rule in this case. Consequently, the British Columbia Court of Appeal was correct in holding that this case is distinguishable from *Hawkins* and in ruling the spouse's out-of-court statements inadmissible. I would therefore dismiss the appeal.

incompatible avec la conclusion unanime, formulée dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. Il soutient donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins* et de conclure à l'inadmissibilité des déclarations de M^{me} Couture, non seulement parce que leur admission irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, mais aussi parce qu'elles n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

À mon avis, le raisonnement préconisé par le ministère public et retenu par la juge du procès est incompatible avec l'arrêt de notre Cour dans *Hawkins*. La Cour a confirmé à l'unanimité la validité de la règle de common law établissant l'inhabilité du conjoint à témoigner. La Cour était cependant divisée sur la question de savoir si l'admission du témoignage fourni par la conjointe avant son mariage, à l'enquête préliminaire relativement aux mêmes accusations, irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Les juges majoritaires, pour des motifs différents exposés dans trois jugements concourants, estimaient que ce n'était pas le cas. Par contre, les juges minoritaires ont conclu que les faits ne permettaient pas d'invoquer une exception raisonnée à la règle du ouï-dire. En appliquant une telle exception, les juges majoritaires n'ont toutefois pas fait abstraction de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et de sa politique sous-jacente. Au contraire, ils ont pris grand soin d'expliquer pourquoi l'admission de la preuve dans les circonstances de cette affaire ne porterait pas atteinte au fondement de cette règle.

Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'admission des déclarations extrajudiciaires de la conjointe en l'espèce violerait la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu raison de statuer que la présente affaire se distingue de l'affaire *Hawkins* et que les déclarations extrajudiciaires de la conjointe étaient inadmissibles. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

2. The Proceedings Below

2.1 *The Evidence at Trial*

David Couture was charged with two counts of second degree murder. His trial was held before Morrison J. of the Supreme Court of British Columbia, sitting without a jury. On July 3, 2003, he was convicted on both counts and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 16 years: [2003] B.C.J. No. 3209 (QL), 2003 BCSC 2026.

The crimes were committed years earlier. The victims, Darlinda Lee Ritchey and Karen Ann Baker, were last seen alive on September 12, 1986. Their badly decomposed bodies were found in December 1986. No cause of death could be determined. There were no eyewitnesses to the murders nor was there any forensic evidence linking Mr. Couture to the crimes. The case for the prosecution was based in large part on circumstantial evidence. Of particular relevance was the fact that Darlinda and Mr. Couture had been dating and living together before the murders occurred. There was considerable evidence that their relationship had been a stormy one, that Mr. Couture had been abusive to Darlinda, and that shortly before her disappearance she had been attempting to leave the relationship. Karen had been a friend of Darlinda.

The case for the Crown was also based on incriminating admissions made by Mr. Couture to several persons, including to his prison Christian counsellor Darlene Schwab (later to become his spouse Darlene Couture) in 1989. The alleged confession to Darlene is the only evidence of relevance to this appeal. It was adduced at trial in the form of two out-of-courts statements made by Darlene Couture to the police in 1997. There is no question that there must be a new trial if this Court finds that this evidence was admitted in error. Since I have concluded that the out-of-court statements are inadmissible, I will not review the evidence at trial or the reasons for conviction. I will only summarize the evidence and ruling on the *voir dire*

2. Les instances inférieures

2.1 *La preuve produite au procès*

8 David Couture devait répondre à deux accusations de meurtre au deuxième degré. Son procès a eu lieu devant la juge Morrison de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant sans jury. Le 3 juillet 2003, il a été déclaré coupable des deux accusations et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 16 ans : [2003] B.C.J. No. 3209 (QL), 2003 BCSC 2026.

9 Les crimes avaient été commis longtemps auparavant. Les victimes, Darlinda Lee Ritchey et Karen Ann Baker, ont été vues vivantes pour la dernière fois le 12 septembre 1986. On a retrouvé leurs corps en état de décomposition avancée en décembre 1986. La cause du décès n'a pas pu être déterminée. Aucun témoin oculaire des meurtres ni aucun élément de preuve criminalistique reliant M. Couture aux crimes n'ont été présentés. La preuve du poursuivant était surtout circonstancielle. Le fait que Darlinda et M. Couture s'étaient fréquentés et avaient vécu ensemble avant les meurtres était particulièrement pertinent. De nombreux éléments de preuve indiquaient que leur relation avait été orageuse, que M. Couture avait été violent envers Darlinda et que, peu de temps avant sa disparition, elle avait voulu mettre fin à leur relation. Karen était une amie de Darlinda.

10 La preuve du ministère public reposait également sur des aveux incriminants que M. Couture avait faits, en 1989, à plusieurs personnes, dont sa conseillère chrétienne bénévole en milieu carcéral, Darlene Schwab (qui est devenue plus tard Darlene Couture en l'épousant). L'aveu allégué à Darlene est le seul élément de preuve en cause dans le pourvoi. Il a été produit au procès sous la forme de deux déclarations extrajudiciaires faites à la police par Darlene Couture en 1997. Il est clair qu'un nouveau procès devra être tenu si notre Cour conclut que cet élément de preuve a été admis à tort. Ayant conclu à l'inadmissibilité de ces déclarations extrajudiciaires, je n'examinerai pas la preuve produite au procès ni les motifs de la condamnation. Je me

relating to the admissibility of these hearsay statements.

2.2 *The Evidence on the Voir Dire*

11 Most of the evidence about the relationship between Darlene Couture and David Couture comes from the contents of the statements themselves. Darlene Couture met Mr. Couture in 1989 at a prison where she was acting as a Christian volunteer counsellor for the inmates. Mr. Couture was serving a sentence for unrelated charges. At the time, Darlene was married to Dennis Schwab, with whom she had two daughters and one stepdaughter. During the course of the first counselling session, Mr. Couture allegedly confessed to her that he had killed Darlinda and Karen in 1986. He revealed that he had killed Darlinda because he was jealous, and Karen, who was in the same apartment at the time, because he wanted to silence her. He also allegedly confessed to committing sexual acts on both bodies after he killed them. Darlene continued to counsel Mr. Couture and to visit him regularly over the course of his imprisonment.

12 Later that year, Mr. Couture was placed on parole, one of the conditions being that he live at the Schwab home with Darlene and her family. He lived with them for 11 or 12 months. At one point he physically attacked Darlene, as a result of which Dennis Schwab asked Mr. Couture to leave. After Mr. Couture moved out of the Schwab family home, Darlene maintained a relationship with him. Darlene subsequently divorced her husband and on February 14, 1996, she married Mr. Couture.

13 On June 19, 1996, two RCMP officers visited Darlene and Mr. Couture's home regarding the ongoing double murder investigation. Mr. Couture was not home at the time and the officers spoke to Darlene. Darlene told the officers that all she knew of the homicides was that one of the victims was Mr. Couture's ex-girlfriends. She later explained in her statement to the police that she did not divulge anything to the officers because she had felt obliged, as a Christian counsellor, to keep Couture's confession confidential.

contenterai de résumer la preuve présentée et la décision rendue lors du voir-dire sur l'admissibilité des déclarations relatées.

2.2 *La preuve présentée lors du voir-dire*

La preuve concernant la relation entre Darlene Couture et David Couture vient principalement du contenu des déclarations elles-mêmes. Darlene Couture a rencontré M. Couture en 1989, dans un établissement carcéral où elle était conseillère chrétienne bénévole auprès des détenus. M. Couture y purgeait alors une peine pour des infractions non liées aux meurtres. À l'époque, Darlene était mariée à Dennis Schwab; elle avait deux filles de lui et une belle-fille. Au cours de sa première séance avec M. Couture, il lui aurait avoué avoir assassiné Darlinda et Karen en 1986. Il aurait tué Darlinda par jalousie et Karen, qui était dans l'appartement à ce moment-là, pour la réduire au silence. Il aurait également avoué s'être ensuite livré à des actes sexuels sur leurs deux cadavres. Darlene a continué à agir comme conseillère auprès de M. Couture et à lui rendre visite régulièrement tout au long de son incarcération.

Plus tard cette année-là, M. Couture a bénéficié d'une libération conditionnelle, dont l'une des conditions était qu'il habite chez les Schwab avec Darlene et sa famille. Il a vécu avec eux 11 ou 12 mois. À la suite d'un incident où il s'en est pris physiquement à Darlene, Dennis Schwab lui a demandé de s'en aller. Après que M. Couture eut quitté la maison des Schwab, Darlene a continué à entretenir une relation avec lui. Plus tard, elle a divorcé et elle a épousé M. Couture le 14 février 1996.

Le 19 juin 1996, deux agents de la GRC se sont rendus chez Darlene et M. Couture dans le cadre de l'enquête sur le double meurtre. M. Couture n'était pas à la maison à ce moment-là et les agents ont parlé à Darlene. Celle-ci a dit aux agents qu'elle ne savait rien au sujet des homicides, hormis le fait que l'une des victimes était l'ex-petite amie de M. Couture. Elle a plus tard expliqué dans sa déclaration à la police qu'elle n'avait alors rien révélé aux agents parce qu'elle s'était sentie obligée, en sa qualité de conseillère chrétienne, de préserver la confidentialité de l'aveu de M. Couture.

Both Jennifer Nickel (Darlene's daughter) and Jan van Cittert (a friend of Darlene and David Couture's) testified that Darlene informed them of the statements that Mr. Couture had made to her regarding the two murders. Jennifer testified that on several occasions she "encouraged her [mother] to do what was right" and go to the police. Jan van Cittert urged her to do the same. Darlene also sought advice from other church counsellors and was told that the information she had received from Mr. Couture was not privileged.

Jennifer Nickel (la fille de Darlene) et Jan van Cittert (un ami de Darlene et David Couture) ont tous deux témoigné que Darlene les avait informés des déclarations que M. Couture lui avait faites concernant les deux meurtres. Jennifer a déclaré avoir, à plusieurs reprises, [TRADUCTION] « encouragé [sa mère] à faire ce qu'elle devait » et à communiquer avec la police. Jan van Cittert lui a vivement conseillé de faire de même. Darlene a également demandé l'avis d'autres conseillers d'église, qui lui ont répondu que les renseignements qu'elle avait reçus de M. Couture n'étaient pas confidentiels. 14

On August 21, 1997, Darlene called Jan van Cittert and met with him. He testified that she was upset and frightened and also testified that there were problems in her marriage and that there had been some incidents of spousal abuse. Darlene had left Mr. Couture a few days earlier and wanted to leave the marital home. Mr. van Cittert was aware that Darlene had received information from Mr. Couture about the murders and urged her to go to the police. Mr. van Cittert phoned the RCMP and arranged an appointment for the same day.

Le 21 août 1997, Darlene a appelé Jan van Cittert et l'a rencontré. Selon son témoignage, elle était bouleversée et effrayée, elle avait des problèmes conjugaux et elle avait vécu des incidents de violence conjugale. Darlene avait laissé M. Couture quelques jours plus tôt et voulait quitter le foyer conjugal. M. van Cittert savait que M. Couture avait parlé des meurtres à Darlene et l'a pressée d'aller voir la police. M. van Cittert a téléphoné à la GRC et a pris rendez-vous le jour même. 15

Mr. van Cittert drove Darlene to the RCMP station. Mr. van Cittert testified that before entering the police station he emphasized to Darlene that, for moral reasons, it was necessary for her to give a statement to the police. He testified that Darlene talked about being frightened but that she had agreed with him that it was important for her to make a statement.

M. van Cittert a conduit Darlene au poste de la GRC. Il a témoigné qu'avant d'entrer dans le poste de police, il a rappelé à Darlene son devoir moral de faire une déclaration à la police. Darlene lui aurait dit avoir peur, mais elle aurait convenu avec lui qu'il était important qu'elle fasse une déclaration. 16

Before the interview began, Sgt. Mogridge, the RCMP officer who interviewed Darlene on this occasion, explained to Darlene that as Mr. Couture's wife the Crown could not compel her to testify. There was evidence that Darlene was already aware of this. Darlene also expressed concern that her husband would find out she had spoken to the police. Sgt. Mogridge assured her he would only be sharing the information with the police from the North Vancouver department who were in charge of the murder investigation but that nothing further would be done without consulting her first.

Avant de commencer l'entrevue, le sergent Mogridge de la GRC, qui a reçu Darlene à ce moment-là, lui a expliqué que le ministère public ne pouvait pas la contraindre à témoigner, parce qu'elle était la conjointe de M. Couture. La preuve indique qu'elle était déjà au courant. Elle a également dit craindre que son mari apprenne qu'elle avait parlé à la police. Le sergent Mogridge lui a assuré qu'il échangerait seulement les renseignements avec la police de North Vancouver qui enquêtait sur les meurtres, et que rien d'autre ne serait fait sans qu'elle soit d'abord consultée. 17

18 Sgt. Mogridge audio-recorded the statement but did not videotape it. The statement was not made under oath and when asked on cross-examination why he did not take a "*K.G.B.*" videotaped statement under oath, Sgt. Mogridge answered that he was taking a statement from a person who was married to a suspect, he was doing it for another department and it was not something that he had considered at the time. He also did not know what information Darlene had when he embarked on the interview.

19 A large part of the statement consists of Darlene relating the abuse she suffered at the hands of Mr. Couture. The fact that Darlene was a victim of spousal abuse was corroborated by the testimony of her daughter Jennifer. During the course of her statement, Darlene conveyed that she cared for Mr. Couture and also expressed much concern about the implications that her statement could have for Mr. Couture, their marriage, and her safety.

20 During this first interview with the police, Darlene recounted the information she received from Mr. Couture regarding the murders. Although she stated that Mr. Couture made some references to the murders at different times during the counselling sessions, it was her recollection that the admissions were essentially all made during the course of the first full counselling session.

21 Darlene Couture's first statement was regarded as pivotal by the Crown at trial. The trial judge agreed, and relied on the following excerpts, among others, in convicting Mr. Couture:

FM: Okay, now let's, let's talk specifically about what he said on this instance then. That day he said that he was, if I understand what you're telling me.

DC: Yeah, he ad, he admitted to

FM: What did he say?

DC: That he had murdered those two girls.

Le sergent Mogridge a enregistré la déclaration à l'aide d'un magnétophone, mais non sur bande vidéo. La déclaration n'a pas été faite sous serment, et lorsqu'on lui a demandé, lors de son contre-interrogatoire, pourquoi il n'avait pas enregistré une déclaration sous serment sur bande vidéo "conformément à l'arrêt *B. (K.G.)*", le sergent Mogridge a répondu qu'il avait recueilli la déclaration d'une personne qui était mariée à un suspect, qu'il l'avait fait pour un autre service et qu'il n'y avait pas songé à ce moment-là. Il ne savait pas non plus quels renseignements Darlene détenait lorsqu'il a commencé l'entrevue.

La déclaration de Darlene consiste principalement en un récit des mauvais traitements qu'elle a subis de la part de M. Couture. Le fait que Darlene a été victime de violence conjugale a été corroboré par le témoignage de sa fille Jennifer. Dans sa déclaration, Darlene a indiqué qu'elle se faisait du souci pour M. Couture et qu'elle s'inquiétait beaucoup des répercussions éventuelles de sa déclaration sur M. Couture, leur mariage et sa sécurité.

Au cours de cette première entrevue avec la police, Darlene a rapporté les renseignements qu'elle avait reçus de M. Couture concernant les meurtres. Bien qu'elle ait déclaré que M. Couture avait fait allusion aux meurtres à différents moments lors des séances de counselling, elle se rappelait que les aveux avaient essentiellement tous été faits au cours de la première séance complète.

Au procès, le ministère public estimait que la première déclaration de Darlene Couture était essentielle. La juge du procès était du même avis et s'est notamment fondé sur les extraits suivants pour déclarer M. Couture coupable :

[TRADUCTION]

FM : C'est bien, alors parlons maintenant plus précisément de ce qu'il a dit à ce moment-là. Ce jour-là, il a dit que c'était lui, si je comprends bien ce que vous me dites.

DC : Ouais, il a, il a admis

FM : Qu'est-ce qu'il a dit?

DC : Qu'il avait tué ces deux filles.

FM: Did he say how he had murdered them?

DC: Yes.

FM: How, how did he murder them?

DC: Well, I'm not sure if it was suffocation or strangulation.

FM: Okay. And did he say why he murdered them?

DC: Well, if I understood him correctly, I believe the motivation was jealousy on behalf of the young lady that was his girlfriend.

FM: Right. And did he say wa, what he did with the bodies afterwards?

DC: Yes.

FM: What did he say?

DC: That he had removed them and had a truck and took them somewhere and buried them.

FM: And did he involve anyone else, helping him with this?

DC: I don't think so. Not that I recall. I don't think so.

FM: You said ah, did he say where this took place?

DC: I believe it was North Van. I don't remember whether since then he's told me it was North Van it was under investigation but I believe it took place in North Van.

FM: Did he, did he say where the murder took place?

DC: It was in an apartment in Vancouver. I don't know whether it was North Van or Vancouver. [A.R., at p. 399]

. . .

FM: What else had David told you about the murder?

DC: There were sexual acts committed after, on his behalf.

FM: Okay. Can you relate those please?

DC: Well my understanding is that the crime was already committed in both situations.

FM: What do you mean 'both situations'?

FM : Est-ce qu'il a dit comment il les avait tuées?

DC : Oui.

FM : Comment, comment les a-t-il tuées?

DC : Bien, je ne suis pas certaine si c'était par suffocation ou par strangulation.

FM : D'accord. Et est-ce qu'il a dit pourquoi il les a tuées?

DC : Bien, si j'ai bien compris, je pense que c'était par jalousie pour la jeune femme qui était sa petite amie.

FM : D'accord. Et est-ce qu'il a dit ce, ce qu'il a fait avec les corps après?

DC : Oui.

FM : Qu'est-ce qu'il a dit?

DC : Qu'il les avait sortis, et qu'il avait un camion et qu'il les avait transportés quelque part et les avait enterrés.

FM : Et a-t-il demandé à quelqu'un d'autre de l'aider?

DC : Je ne pense pas. Pas que je me souvienne. Je ne pense pas.

FM : Vous avez dit, euh, est-ce qu'il a dit où cela s'est produit?

DC : Je crois que c'était à North Van. Je ne me souviens pas s'il m'a dit, depuis, que c'était à North Van qu'il y avait une enquête, mais je crois que cela s'est produit à North Van.

FM : Est-ce que, est-ce qu'il a dit où le meurtre s'est produit?

DC : C'était dans un appartement à Vancouver. Je ne sais pas si c'était à North Van ou à Vancouver. [d.a., p. 399]

. . .

FM : Qu'est-ce que David vous a dit d'autre au sujet du meurtre?

DC : Qu'il s'est livré à des actes sexuels par la suite.

FM : D'accord. Pouvez-vous me les raconter?

DC : Bien, j'ai compris que le crime avait déjà été commis dans les deux cas.

FM : Que voulez-vous dire par « dans les deux cas »?

DC: Well in both females.

FM: Mm hm.

DC: And that where the sexual act committed after at both of them.

FM: And that sexual act was?

DC: I believe it was from the rear.

FM: Okay.

DC: That's all I know.

FM: Is that what he said?

DC: Yes.

FM: [I]s that, he had anal intercourse with both of them?

DC: I believe so, yes. [A.R., at pp. 406-7]

. . .

FM: So you, you tell me that he says that he killed both these girls.

DC: Yes.

FM: Ah how did he do that without one of them running away or how did that happen?

DC: Well, because it was um, they were both sleeping in different rooms and one, one was, one, when David murdered Darlinda then he realized that the other girl would be there and know so he did the same thing. And that's what he told me. I, I've never read anything on it, right? I,

FM: No, that's okay.

DC: so I

FM: So he says then he, so he says that happened at their place?

DC: Yes.

FM: And the girls' place?

DC: Yeah.

FM: And so he, did he say why he murdered Darlinda? Like how that came about?

DC: I know the, I don't know the, the circumstances, no, I just know that it was over jealousy. I mean that's what he's told me but I don't know.

DC : Bien, dans le cas des deux femmes.

FM : Hum hum.

DC : Et qu'il s'est ensuite livré à un acte sexuel sur chacune d'elles.

FM : Quel acte sexuel?

DC : Je crois que c'était par derrière.

FM : D'accord.

DC : C'est tout ce que je sais.

FM : C'est ce qu'il a dit?

DC : Oui.

FM : Qu'il a eu une relation sexuelle anale avec les deux?

DC : Je pense, oui. [d.a., p. 406-407]

. . .

FM : Donc vous, vous me dites qu'il dit avoir tué ces deux filles.

DC : Oui.

FM : Euh, comment a-t-il pu faire cela sans que l'une d'elles ne s'échappe, ou comment cela s'est-il produit?

DC : Bien, parce que, hum, elles dormaient toutes les deux dans des chambres différentes et l'une d'elles, était, l'une d'elles, après avoir tué Darlinda, David a réalisé que l'autre fille était là et qu'elle saurait, alors il lui a fait la même chose. Et c'est ce qu'il m'a dit. Je, je n'ai jamais rien lu là-dessus, hein? Je,

FM : Non, ça va.

DC : Donc, je

FM : Donc, il dit que, donc, il dit que cela s'est produit chez elles?

DC : Oui.

FM : Chez les deux filles?

DC : Ouais.

FM : Et, euh, est-ce qu'il a dit pourquoi il a tué Darlinda? Ou comment il en est arrivé là?

DC : Je sais que, je ne connais pas les, les circonstances, non, je sais seulement que c'était par jalousie. Je veux dire que c'est ce qu'il m'a dit, mais je ne le sais pas.

FM: And did he say that he was, had gone there to kill her or had gone there for another reason?

DC: I don't think, my understanding wouldn't, isn't that he went there to kill her. [A.R., at p. 410]

After the interview had finished, Mr. van Cittert drove Darlene home. He testified that during the drive home Darlene expressed that she felt she had betrayed Mr. Couture and that she was "distraught about the whole situation". Further, she explained that she felt that "they [the RCMP] weren't all that concerned about her or her safety, and that she was planning to leave the area as quickly as possible".

On September 23 of the same year, the RCMP called Darlene and asked her to come into the station to make a second statement. At this time, although Darlene and Mr. Couture were still experiencing problems in their marriage, Darlene was focussed on "reuniting" with Mr. Couture. Jennifer drove her mother to the RCMP station for the second interview and testified that her mother seemed angry and nervous during the trip to the police station. She also testified that during the trip Darlene said: "I will only do the bare minimum", "I shouldn't have to go back", "[T]hey can't make me put David in prison" (A.R., at pp. 123 and 141).

This interview was video-recorded although not made under oath. On cross-examination Sgt. Brad Marks, the officer who interviewed Darlene on this occasion, was asked whether he had given any consideration to taking the statement under oath. He replied that he had, but that the practice that he and most of his colleagues employed with respect to *K.G.B.* statements was to "take a statement first to ensure ourselves that the — that the witness or the potential witness is being, in our view, truthful and is being exhaustive in their memory, and then once we're satisfied that that is the case, then to — to take — to essentially take the statement, then take it again, except proceed on the second occasion with the *K.G.B.* warning". Sgt. Marks agreed that what he was planning to do was see how Darlene did on the second statement and then contemplate taking a third statement under oath, but that as a result of her "reticence" in particular areas of her

FM : Et est-ce qu'il a dit qu'il était, qu'il s'était rendu là-bas pour la tuer ou pour une autre raison?

DC : Je ne pense pas, je n'ai pas compris qu'il s'était rendu là pour la tuer. [d.a., p. 410]

22 Après l'entrevue, M. van Cittert a ramené Darlene chez elle. Il a témoigné que, sur le chemin du retour, Darlene disait avoir l'impression d'avoir trahi M. Couture et être [TRADUCTION] « bouleversée par toute la situation ». Elle a aussi dit avoir l'impression [TRADUCTION] « qu'ils [la GRC] se fichaient pas mal d'elle, de sa sécurité, et qu'elle avait l'intention de déguerpir au plus vite ».

23 Le 23 septembre suivant, la GRC a appelé Darlene et lui a demandé de venir au poste pour faire une deuxième déclaration. À ce moment-là, même si elle et M. Couture avaient toujours des problèmes matrimoniaux, Darlene faisait tout ce qu'elle pouvait pour [TRADUCTION] « se raccommoder » avec lui. Jennifer a conduit sa mère au poste de la GRC pour la deuxième entrevue et elle a témoigné que sa mère semblait en colère et nerveuse durant le trajet. Darlene lui aurait alors dit : [TRADUCTION] « je vais faire le strict minimum », « je ne devrais pas être obligée de revenir », « [i]ls ne peuvent pas me forcer à envoyer David en prison » (d.a., p. 123 et 141).

24 Cette entrevue a été enregistrée sur bande vidéo, mais n'a pas été faite sous serment. Lors de son contre-interrogatoire, on a demandé au sergent Brad Marks, qui a reçu Darlene à ce moment-là, s'il avait songé à recueillir sa déclaration sous serment. Il a répondu qu'il y avait songé, mais que la méthode que lui et la plupart de ses collègues employaient à l'égard des déclarations de type *B. (K.G.)* consistait à [TRADUCTION] « recueillir la déclaration une première fois pour s'assurer que le — que le témoin ou le témoin éventuel est, selon nous, sincère et que sa mémoire n'est pas vacillante, pour ensuite, une fois que nous en sommes convaincus, essentiellement — recueillir la déclaration — puis la recueillir une deuxième fois, mais en faisant cette fois la mise en garde décrite dans *B. (K.G.)* ». Le sergent Marks a reconnu que ce qu'il avait l'intention de faire, c'était de voir comment Darlene se comporterait lors de la deuxième déclaration pour ensuite envisager d'en

second statement, that he had decided not to take a third statement. He acknowledged that the reason he decided not to take a third statement under oath was that it was possible that it would have been completely different from the two statements that Darlene had already given.

25 During this second interview Darlene again reiterated her concern about the implications that her statement could have for Mr. Couture, their marriage, and her safety. Some of the relevant excerpts are the following:

Q: Now, did you maintain a counselling relationship or did it develop into a friendship/romance?

A: I have been, I have been his counsellor. I have been his Bible teacher. I have been his Pastor. I have been his best friend, which he would say that, so I can say that.

Q: Okay.

A: I have been his wife.

Q: Okay.

A: Enemy? I am not.

Q: Okay. Fair enough. Now since?

A: You have to remember the cost involved here to me.

Q: In what sense?

A: My husband, you know? From a human standpoint, I lose a husband, you know? So, and I do love the man. No matter what he's done. It doesn't, hasn't changed the love part, you know? [A.R., at pp. 471-72]

. . .

Q: Mm hm. Now, when you say that there's issues between you and David that you have to resolve. Do you think one of them is this, is this 1986 incident?

A: No.

Q: That's not one of them?

recueillir une troisième sous serment, mais qu'en raison de la « réticence » qu'elle avait manifestée dans certaines parties de sa deuxième déclaration, il avait décidé de ne pas en obtenir une troisième sous serment. Il a reconnu que la raison de cette décision était qu'il était possible que la troisième déclaration de Darlene soit complètement différente de ses deux autres.

Au cours de cette deuxième entrevue, Darlene a exprimé à nouveau des inquiétudes concernant les répercussions éventuelles de sa déclaration sur M. Couture, leur mariage et sa sécurité. En voici les extraits pertinents :

[TRADUCTION]

Q : Maintenant, avez-vous continué à entretenir une relation de conseillère, ou cette relation s'est-elle transformée en une relation d'amitié ou d'amour?

R : J'ai été, j'ai été sa conseillère. Je lui ai enseigné la Bible. J'ai été sa pasteure. J'ai été sa meilleure amie, comme il dirait, donc je peux le dire.

Q : D'accord.

R : J'ai été son épouse.

Q : D'accord.

R : Mais son ennemie? Non.

Q : D'accord. Très bien. Maintenant, depuis?

R : Vous ne devez pas oublier ce que je risque ici.

Q : Dans quel sens?

R : Mon mari, vous comprenez? Sur le plan humain, je perds un mari, vous comprenez? Donc, et j'aime cet homme. Peu importe ce qu'il a fait. Cela ne change rien, cela n'a rien changé à l'amour, vous comprenez? [d.a., p. 471-472]

. . .

Q : Hum hum. Maintenant, quand vous dites que vous avez des choses à régler avec David. Pensez-vous que cet incident, l'incident de 1986 en est une?

R : Non.

Q : Ce n'en est pas une?

A: No, 'cause I don't consider it personal. I mean, personal to me.

Q: Okay.

A: No. Very difficult for me to let it settle in me completely because the personal cost to me is gonna be devastating.

Q: Mm hm.

A: You know? That's just the way it is. And I'm trying my darndest to be clean and right about it, and honest about it, you know? Forthright. But it's still very difficult, you know? Very painful, and I don't think the pain's gonna get less. I think the pain's gonna escalate because sooner or later David will find out I've been here and he will feel . . .

A: . . . extremely violated by the person he trusts most on this earth. That's the way it is.

Q: What do you think is? Other, other than this feeling?

A: You know, that's when he's. I mean, this is gonna feel violated, right?

Q: Right. And what's, what's his likely response to that?

A: Oh, I don't know. I dare not go there. I mean, I can only go there in my own shoes, you know, if it was myself. You know? What would I do when the person I have on this earth, who happens to be my spouse, has violated trust that. You have to appreciate that as a counsellor, I gave my word to David, believing that. [A.R., at pp. 487-88]

R : Non, parce que je ne considère pas que ça me concerne. Je veux dire, moi personnellement.

Q : D'accord.

R : Non. C'est très difficile pour moi de régler ça complètement en dedans de moi, parce que ce que ça va me coûter personnellement, c'est catastrophique.

Q : Hum hum.

R : Vous comprenez? C'est comme cela. Et je fais tout mon possible pour être intègre et droite, et honnête, à ce sujet, vous comprenez? Franchement. Mais c'est encore très difficile, vous comprenez? Très douloureux, et je ne pense pas que la douleur va s'atténuer. Je pense que la douleur va s'aggraver parce que, tôt ou tard, David va apprendre que je suis venue ici, et il va se sentir . . .

R : . . . affreusement trahi par la personne en qui il a le plus confiance sur cette terre. C'est comme cela.

Q : Quelles sont ces choses, selon vous? À part, à part ce sentiment?

R : Vous savez, c'est quand il. Je veux dire, il va se sentir trahi, non?

Q : Oui. Et quelle sera sa réaction probable?

R : Oh, je ne sais pas. Je n'ose pas l'imaginer. Je veux dire, je ne peux l'imaginer qu'en me mettant dans mes propres souliers, vous savez, en faisant comme si c'était moi. Vous comprenez? Qu'est-ce que je ferais si la personne que j'ai sur cette terre, qui est mon mari en plus, trahissait la confiance que. Vous devez comprendre que, comme conseillère, j'ai donné ma parole à David, croyant que. [d.a., p. 487-488]

The Crown concedes, and it is obvious from reading the transcript, that throughout the second interview Darlene attempted to downplay the statements she had made in her first statement to the police. She consistently repeated that she had a bad memory. Sgt. Marks also testified that, during the interview, he sensed a general reticence from Darlene to discuss the murders. For example, regarding whether Mr. Couture had told her how he moved the victims' bodies, Darlene said: "And I don't know whether David told me or not, or whether it was my mind, envisioned how he would have removed them. So I'm not certain. So I can't say that as a fact. Right? Can't say that as truth,

26 Le ministère public concède, et cela ressort clairement de la lecture de la transcription, que tout le long de la deuxième entrevue, Darlene a tenté d'atténuer les déclarations qu'elle avait faites dans sa première déclaration à la police. Elle n'a pas cessé de répéter qu'elle n'avait pas de mémoire. Le sergent Marks a également témoigné que, durant l'entrevue, il avait senti de la part de Darlene une réticence générale à parler des meurtres. Par exemple, concernant la question de savoir si M. Couture lui avait dit comment il avait déplacé les corps des victimes, Darlene a dit ceci : [TRADUCTION] « Et je ne sais pas si David me l'a dit ou non, ou si c'est moi qui ai imaginé comment il les aurait déplacés. Ce

that I know it to be truth." (A.R., at p. 453) It is apparent that Darlene was also reluctant to talk about the incidents of physical abuse which she had revealed in her first statement. When asked about her relationship with Mr. Couture and the physical abuse, Darlene talked about his "coping skills" and the fact that he was a "great guy".

qui fait que je ne suis pas certaine. Je ne peux pas l'affirmer. Hein? Je ne peux pas dire que c'est la vérité, que je sais que c'est vrai. » (d.a., p. 453) On peut constater que Darlene ne souhaitait pas non plus parler des incidents de violence conjugale qu'elle avait relatés dans sa première déclaration. Lorsqu'on l'a interrogée sur sa relation avec M. Couture et la violence conjugale, Darlene a parlé de la capacité de son mari [TRADUCTION] « d'affronter les difficultés » et du fait qu'il était [TRADUCTION] « un bon gars ».

27 After this second interview, Darlene and Jennifer drove back to Jennifer's house. Jennifer testified that during the car ride her mother seemed angry and she expressed regret about having given the first statement because she had then been required to make the second statement.

Après cette deuxième entrevue, Darlene et Jennifer sont retournées chez Jennifer. Cette dernière a témoigné que, durant le trajet, sa mère semblait en colère et a dit regretter d'avoir fait la première déclaration parce que cela l'avait ensuite obligée à faire la deuxième.

28 Subsequent to her giving the second statement, Darlene reconciled with Mr. Couture and remained married to him at the date of the trial.

Après avoir fait la deuxième déclaration, Darlene s'est réconciliée avec M. Couture, et elle était toujours mariée avec lui au moment du procès.

2.3 *The Trial Judge's Ruling*, [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988 (*voir dire*)

2.3 *La décision de la juge du procès*, [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988 (voir-dire)

29 There was no issue at trial that Darlene Couture, as a spouse of the accused, was not a competent or compellable witness for the Crown, either at common law or under any of the exceptions created by s. 4 of the *Canada Evidence Act*. However, on the authority of this Court's decision in *Hawkins*, the trial judge considered whether the statements could be admitted under the principled exception to the hearsay rule which allows for the admission of hearsay evidence when the twin criteria of necessity and reliability have been met.

Il n'a pas été contesté au procès que Darlene Couture, en tant qu'épouse de l'accusé, n'était habile à témoigner ou contraignable pour le ministère public ni en vertu de la common law ni en application de l'une quelconque des exceptions prévues par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, en se fondant sur l'arrêt de notre Cour dans *Hawkins*, la juge du procès a examiné la question de savoir si les déclarations pouvaient être admises suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, qui permet l'admission d'une preuve par ouï-dire lorsque les deux critères de la nécessité et de la fiabilité sont remplis.

30 Morrison J. found that because Darlene Couture was neither competent nor compellable that the necessity criterion had been met. Regarding threshold reliability, the trial judge listed a number of relevant cases and, in particular, noted that this Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, "wrote of the impact of a statement taken under oath, the importance of contemporaneous cross-examination, and

La juge Morrison a conclu que, parce que Darlene Couture n'était ni habile à témoigner ni contraignable, le critère de la nécessité était rempli. Quant au critère du seuil de fiabilité, la juge du procès a énuméré un certain nombre de décisions pertinentes et a notamment souligné que, dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour [TRADUCTION] « a parlé de l'effet que produit une

the ability of the trier of fact to be able to observe the demeanour of the witness at the time that the statement was made, such as videotape would allow" (para. 8).

After noting that the first statement was audiotaped, the second videotaped, that neither statement was made under oath, and that there had not been any cross-examination, the trial judge stated the following (at para. 11):

> The circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability. There was no coercion, nor was there a preponderance of leading questions, or any investigatory misconduct on the part of the police in either statement. With regard to the first statement, Darlene Couture was driven to the police station by her friend and advisor, Mr. Van Cittert. Her statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational. [Emphasis added.]

The trial judge then rejected defence counsel's suggestion that Darlene Couture had a motive to lie because she had been abused by her husband and was estranged from him at the time, stating "[t]he evidence on the voir dire does not lead me to that conclusion. Nor did there appear to be any motive by her to mislead" (para. 12). The trial judge then concluded her analysis on threshold reliability as follows (at paras. 13-14):

> Further, for the purpose of establishing threshold reliability, the wife's evidence was corroborated to some degree by evidence from Mr. Van Cittert and Marjorie Hopper. And to a lesser degree, by her daughter.
>
> The statements themselves reveal Darlene Couture's deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly. The circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness. [Emphasis added.]

déclaration faite sous serment, de l'importance d'un contre-interrogatoire effectué au moment de la déclaration et de la possibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin au moment où il l'a faite, comme le permet l'enregistrement sur bande vidéo » (par. 8).

Après avoir constaté que la première déclaration avait été enregistrée au magnétophone, que la deuxième l'avait été sur bande vidéo, qu'aucune d'elles n'avait été faite sous serment et qu'aucun contre-interrogatoire n'avait été effectué, la juge du procès a déclaré ce qui suit (par. 11) : 31

> [TRADUCTION] Les circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité. Il n'y a eu ni contrainte, ni prépondérance de questions suggestives, ni manquement de la part des policiers enquêteurs à l'occasion de l'une ou l'autre des déclarations. En ce qui concerne la première déclaration, Darlene Couture a été conduite au poste de police par son ami et conseiller, M. Van Cittert. Elle a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation. [Je souligne.]

La juge du procès a ensuite rejeté la proposition de l'avocat de la défense voulant que Darlene Couture ait eu une raison de mentir parce que son mari avait été violent avec elle et qu'elle en était séparée à l'époque, affirmant que [TRADUCTION] « [l]a preuve présentée lors du voir-dire ne me permet pas de tirer cette conclusion. Elle ne semble non plus avoir eu aucune raison de faire une déclaration trompeuse » (par. 12). La juge du procès a ensuite conclu ainsi son analyse sur le seuil de fiabilité (par. 13-14) : 32

> [TRADUCTION] En outre, pour ce qui est d'établir le seuil de fiabilité, le témoignage de l'épouse a été corroboré dans une certaine mesure par les témoignages de M. Van Cittert et de Marjorie Hopper. Et, dans une moindre mesure, par sa fille.
>
> Les déclarations elles-mêmes révèlent l'inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l'accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle semblait accorder une grande valeur. Les circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge. [Je souligne.]

33 Having found that both necessity and threshold reliability had been met, the trial judge ruled the statements admissible.

2.4 *The Decision on Appeal* (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205

34 Mr. Couture appealed his convictions on two grounds, only one of which is in issue before this Court — the admissibility of Darlene's out-of-court statements. Mr. Couture argued that the trial judge erred in admitting the hearsay statements made by his wife Darlene.

35 Southin J.A., writing for the court, distinguished the case at bar from *Hawkins* and concluded that the statements ought not to have been admitted. In a brief analysis, she gave the following reasons for reaching this conclusion (at paras. 13-19):

> The learned judge and both counsel appear to have proceeded on the assumption that the judgment of the Supreme Court of Canada in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, . . . determines the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse who is neither competent nor compellable. It may be thought presumptuous of me to say so, but I have always thought that the dissenting judgment of Major J., concurred in by McLachlin J., as she then was, and the late Sopinka J., was persuasive.
>
> There are some points of difference between this case and *R. v. Hawkins*: first, in *R. v. Hawkins*, the hearsay admitted was a transcript of evidence given under oath; second, that witness had been cross-examined; and, third, the marriage took place after the evidence was given. Here the marriage took place before the statements were given to the police.
>
> As to the first point, I note that the Supreme Court of Canada has recently re-emphasized the importance of cross-examination as fundamental to providing a fair trial to an accused. See *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, . . . The question for this Court, then, becomes whether these differences are such that it is open to this Court to hold that the testimonial incompetence of [Darlene Couture] cannot be overcome by the principled exception to the hearsay rule doctrine.

Après avoir décidé qu'il avait été satisfait tant au critère de la nécessité qu'à celui du seuil de fiabilité, la juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations.

2.4 *La décision rendue en appel* (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205

M. Couture a invoqué deux moyens pour interjeter appel de ses déclarations de culpabilité, mais un seul est en cause devant notre Cour — l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de Darlene. M. Couture fait valoir que la juge du procès a commis une erreur en admettant les déclarations relatées de son épouse Darlene.

S'exprimant au nom de la cour, la juge Southin a fait une distinction entre la cause dont elle était saisie et l'affaire *Hawkins*, pour conclure que les déclarations n'auraient pas dû être admises. Dans une brève analyse, elle a exprimé les motifs suivants à l'appui de cette conclusion (par. 13-19) :

> [TRADUCTION] La juge et les deux avocats semblent avoir tenu pour acquis que le jugement de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, [. . .] détermine les principes à appliquer lorsque l'objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint qui n'est ni habile à témoigner ni contraignable. Cela peut paraître présomptueux de ma part, mais j'ai toujours pensé que les motifs dissidents du juge Major, auxquels ont souscrit la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, et le regretté juge Sopinka, étaient convaincants.
>
> Il existe quelques différences entre la présente affaire et l'affaire *R. c. Hawkins* : premièrement, dans *R. c. Hawkins*, la preuve par ouï-dire qui a été admise était la transcription d'un témoignage fait sous serment; deuxièmement, le témoin avait été contre-interrogé; et, troisièmement, le mariage a été contracté après le témoignage. En l'espèce, le mariage a été célébré avant que les déclarations soient faites à la police.
>
> Quant au premier point, je signale que la Cour suprême du Canada a récemment réitéré l'importance du contre-interrogatoire en tant qu'élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Voir *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193 [. . .] La question que nous devons trancher est donc de savoir si ces différences sont telles qu'elles nous permettent de conclure que l'inhabilité de [Darlene Couture] à témoigner ne peut pas être surmontée par l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

In my opinion, those differences are such. As she was testimonially incompetent, her statements ought not to have been admitted.

On that footing, I would order a new trial.

There are many facets to the rule of spousal incompetence.

If this evidence is properly admitted, what if the charge is not murder but growing marihuana and a wife is overheard by a peace officer saying to a friend, "Last year George grew some pot in the basement and is buying the plants to grow some more." Is that statement to go into evidence? In principle, there is no difference between that case and this.

Accordingly, the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, set aside the convictions and directed a new trial.

3. Analysis

3.1 *The Law Respecting Spousal Testimony*

Before dealing with the evidentiary issue that occupies us, I will do a brief overview of the current law respecting spousal testimony. Spousal testimony raises issues of competence, compellability, and privilege that are governed by a combination of common law principles and statutory provisions.

At common law, in civil cases, the parties and their spouses were incompetent to testify. The same rule applied in criminal cases to accused persons and their spouses, save in cases that involved the witness spouse's person, liberty or health. The rule has been abolished in civil cases and, in criminal cases, it has been modified by statute. Section 4 of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

J'estime que c'est le cas. Étant donné qu'elle était inhabile à témoigner, ses déclarations n'auraient pas dû être admises.

Sur ce fondement, j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

La règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner revêt de multiples facettes.

S'il est acceptable d'admettre cette preuve, qu'arrivera-t-il dans le cas où il s'agit d'une accusation de culture de marihuana plutôt que d'une accusation de meurtre, et qu'un agent de la paix entende une épouse dire à une amie : « L'année dernière, George a fait pousser un peu de pot dans le sous-sol et il achète des plants pour en faire pousser encore un peu. » Cette déclaration va-t-elle être admise en preuve? En principe, il n'y a aucune différence entre cette situation et celle qui nous occupe.

36 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

3. Analyse

3.1 *Le droit régissant le témoignage du conjoint*

37 Avant d'aborder la question de preuve qui nous occupe, je ferai un bref survol du droit actuellement applicable au témoignage du conjoint. Le témoignage du conjoint soulève des questions d'habilité à témoigner, de contraignabilité et de privilège qui sont régies par une combinaison de principes de common law et de dispositions législatives.

38 En common law, dans les affaires civiles, les parties et leurs conjoints étaient inhabiles à témoigner. La même règle s'appliquait, en matière criminelle, aux personnes accusées et à leurs conjoints, sauf dans les affaires touchant la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Cette règle a été abolie en matière civile, et a été modifiée par voie législative en matière criminelle. L'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* est ainsi libellé :

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence under subsection 136(1) of the *Youth Criminal Justice Act* or with an offence under any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 136(1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

39 The statute implicitly preserves the common law, subject to the exceptions that it creates. Section 4(5) makes it clear that the common law exception to spousal incompetency is unaffected and the spouse is therefore both competent and compellable to testify for the prosecution in cases involving the spouse's person, liberty or health. Further exceptions are created for specified offences under ss. 4(2) and 4(4). None of these exceptions apply here. Therefore, because the marriage between Darlene Couture and the accused was valid and subsisting at the time of the trial, Darlene was neither competent nor compellable to testify for the Crown.

La loi maintient implicitement la common law, sous réserve des exceptions qu'elle crée. Il ressort clairement du par. 4(5) que l'exception prévue par la common law à l'inhabilité du conjoint à témoigner n'est pas touchée, et que le conjoint est donc à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant dans les affaires concernant sa personne, sa liberté ou sa santé. D'autres exceptions ont été créées à l'égard de certaines infractions aux par. 4(2) et 4(4). Aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Par conséquent, vu que Darlene Couture et l'accusé étaient toujours mariés et que leur mariage était valide au moment du procès, Darlene n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le ministère public.

40 Under s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*, the accused and his or her spouse are both competent

Selon le par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la personne accusée et son conjoint sont

to testify for the defence. The words of the section address only competence and not compellability, leaving the question whether the spouse can also be *compelled* by her spouse to testify still somewhat unsettled. The provision has been interpreted differently in respect of the accused and the spouse. This Court in *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, held that, under the provisions of the *Canada Evidence Act, 1893* (which did not include the words "for the defence"), the spouse of an accused was not only a competent but a compellable witness for or against the accused person on a trial for an indictable offence. However, Sopinka J., in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, expressed the view that s. 4(1) only deals with competence and not compellability. He concluded in that case that the provision left intact the common law with respect to the non-compellability of an accused at the instance of the Crown. While it is unnecessary to settle this issue, I will assume for the purpose of this appeal that Darlene Couture, although not compellable by the Crown, could be compelled to testify for the defence. Quite apart from any issue of statutory interpretation, it is well-established at common law that a competent witness is a compellable witness: see review of the relevant law in *R. v. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27 (C.A.), *per* McLachlin J.A., as she then was.

Section 4(3) creates a spousal privilege in respect of marital communications. The question of privilege was not really an issue at common law because spouses, with few exceptions, were not competent to testify. The concept of spousal privilege was therefore created by statute after legislation in the 19th century made spouses competent witnesses. The privilege is testimonial in nature, giving a right to withhold evidence but the communications themselves are not privileged. The privilege belongs to the spouse receiving the communication and can be waived by him or her. See *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645, at pp. 654-55. The question of privilege does not arise in this case with respect to the alleged confessions made by

tous les deux habiles à témoigner pour la défense. Cette disposition ne traite que de l'habilité à témoigner, et non de la contraignabilité, laissant en quelque sorte sans réponse la question de savoir si le conjoint d'une personne accusée peut également être *contraint* par celle-ci à témoigner. Elle a reçu des interprétations différentes en ce qui concerne la personne accusée et son conjoint. Dans *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, notre Cour a conclu que, selon l'*Acte de la preuve en Canada, 1893* (qui ne contenait pas les mots « pour la défense »), le conjoint de la personne accusée était non seulement habile à témoigner, mais aussi contraignable pour témoigner pour ou contre elle lors d'un procès pour un acte criminel. Par contre, dans *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, le juge Sopinka était d'avis que le par. 4(1) porte uniquement sur l'habilité à témoigner, et non sur la contraignabilité. Il a conclu, dans cette affaire, que cette disposition gardait la common law intacte quant à la non-contraignabilité d'un accusé par le ministère public. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, je tiendrai pour acquis, en l'espèce, que Darlene Couture, bien que non contraignable pour le ministère public, pourrait être contrainte à témoigner pour la défense. Indépendamment de toute question d'interprétation législative, il est bien établi en common law qu'un témoin habile à témoigner est un témoin contraignable : voir l'examen des dispositions pertinentes effectué par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) dans *R. c. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27 (C.A.).

41 Le paragraphe 4(3) crée un privilège propre aux conjoints concernant les communications faites entre eux durant le mariage. La question du privilège ne se posait pas vraiment en common law parce que, à quelques exceptions près, les conjoints n'étaient pas habiles à témoigner. La notion de privilège accordé aux conjoints a donc été introduite par voie législative après que la loi édictée au 19e siècle eut rendu les conjoints habiles à témoigner. Ce privilège est de nature testimoniale — il permet de ne pas témoigner —, mais il ne protège pas les communications elles-mêmes. Il appartient au conjoint qui reçoit la communication et ce conjoint peut y renoncer. Voir *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645, p. 654-655. En l'espèce, la question du privilège ne se pose pas

Mr. Couture to Darlene in 1989 since these communications were made prior to their marriage on February 14, 1996. It would arise in respect of any later communications made during the marriage. The question of spousal privilege must be kept in mind in considering broader implications that may result from any modification to the law respecting spousal testimony.

42 Historically, different rationales were advanced to support and justify the rule of spousal incompetency, some of which have been overcome in the more modern era with the legal recognition of spouses as being two separate entities. However, two rationales have survived to this day. They were explained in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 672, and reiterated in *Hawkins*, at para. 38.

43 The first justification for the rule is that it promotes conjugal confidences and protects marital harmony. The second is that the rule prevents "the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution" (*Hawkins*, at para. 38). Wigmore describes this second justification as the "*natural repugnance* in every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other's condemnation, and to compelling the culprit to the humiliation of being condemned by the words of his intimate life partner" (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at §2228, p. 217, cited in part in *Salituro*, at p. 672). The disruption to marital harmony and "natural repugnance" resulting from one spouse testifying against the other has been aptly described, in words that somewhat reflect the sentiments expressed by Darlene Couture in her statements to the police, by Professor Hamish Stewart in his article "Spousal Incompetency and the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411, as follows (at p. 417):

> [O]ne can easily envisage that both the accused and his spouse would feel considerable resentment and distrust arising from the mere fact of the spouse's testifying for the Crown and from cross-examination of the spouse by counsel or indeed by the accused himself, quite apart

en ce qui concerne les aveux que M. Couture aurait faits à Darlene en 1989, puisque ces communications ont été faites avant leur mariage célébré le 14 février 1996. Elle se poserait relativement à toute communication subséquente faite durant le mariage. Il ne faut pas perdre de vue la question du privilège accordé au conjoint lorsqu'on évalue les conséquences éventuelles plus générales d'une modification du droit applicable au témoignage du conjoint.

Au cours de l'histoire, différentes raisons ont été avancées pour appuyer et justifier la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, dont certaines ne tiennent plus depuis que le droit moderne a reconnu les conjoints comme des entités distinctes. Deux de ces justifications subsistent néanmoins aujourd'hui. Elles ont été exposées dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 672, et reprises dans *Hawkins*, au par. 38.

La première justification de cette règle est qu'elle favorise les confidences entre époux et protège l'harmonie conjugale. La seconde est qu'elle empêche « l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre l'accusé » (*Hawkins*, par. 38). Wigmore décrit cette seconde justification comme [TRADUCTION] « la *répugnance naturelle* qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre et à forcer le coupable à subir l'humiliation de se voir condamner par les paroles de son partenaire de vie intime » (*Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, §2228, p. 217, cité en partie dans *Salituro*, à la p. 672). Dans son article intitulé « Spousal Incompetency and the *Charter* » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411, le professeur Hamish Stewart a ainsi décrit avec justesse, en des termes qui reflètent assez bien les sentiments exprimés par Darlene Couture dans ses déclarations à la police, la rupture de l'harmonie conjugale et la « répugnance naturelle » liées au fait qu'un conjoint témoigne contre l'autre (p. 417) :

> [TRADUCTION] [O]n peut facilement imaginer la méfiance et le ressentiment profonds qu'éprouveraient tant l'accusé que sa conjointe du simple fait du témoignage de celle-ci pour le ministère public et de son contre-interrogatoire par un avocat, ou par l'accusé lui-même, sans parler du

from the resentment that would arise if the accused were actually convicted as a result of his spouse's testimony. There is more than mere sentiment at work in the marital harmony justification. If the marital relationship deserves protection — and most people would agree that it does — then at times other social goals, including even truth-finding, may have to give way before it.

ressentiment qu'entretiendrait l'accusé s'il devait effectivement être déclaré coupable par suite du témoignage de sa conjointe. La justification de l'harmonie conjugale implique davantage que des sentiments. Si la relation conjugale mérite d'être protégée — et la plupart des gens conviendraient qu'elle le mérite — il peut arriver que d'autres objectifs sociaux, y compris même la recherche de la vérité, doivent lui céder le pas.

There is no question that the spousal incompetency rule and its underlying rationales have been the subject of significant criticism. The various bases for this criticism have been discussed at some length in *Salituro* and again in *Hawkins* and need not be repeated here. However, while there seems to be a growing consensus that the rules should be changed, it is less clear how they should be changed. On the one hand, there would be sound reasons for giving the spouse the choice whether to testify or not. As Iacobucci J. noted in *Salituro* (at p. 673):

44 Il est évident que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, ainsi que ses justifications, ont suscité beaucoup de critiques. Les différents fondements de ces critiques ayant été examinés en détail dans *Salituro*, puis dans *Hawkins*, il n'est pas nécessaire de les reprendre ici. Toutefois, bien que la nécessité de modifier les règles fasse de plus en plus consensus, les modifications à y apporter sont moins évidentes. D'un côté, il existerait de bonnes raisons de laisser au conjoint le choix de témoigner ou non. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans *Salituro* (p. 673) :

> The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*. . . . The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

> En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte* [. . .] Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

La Forest J. made similar comments about a spouse's liberty and equality interests in *Hawkins* (para. 101).

Dans *Hawkins* (au par. 101), le juge La Forest a fait une remarque semblable au sujet des droits à la liberté et à l'égalité du conjoint.

On the other hand, there are sound reasons for not giving the spouse the choice whether to testify or not. As aptly noted by McLachlin J.A., in *McGinty*, giving the spouse a choice "is more likely to be productive of family discord than to prevent it. It leaves the victim-spouse open to further threats and violence aimed at preventing him or her from testifying, and leaves him or her open to recriminations if he or she chooses to testify" (p. 40). Based on this rationale, the options for reform appear to be between leaving the rule as it is, or abolishing it altogether making spouses competent and compellable by both the Crown and defence in all cases.

45 D'un autre côté, il existe des raisons valables de ne pas laisser au conjoint le choix de témoigner ou non. Comme l'a signalé avec justesse la juge McLachlin dans *McGinty*, donner le choix au conjoint [TRADUCTION] « risque plus d'attiser la discorde familiale que de l'éviter. Le conjoint victime risque ainsi de subir de nouvelles menaces et de nouveaux actes de violence visant à l'empêcher de témoigner, et il s'expose à des représailles s'il décide de témoigner » (p. 40). Ce raisonnement semble limiter les possibilités de réforme à un seul choix : garder la règle intacte ou l'abolir complètement en faisant des conjoints des témoins habiles à témoigner et contraignables tant pour le ministère public que pour la défense, dans tous les cas.

46 However, it is far from clear that the question is an "all or nothing" proposition. Other options would be available. For example, in some Australian states, the spouse is a compellable witness for the prosecution but the trial judge has a discretion to exempt the witness from testifying: *Crimes Act 1958* (Vic.), s. 400. In the United States, the accused's spouse is competent but the testimony is subject to various privileges, including the spouse's privilege not to testify against the accused: see, for example, *Hawkins v. United States*, 358 U.S. 74 (1958), and *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at p. 44. (See Law Commission of Canada, *Beyond Conjugality: Recognizing and supporting close personal adult relationships* (2001); A. Manson, *Spousal Testimony in Criminal Cases in Canada* (September 2001), and Stewart.)

47 The recurring question before the courts is the extent to which any reform of the rule can or should be made by the courts as opposed to the legislator. Although recognized, at least implicitly, by statute, the spousal incompetency rule is grounded in common law and hence its scope subject to interpretation by the courts. For example, this Court held in *Salituro* that spousal incompetency did not apply where the spouses, although still legally married, were irreconcilably separated because, in such cases, "there is no marital harmony to be preserved" (p. 676) . However, there are constraints on the power of courts to change the common law. In *Salituro*, Iacobucci J. reflected on the limits of the judiciary's power in this area:

> Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or

Cependant, il est loin d'être certain que la solution au problème soit de l'ordre du « tout ou rien ». Il existerait d'autres solutions. Par exemple, dans certains États australiens, le conjoint est un témoin contraignable pour le poursuivant, mais le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de le dispenser de témoigner : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 400. Aux États-Unis, le conjoint de la personne accusée est habile à témoigner, mais son témoignage est assorti de différents privilèges, dont celui de ne pas témoigner contre son conjoint accusé : voir *Hawkins c. United States*, 358 U.S. 74 (1958), et *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), p. 44. (Voir Commission du droit du Canada, *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes* (2001); A. Manson, *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada* (septembre 2001), et Stewart.)

La question sans cesse soumise aux tribunaux est celle de savoir dans quelle mesure la règle peut ou devrait être modifiée par eux plutôt que par le législateur. Bien que reconnue, au moins implicitement, par une loi, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner est fondée sur la common law, et sa portée est donc susceptible d'interprétation par les tribunaux. Par exemple, dans *Salituro*, notre Cour a conclu qu'elle ne s'applique pas lorsque les conjoints, tout en étant encore légalement mariés, sont irrémédiablement séparés puisque, en pareil cas, « il n'y a plus d'harmonie conjugale à préserver » (p. 676). Le pouvoir des tribunaux de modifier la common law est toutefois assujetti à certaines contraintes. Dans *Salituro*, le juge Iacobucci a examiné les limites du pouvoir judiciaire dans ce domaine :

> Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement

desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society. [p. 670]

This principle was restated in *Hawkins*. Since the import of the holding in *Hawkins* is at the heart of this appeal, I will review this case in some detail.

3.2 *Hawkins and Spouses' Out-of-Court Statements*

In *Hawkins*, the accused's then girlfriend testified at his preliminary hearing on charges of obstructing justice and corruptly accepting money. The accused subsequently married the witness. By the time of the trial, the Crown conceded that the marriage, which was still subsisting, was not a sham. Consequently, the spouse was incompetent to testify for the prosecution. The accused was acquitted at trial and the verdict was overturned on appeal. On further appeal to this Court, the Crown urged the Court to modify the common law spousal incompetency rule and admit an exception in cases where the marriage was solemnized after the charges had been laid or, alternatively, where an accused married a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution.

The Court was unanimously of the view that the facts in *Hawkins* did not warrant modifying the rule as suggested by the Crown and reiterated that any substantial reform of the rule, which has remained largely unchanged for 350 years, was a matter better left for Parliament. The Court, however, was divided on the question of whether the admission of the spouse's preliminary hearing testimony, given before the marriage in relation to the same charges, would undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule. The majority, for different reasons expressed in two main concurring judgments, was of the view that it did not and ruled the preliminary hearing transcript admissible under the principled exception to the hearsay rule. The necessity criterion was met because the

qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société. [p. 670]

Ce principe a été repris dans *Hawkins*. Comme la portée de la décision rendue dans *Hawkins* est au cœur du présent pourvoi, j'examinerai cet arrêt plus en profondeur. 48

3.2 *L'arrêt Hawkins et les déclarations extrajudiciaires des conjoints*

Dans *Hawkins*, la petite amie de l'accusé a témoigné à son enquête préliminaire concernant des accusations d'entrave à la justice et d'acceptation d'argent par corruption. Par la suite, l'accusé a épousé le témoin. Au moment du procès, le ministère public a reconnu que le mariage, toujours existant, n'était pas une façade. La conjointe était donc inhabile à témoigner pour le poursuivant. L'accusé a été acquitté, mais ce verdict a été infirmé en appel. Lors du pourvoi devant notre Cour, le ministère public a exhorté la Cour à modifier la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner et à admettre une exception dans le cas où le mariage a été célébré après le dépôt des accusations ou, subsidiairement, dans le cas où l'accusé a épousé un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant. 49

La Cour, à l'unanimité, a conclu que les faits de l'affaire *Hawkins* ne justifiaient pas que la règle soit modifiée comme le suggérait le ministère public, et a rappelé qu'il était préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à cette règle, demeurée pratiquement inchangée depuis 350 ans. La Cour était cependant divisée quant à savoir si l'admission du témoignage de la conjointe, recueilli avant le mariage, à l'enquête préliminaire relativement aux mêmes accusations, porterait atteinte aux fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Les juges majoritaires, pour des motifs différents exposés dans deux principaux jugements concourants, ont estimé que ce n'était pas le cas et ont conclu à l'admissibilité de la transcription de l'enquête préliminaire 50

spouse was incompetent to testify. The threshold reliability requirement was also met. Although the statement itself was not inherently trustworthy (indeed the spouse had given contradictory statements under oath), there were adequate substitutes for testing the evidence: it was given under oath and subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same issues. Major J., in writing for the three dissenting justices, disagreed, finding that the facts did not permit the use of a principled exception to the hearsay rule. In his view, reading in the spouse's "testimony from the preliminary inquiry equates with forcing her to give testimony against her husband" contrary to the spirit of the common law rule and s. 4 of the *Canada Evidence Act* (para. 159).

en application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. Il avait été satisfait au critère de la nécessité parce que la conjointe était inhabile à témoigner. L'exigence du seuil de fiabilité avait également été remplie. Malgré l'absence de fiabilité inhérente de la déclaration (la conjointe avait fait des déclarations sous serment contradictoires), il existait d'autres moyens de vérifier la preuve : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée d'une possibilité de contre-interrogatoire au moment précis où elle avait été faite dans le cadre d'une audience portant exactement sur les mêmes questions. S'exprimant au nom des trois juges dissidents, le juge Major s'est dit en désaccord, estimant que les faits ne permettaient pas d'invoquer une exception raisonnée à la règle du ouï-dire. À son avis, déposer « le témoignage [que la conjointe a] fourni à l'enquête préliminaire équivaut à la forcer à témoigner contre son mari » contrairement à l'esprit de la règle de common law et de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* (par. 159).

51 No case has been made here to depart from the Court's holding in *Hawkins* that any substantial reform of the rule is a matter better left for Parliament. Indeed, unlike *Hawkins*, where the Crown expressly urged this Court to create a new exception to the common law rule of spousal incompetency, no modification of the rule is sought in this case. The parties are divided, rather, on the extent to which the existing common law rule, as interpreted in *Hawkins*, should have any bearing on the Court's application of the principled exception to the hearsay rule in respect of a spouse's out-of-court statements.

Il n'a pas été établi, en l'espèce, que la Cour devrait déroger à sa conclusion dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. D'ailleurs, contrairement à l'affaire *Hawkins*, dans laquelle le ministère public a expressément exhorté notre Cour à créer une nouvelle exception à la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner, aucune modification de la règle n'est réclamée en l'espèce. Le différend entre les parties porte plutôt sur l'incidence que devrait avoir la règle de common law actuelle, telle qu'elle a été interprétée dans *Hawkins*, sur l'application par la Cour de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire relativement aux déclarations extrajudiciaires d'un conjoint.

52 As noted earlier, it is the Crown's position, that this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule, as a matter of principle, does not apply to a spouse's out-of-court statements. Hence, under this approach, rather than being a bar to admissibility, spousal testimonial incompetence provides the basis upon which the criterion of necessity is satisfied and a spouse's out-of-court statement may be admitted in any case, provided

Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public estime que notre Cour a statué, dans *Hawkins*, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne s'applique pas, en principe, à ses déclarations extrajudiciaires. Selon cette approche, l'inhabilité du conjoint à témoigner, plutôt que de constituer un obstacle à l'admissibilité, permet de satisfaire au critère de la nécessité, de sorte que la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint est admissible

that it is sufficiently reliable. Further, in order to meet the reliability criterion, it is argued that whenever the spouse is available, as here, the accused's ability to call the hearsay spouse as a witness provides a unique and significant compensation for the absence of cross-examination, oath and demeanour. The Crown submits therefore that the trial judge was correct to admit Darlene's hearsay statements under this approach and that the Court of Appeal should have deferred to her ruling on threshold reliability.

dans tous les cas, pourvu qu'elle soit suffisamment fiable. Quant au critère de la fiabilité, on prétend en outre que, lorsque le conjoint est disponible, comme en l'espèce, la possibilité pour l'accusé de le citer comme témoin contrebalance remarquablement et largement l'absence de contre-interrogatoire, de serment et d'observation du comportement. Le ministère public soutient donc que la juge du procès a eu raison de conclure à l'admissibilité des déclarations relatées de Darlene en se fondant sur ce raisonnement, et que la Cour d'appel aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de sa décision concernant le seuil de fiabilité.

Mr. Couture disagrees with this interpretation of the decision in *Hawkins*. He submits that, unlike *Hawkins*, which was based on unusual circumstances, the ruling sought in this case would be of broad application and would dramatically alter the role of the spouse in the criminal justice system. As he puts it in his factum (at para. 26), "[i]t would encourage the creation of an institutionalized procedure whereby the police take statements of spouses out-of-court, with the express intention of having them introduced as evidence at court, contrary to the policy of section 4 of the [*Canada Evidence Act*]". This approach, Mr. Couture argues, would be inconsistent with the unanimous holding in *Hawkins* that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. He therefore submits that the British Columbia Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins* and to rule Darlene Couture's statements inadmissible, not only on the basis that their admission would violate the spirit of the spousal incompetency rule, but also because they were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule.

53 M. Couture n'est pas d'accord avec cette interprétation de la décision rendue dans *Hawkins*. Il fait valoir que, contrairement à cet arrêt, qui reposait sur des circonstances exceptionnelles, la décision recherchée en l'espèce recevrait une application large et changerait radicalement le rôle du conjoint dans le système de justice pénale. Comme il le dit dans son mémoire (au par. 26), [TRADUCTION] « [e]lle encouragerait la création d'une procédure institutionnalisée permettant à la police de recueillir des déclarations extrajudiciaires des conjoints dans l'intention expresse de les faire admettre en preuve devant le tribunal, ce qui irait à l'encontre de l'esprit de l'article 4 de la [*Loi sur la preuve au Canada*] ». Cette approche, affirme M. Couture, serait incompatible avec la conclusion unanime, tirée dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. Il soutient donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins* et de conclure à l'inadmissibilité des déclarations de Darlene Couture, non seulement pour le motif que leur admission irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, mais aussi parce qu'elles n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission en application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

I do not accept the Crown's position. There is no question that the spousal incompetency rule is *testimonial* in nature. Therefore it is correct to say that the rule does not, as a matter of principle, bar proof of the out-of-court statements of a spouse —

54 Je ne partage pas l'opinion du ministère public. Il ne fait aucun doute que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner est de nature *testimoniale*. On peut donc dire qu'elle n'empêche pas, en principe, la présentation en preuve des déclarations

indeed, if it were otherwise, the result in *Hawkins* could not have been reached. Hence, I am not suggesting, as stated by my colleague Rothstein J. at para. 148, that the spousal incompetency rule creates "a right for the accused to suppress *any* evidence emanating from his spouse" (emphasis in original). Indeed, no one is contending that the rule should have that effect. In my respectful view, however, the Crown's submission overstates the holding of the majority in *Hawkins*. I agree rather with Mr. Couture that the approach advocated by the Crown would represent a drastic change in the role played by the spouse in criminal law trials, a result which, in my view, does not accord with this Court's decision in *Hawkins* to leave any substantial reform of the rule to Parliament. Further, this analytical approach would not be consistent with this Court's jurisprudence on the principled approach to the hearsay rule. I will explain.

55 Unless there is good reason to modify an established common law rule, the modern approach to hearsay should be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. This overarching principle was expressly reiterated by Lamer C.J. and Iacobucci J. in *Hawkins* in their general discussion of the principled approach (para. 69). The spousal incompetency rule was reaffirmed in *Hawkins*. The Court was unanimous in finding that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. Consequently, it is one of those traditional rules of evidence that should not be undermined by the application of the principled exception to hearsay.

56 However, under the approach suggested by the Crown, the court does not have to consider whether, in the circumstances of the particular case, the admission of the evidence would have the effect of undermining the spousal incompetency rule or its underlying rationales. Under that approach, the spousal incompetency rule is only relevant in

extrajudiciaires d'un conjoint — d'ailleurs, s'il en était autrement, il aurait été impossible d'arriver au résultat obtenu dans *Hawkins*. Par conséquent, je ne dis pas, comme l'affirme mon collègue le juge Rothstein au par. 148, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner crée « un droit conféré à l'accusé d'éliminer *toute* preuve émanant de son conjoint » (en italique dans l'original). En fait, personne ne prétend que la règle devrait avoir cet effet. À mon humble avis, cependant, le ministère public exagère la portée de la décision des juges majoritaires dans cette affaire. Je suis plutôt d'accord avec M. Couture pour dire que l'approche préconisée par le ministère public modifierait radicalement le rôle du conjoint dans les procès criminels, ce qui, selon moi, irait à l'encontre de la décision de notre Cour, dans *Hawkins*, de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. En outre, cette démarche analytique ne serait pas compatible avec la jurisprudence de notre Cour sur la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire. Je m'explique.

À moins qu'il n'existe une bonne raison de modifier une règle de common law bien établie, la méthode d'analyse moderne en matière de ouï-dire devrait être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont expressément réitéré ce principe fondamental dans leur examen général de la méthode d'analyse raisonnée dans *Hawkins* (par. 69). La règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner a été confirmée dans cet arrêt. La Cour a conclu à l'unanimité qu'il était préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. Il s'agit donc d'une de ces règles de preuve traditionnelles à laquelle l'application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire ne devrait pas porter atteinte.

Selon la méthode préconisée par le ministère public, cependant, le tribunal n'a pas à se demander si, dans les circonstances de l'espèce, l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Selon cette méthode, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'est pertinente que

providing the basis for establishing the criterion of necessity. Once necessity is made out — as it would in all cases where the spouse is incompetent to testify for the Crown — the hearsay statement can be admitted provided it is sufficiently reliable, regardless of whether its admission in the trial would have the effect of undermining the rule or its underlying rationales. In my respectful view, this approach is not the one adopted by the majority in *Hawkins*. In each concurring judgment, the writer explained, *albeit* from different perspectives, why the operation of the principled exception in the circumstances of that case would not undermine the rationales of the rule.

Lamer C.J. and Iacobucci J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) considered the issue of spousal incompetence as part of their analysis on the question of residual discretion. Under the principled exception to the hearsay rule, even when the criteria of necessity and reliability are satisfied, the trial judge has the residual discretion to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. I will say more about the residual discretion later. For a number of reasons unrelated to the question that occupies us, Lamer C.J. and Iacobucci J. concluded that the trial judge had erred in excluding the evidence. On the question of spousal incompetency, they reviewed the two justifications for the rule and concluded that neither of those interests was at stake in the circumstances of the case. They explained it as follows (at paras. 93, 94 and 96):

The admission of the transcripts at trial would not undermine the established protection of the spousal incompetency rule. The rule serves to protect the appellant's dual interests in preserving his marital harmony and in avoiding the "natural repugnance" of having his spouse testify against him in the course of the marriage. But neither of those interests is threatened in this instance.

If Graham was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with Hawkins, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, we do not believe that his marital bond would

pour établir le critère de la nécessité. Une fois la nécessité établie — comme ce serait toujours le cas lorsque le conjoint est inhabile à témoigner pour le ministère public — la déclaration relatée peut être admise si elle est suffisamment fiable, peu importe que son admission au procès porte ou non atteinte à la règle ou à ses fondements. À mon humble avis, cette méthode n'est pas celle que les juges majoritaires ont retenue dans *Hawkins*. Chacun des juges qui ont rédigé des motifs concourants a expliqué, *bien qu'*à partir de points de vue différents, pourquoi l'application de l'exception raisonnée dans les circonstances de cette affaire ne porterait pas atteinte aux fondements de la règle.

57 Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (avec l'appui des juges Gonthier et Cory) ont examiné la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner dans le cadre de leur analyse de la question du pouvoir discrétionnaire résiduel. Selon l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, même s'il a été satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Je reviendrai sur le pouvoir discrétionnaire résiduel un peu plus loin. Pour différentes raisons n'ayant aucun rapport avec la question qui nous occupe, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont conclu que le juge du procès avait eu tort d'exclure la preuve. Quant à la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner, ils ont examiné les deux justifications de la règle et ont conclu qu'aucun de ces intérêts n'était en jeu dans les circonstances de l'affaire. Ils ont expliqué ainsi leur conclusion (par. 93, 94 et 96) :

L'admission des transcriptions au procès n'irait pas à l'encontre de la protection offerte en vertu de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Cette règle sert à protéger le double intérêt de l'appelant, soit celui de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la « répugnance naturelle » de Hawkins à voir sa conjointe témoigner contre lui pendant qu'ils sont mariés. Cependant, ni l'un ni l'autre de ces intérêts n'est menacé en l'espèce.

Si Graham était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec Hawkins, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, nous ne croyons pas que le

be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testimony which Graham willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

. . .

Furthermore, it is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of "natural repugnance" to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused's spouse to assume the stand to assist in the accused's prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule. [Emphasis added.]

58 L'Heureux-Dubé J. (La Forest J. concurring) reached the same conclusion but for different reasons. First, she disagreed with Lamer C.J. and Iacobucci J.'s analytical framework. In her view, the question of whether the spousal incompetency rule constituted a bar to the admission of the evidence should not be answered based on an "abstract measuring of 'unfairness' to the accused" (para. 108). In her view, this approach was fraught with evidentiary difficulties because in most cases it "would depend on a speculative appraisal of the potential for damage to an accused's marriage because of the admission of a statement made prior to trial by his or her spouse" (para. 108). As she stated:

This potential harm would be almost impossible to predict: David Medine, "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, at p. 555. An analysis of the theoretical disruption of an accused's marriage on a case-by-case basis is simply an inadequate manner to proceed with this problem. [para. 108]

59 Although L'Heureux-Dubé J. disagreed with Major J.'s conclusions, she preferred his approach: the issue of whether the spousal incompetency rule

lien matrimonial serait mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre de preuve le témoignage que Graham a volontairement donné dans le cours d'une procédure décisionnelle avant le mariage.

. . .

Par ailleurs, il est difficile de voir comment l'admission des transcriptions créerait une « répugnance naturelle » relativement au mariage. Selon l'explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d'un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n'est pas forcée et la menace d'une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l'application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. [Je souligne.]

La juge L'Heureux-Dubé (avec l'appui du juge La Forest) est arrivée à la même conclusion, mais pour des motifs différents. D'abord, elle a dit être en désaccord avec le cadre d'analyse appliqué par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci. Selon elle, la question de savoir si la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner interdisait l'admission de la preuve ne devait pas être liée à « l'application d'un concept abstrait d'"iniquité" envers l'accusé » (par. 108). À son avis, cette méthode présentait de nombreuses difficultés sur le plan de la preuve parce que, dans la plupart des cas, elle « ne serait que pure spéculation en ce qui a trait au risque de préjudice que l'admission d'une déclaration, faite par un conjoint antérieurement au procès, aurait sur le mariage d'un accusé » (par. 108). Comme elle l'a affirmé :

Il serait pratiquement impossible de prédire ce risque de préjudice : David Medine, « The Adverse Testimony Privilege : Time to Dispose of a "Sentimental Relic" » (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, à la p. 555. Une analyse cas par cas de la perturbation théorique du mariage d'un accusé ne constitue tout simplement pas une façon appropriée de régler ce problème. [par. 108]

Bien qu'en désaccord avec les conclusions du juge Major, la juge L'Heureux-Dubé a dit préférer sa méthode d'analyse : la question de savoir si la

constituted a bar to the admission of the evidence was a threshold question. In her view, this question was also one that should be kept analytically distinct from the hearsay question (paras. 107-10). While under this approach Major J. would preclude the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife on the ground that it would violate the spousal incompetency rule, L'Heureux-Dubé J. disagreed. In her view, the testimonial incompetence of a spouse did not bar proof of that spouse's out-of-court statements.

règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner faisait obstacle à l'admission de la preuve était une question préliminaire. À son avis, il s'agissait également d'une question qu'il fallait tenir analytiquement séparée de celle du ouï-dire (par. 107-110). Alors que suivant cette méthode, le juge Major estimait que le ministère public était forclos de présenter la preuve par ouï-dire d'un conjoint parce que cette preuve violerait la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la juge L'Heureux-Dubé croyait plutôt que l'inhabilité à témoigner d'un conjoint n'interdisait pas la présentation en preuve de ses déclarations extrajudiciaires.

At first blush, L'Heureux-Dubé J.'s approach in determining, as a threshold question, that testimonial incompetence did not bar proof of a spouse's out-of-court statements, appears to lend some support to the Crown's position that any such statement would be admissible under the principled exception to the hearsay rule, provided the reliability criterion was met. However, it is apparent from L'Heureux-Dubé J.'s reasons that her conclusion was very much premised on the particular circumstances of that case and on her view that neither the *creation* nor the *admission* of the evidence offended the spousal incompetence rule.

60 À première vue, le raisonnement qu'a suivi la juge L'Heureux-Dubé pour conclure, à titre préliminaire, que l'inhabilité à témoigner n'empêchait pas la présentation en preuve des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint semble, dans une certaine mesure, appuyer la thèse du ministère public voulant que ces déclarations soient admissibles suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, à condition de répondre au critère de la fiabilité. Il ressort cependant clairement des motifs de la juge L'Heureux-Dubé que sa conclusion reposait largement sur les circonstances particulières de cette affaire et sur son opinion que ni la *constitution* ni l'*admission* de la preuve n'allaient à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

For example, L'Heureux-Dubé J. framed the question on appeal in very specific terms: "The question that remains, therefore, is whether the statements made at the preliminary inquiry, while the witness was not yet — although she later became — the spouse of the appellant, can nonetheless be admitted as an exception to the rule against hearsay" (para. 105 (emphasis added)). Likewise, she stated her conclusion by making reference to the manner in which the statement was created: "The evidence in the case at bar was not created in a manner which offends the spousal incompetence rule, and therefore, there is no need to prevent its admission" (para. 141 (emphasis added)). In addition, L'Heureux-Dubé J. placed much emphasis on the fact that the spouse would not be involved in the presentation of the evidence at trial because the preliminary hearing transcript would simply be

61 Par exemple, la juge L'Heureux-Dubé a énoncé la question en litige en termes très précis : « Il reste donc à déterminer si les déclarations faites à l'enquête préliminaire par un témoin qui n'était pas encore à cette époque l'épouse de l'appelant — mais qui l'est devenue par la suite — peuvent, néanmoins, être admises à titre d'exception à la règle du ouï-dire » (par. 105 (je souligne)). Dans sa conclusion, elle se reporte aussi à la façon dont la déclaration a été constituée : « La preuve dans cette affaire n'a pas été constituée d'une façon qui contrevienne à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et, par conséquent, il n'y a pas lieu d'en forclore l'admission » (par. 141 (je souligne)). En outre, la juge L'Heureux-Dubé a beaucoup insisté sur le fait que le conjoint ne participerait pas à la présentation de la preuve au procès parce que la transcription de l'enquête préliminaire serait simplement lue. (Voir,

read in. (See, for example, at para. 127.) Indeed, she expressly acknowledged that "in deciding this case I did not have to consider the potential impact of the rationale that a spouse's testimony at trial would cause a natural repugnance" (para. 139). As we shall see, the circumstances are much different here.

62 Hence, it is my view that the position advocated by the Crown cannot be sustained on the basis of the reasons given in support of the majority ruling in *Hawkins*. *Hawkins* was based on its own particular fact situation and did not create a broad exception that would admit all out-of-court statements made by spouses on the basis of threshold reliability alone. In addition, regard must also be had to the particular circumstances of the case to determine whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule. It should come as no surprise that reliability alone cannot overcome the rule because spousal incompetency is not based on any concern about the reliability of a spouse's testimony. The rule, rather, is a form of privilege. Privilege, unlike other rules of exclusion, is not intended to facilitate truth-finding. The evidence is excluded, not because it lacks probative value but, rather, on policy grounds based on broader social interests.

63 Because exclusion of evidence under the spousal incompetency rule has nothing to do with the reliability or probative value of the evidence, I would not characterize the court's consideration of the rule as a question of "residual discretion". On this point, I respectfully disagree with the approach adopted by four of the justices in *Hawkins* and by Rothstein J. As indicated earlier, even when the criteria of necessity and reliability are satisfied, the trial judge has the residual discretion under the principled exception to the hearsay rule to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Consideration of the spousal incompetency rule, however, is a distinct exercise, unrelated to any consideration of the probative value of the evidence under the hearsay analysis. The proposed evidence may be highly

par exemple, le par. 127.) Elle a, en fait, expressément reconnu que « pour trancher les présents pourvois, je n'avais pas à examiner l'impact possible de la justification fondée sur la répugnance naturelle liée au témoignage d'un conjoint au procès » (par. 139). Comme nous le verrons, les circonstances de l'espèce sont bien différentes.

En conséquence, j'estime que la position défendue par le ministère public ne peut être retenue sur la base des motifs exposés par les juges majoritaires à l'appui de leur décision dans *Hawkins*. Cet arrêt s'appuyait sur les faits propres à l'affaire et n'a pas créé une exception générale permettant l'admission de toutes les déclarations extrajudiciaires des conjoints répondant au seul critère du seuil de fiabilité. Il faut également tenir compte des circonstances particulières de l'affaire pour décider si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Il ne faut pas s'étonner de ce que la fiabilité ne puisse à elle seule faire échec à la règle puisque l'inhabilité du conjoint à témoigner ne repose sur aucune préoccupation touchant la fiabilité de son témoignage. La règle constitue plutôt une sorte de privilège. Les privilèges, contrairement aux autres règles d'exclusion, ne visent pas à faciliter la recherche de la vérité. La preuve est exclue, non pas parce qu'elle n'est pas suffisamment probante, mais pour des motifs de principe fondés sur des intérêts sociaux plus généraux.

Étant donné que l'exclusion d'un élément de preuve en application de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'a rien à voir avec sa fiabilité ou sa valeur probante, je ne considérerais pas l'examen par la cour des questions reliées à cette règle comme relevant de son « pouvoir discrétionnaire résiduel ». Sur ce point, j'exprime respectueusement mon désaccord avec la méthode adoptée par quatre des juges dans *Hawkins* et par le juge Rothstein. Comme je l'ai déjà indiqué, même lorsqu'il est satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a, suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. L'examen de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner constitue

probative; it will nonetheless be inadmissible if its admission would undermine the spousal incompetency rule. This is why I say that consideration of the rule is not a matter of "residual discretion" as this term is generally understood. The fact that the rule cannot be ignored is rather a feature of the "principled exception" to the hearsay rule itself. This modern approach, as the coined expression reveals, is based on *principle*. Unless there is good reason to depart from an established principle, the modern approach to hearsay admissibility must be applied in a manner that preserves its integrity. Hence, as was done in *Hawkins*, hearsay evidence may be admitted under the principled approach if it meets the twin criteria of necessity and reliability *and* if its admission would not undermine the spousal incompetency rule or its rationales.

The question to be answered is whether, in the circumstances of the particular case, the evidence may be admitted under the principled exception without undermining the spousal incompetency rule. It is important to keep the spousal incompetency inquiry analytically distinct from the hearsay inquiry. As explained earlier, the spousal incompetency rule is based on different rationales that are unconnected to the reliability concerns arising from the hearsay nature of the evidence. Analytically, nothing turns on whether the spousal incompetence inquiry is considered before the hearsay analysis or after when the impact of admitting the evidence may be easier to ascertain. However, when the impact is clear, considering the spousal incompetency issue first may promote judicial economy. The preferred approach will depend on the particular facts. What matters is that the question be answered.

cependant un exercice distinct, sans lien avec l'appréciation de la valeur probante de la preuve dans le cadre de l'analyse relative au ouï-dire. La preuve que l'on se propose de présenter peut avoir une très grande valeur probante, mais être néanmoins inadmissible lorsque son admission irait à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. C'est pourquoi je dis que l'examen dicté par cette règle ne relève pas du « pouvoir discrétionnaire résiduel » au sens où on l'entend généralement. Le fait que la règle ne saurait être ignorée constitue plutôt une caractéristique de l'exception raisonnée ou « de principe » à la règle du ouï-dire elle-même. Cette méthode d'analyse moderne, comme son nom l'indique, est fondée sur des *principes*. À moins qu'il n'existe une bonne raison de s'écarter d'un principe bien établi, la méthode d'analyse moderne de l'admissibilité du ouï-dire doit être appliquée de façon à en préserver l'intégrité. Ainsi, la preuve par ouï-dire peut être admise suivant la méthode d'analyse raisonnée, comme elle l'a été dans *Hawkins*, si elle satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité *et* si son admission ne porte pas atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ni à ses fondements.

64

La question est de savoir si, dans les circonstances particulières de l'affaire, la preuve peut être admise en application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, sans qu'il soit porté atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Il est important de tenir la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner analytiquement séparée de celle du ouï-dire. Comme je l'ai déjà dit, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner repose sur des justifications différentes, sans lien avec les problèmes de fiabilité liés à la nature du ouï-dire. Il importe peu, sur le plan analytique, que la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner soit tranchée avant celle du ouï-dire, ou après, lorsque l'incidence de l'admission de la preuve est plus facile à évaluer. Toutefois, lorsque cette incidence est évidente, examiner d'abord la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut favoriser l'économie des ressources judiciaires. La meilleure façon de procéder dépendra des faits de l'espèce. Ce qui compte, c'est que l'on réponde à la question.

65 In determining the spousal competency issue, the circumstances surrounding the creation of the evidence are a relevant consideration — while the rule is testimonial in nature and only prevents a spouse from *testifying* against the accused spouse, its underlying rationales, particularly the preservation of marital harmony, necessarily extend beyond the actual trial itself. The effect of admitting the evidence on the trial process itself is also relevant, particularly having regard to the second rationale of the rule — preventing the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution.

66 In considering whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule or its underlying rationales, it is my view that the inquiry should not be focussed on the individual marriage. On this point, I agree with L'Heureux-Dubé J. that the ultimate conclusion on admissibility cannot rest on "a speculative appraisal of the potential for damage" to the individual marriage (para. 108). The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, thus giving rise to the exception in *Salituro*, the extent to which there is marital harmony or marital discordance *in the particular marriage* is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other.

67 The question that remains is whether Darlene Couture's statements to the police should have been admitted in the circumstances of this case.

3.3 *Hawkins Distinguished*

68 As noted earlier, in *Hawkins*, neither the creation of the hearsay evidence nor its admission undermined the underlying policy to the spousal

Lorsqu'on examine la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner, les circonstances entourant la constitution de la preuve sont pertinentes — même si la règle est de nature testimoniale et ne fait qu'empêcher qu'une personne *témoigne* contre son conjoint accusé, ses fondements, et plus particulièrement le souci de préserver l'harmonie conjugale, débordent forcément le cadre du procès lui-même. L'incidence de l'admission de la preuve sur le procès lui-même est également pertinente, surtout en ce qui concerne le deuxième fondement de la règle — le souci d'empêcher l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre elle.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements, j'estime que l'examen ne devrait pas être axé sur le mariage précis en cause. Sur ce point, je suis d'accord avec la juge L'Heureux-Dubé pour dire que la conclusion ultime quant à l'admissibilité ne saurait reposer sur une « pure spéculation en ce qui a trait au risque de préjudice que l'admission [. . .] aurait » sur le mariage précis en cause (par. 108). L'application de la règle est déclenchée par la seule existence d'un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, ce qui ferait entrer en jeu l'exception énoncée dans l'arrêt *Salituro*, la mesure dans laquelle l'harmonie ou la mésentente règne *dans le mariage précis en cause* n'a aucune pertinence. Il s'agit plutôt de savoir si, d'un point de vue objectif, l'application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire dans les circonstances particulières de l'affaire romprait l'harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre.

Il reste à déterminer si les déclarations que Darlene Couture a faites à la police auraient dû être admises dans les circonstances de l'espèce.

3.3 *Distinction avec l'affaire Hawkins*

Comme je l'ai déjà mentionné, dans *Hawkins*, ni la constitution ni l'admission de la preuve par ouï-dire n'allaient à l'encontre de l'esprit de la règle

incompetence rule. The preliminary hearing testimony was given by the spouse prior to her marriage to the accused, therefore not giving rise to concern about spousal incompetency and the underlying policy for the rule. Further, the hearsay difficulties presented by the unavailability of the maker of the statement were easily overcome by the presence of adequate substitutes: the preliminary hearing transcript, where there had been an opportunity to cross-examine the witness in a hearing that dealt with essentially the same issues. Hence, threshold reliability was met by the simple reading of the transcript without having to rely on the accused's ability to call his spouse as a witness at trial and thus involving the spouse in the trial process. I will come back to this point later.

de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire avait été donné par le conjoint avant son mariage avec l'accusé, ne soulevant donc aucune question quant à l'inhabilité du conjoint à témoigner et à l'esprit de cette règle. De plus, les dangers du ouï-dire découlant de la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration ont été facilement surmontés en raison de l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve : la transcription de l'enquête préliminaire, accompagnée de la possibilité de contre-interroger le témoin dans le cadre d'une audience portant essentiellement sur les mêmes questions. Par conséquent, le critère du seuil de fiabilité se trouvait rempli grâce à la simple lecture de la transcription sans qu'il soit nécessaire de s'en remettre au droit de l'accusé de citer sa conjointe comme témoin et donc de l'impliquer dans le procès. J'y reviendrai plus loin.

The British Columbia Court of Appeal distinguished *Hawkins* from the case at bar on the basis of three factors (at para. 14):

(1) the hearsay admitted was a transcript of evidence given under oath;

(2) the witness had been cross-examined; and

(3) the marriage took place after the evidence was given.

In the court's view, these differences were such that "the testimonial incompetence of [Darlene Couture] cannot be overcome by the principled exception to the hearsay rule doctrine" (para. 15).

69 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a distingué l'affaire *Hawkins* de la présente affaire sur la base de trois facteurs (par. 14) :

(1) la preuve par ouï-dire admise était la transcription d'un témoignage fait sous serment;

(2) le témoin avait été contre-interrogé;

(3) le mariage avait été contracté après le témoignage.

Selon la cour, ces différences étaient telles que [TRADUCTION] « l'inhabilité de [Darlene Couture] à témoigner ne peut pas être surmontée par l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire » (par. 15).

Although the Court of Appeal did not provide much analysis in support of its conclusion, it is implicit that it was of the view that the operation of the principled approach to hearsay in the circumstances of this case would undermine the common law rule of spousal incompetency. In my view, the Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins*. I also agree that the three factors identified by the Court of Appeal lend support to its conclusion. I will explain.

70 Même si la Cour d'appel n'a pas exposé de raisonnement très étoffé à l'appui de sa conclusion, il est implicite qu'elle était d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire irait à l'encontre de la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner. J'estime que la Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins*. J'estime également que les trois facteurs dégagés par la Cour d'appel étayent sa conclusion. Je m'explique.

71 From the outset, it can readily be appreciated that the circumstances surrounding the *creation* of the evidence in this case raise concerns about the spousal incompetency rule. Unlike the situation in *Hawkins*, in the present case the spouse's statements were given during the course of the marriage. While no issue respecting privileged communications made during the course of a marriage arises here and a spouse is at liberty to speak to the police, I agree with Mr. Couture's submission that, as a matter of principle, the taking of a statement by the police *for the express purpose of introducing it in evidence against the declarant's spouse* raises concerns about the spousal incompetency rule and its underlying rationales. The police in this case did not obtain a videotaped statement under oath in accord with the requirements set out in *B. (K.G.)* for the purpose of introducing it in evidence. Nonetheless, as noted earlier, Darlene Couture expressed serious concerns about the implications that giving a statement would have on her marriage (see para. 25). If this Court were to rule that statements made by spouses can be admitted at trial based solely on threshold reliability without further regard to the spousal incompetency rule, I agree with Mr. Couture's contention that this would encourage the institutionalized taking of spousal statements for the express purpose of introducing them at trial, a practice that would seriously undermine the preservation of marital harmony. This result would constitute a significant inroad on Parliament's policy choice to maintain the rule against spousal incompetency, a result not intended by the majority in *Hawkins*. For that reason, I would conclude that this factor alone is sufficient to distinguish this case from *Hawkins*. The operation of the principled approach to the hearsay rule would effectively thwart the spousal competency rule and, consequently, cannot provide a basis for admitting the evidence in this case.

72 In light of this conclusion, it is not strictly necessary to embark on any hearsay analysis to dispose of this appeal. However, I believe it is instructive to do so in the particular circumstances of this case

On se rend compte d'emblée que les circonstances entourant la *constitution* de la preuve, en l'espèce, soulèvent des questions concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Contrairement à la situation dans *Hawkins*, les déclarations de la conjointe dans la présente affaire ont été faites durant le mariage. Bien qu'il ne soit pas question ici de communications privilégiées faites durant le mariage et qu'un conjoint soit libre de parler à la police, je suis d'accord avec M. Couture pour dire que, sur le plan des principes, la prise d'une déclaration par la police *dans l'intention expresse de la faire admettre en preuve contre le conjoint du déclarant* soulève des problèmes concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ses fondements. En l'espèce, la déclaration obtenue par la police n'a pas été faite sous serment ni enregistrée sur bande vidéo, comme elle aurait dû l'être selon l'arrêt *B. (K.G.)* pour être produite en preuve. Néanmoins, comme je l'ai déjà mentionné, Darlene Couture a dit s'inquiéter sérieusement des répercussions de sa déclaration sur son mariage (voir par. 25). Si notre Cour statuait que les déclarations des conjoints peuvent être admises au procès à condition de satisfaire au seul critère du seuil de fiabilité, sans autre considération touchant l'inhabilité du conjoint à témoigner, je crois, à l'instar de M. Couture, que cette décision encouragerait la police à recueillir systématiquement des déclarations des conjoints dans l'intention expresse de les faire admettre en preuve au procès, ce qui serait très préjudiciable à l'harmonie conjugale. Contrairement au résultat voulu par les juges majoritaires dans *Hawkins*, cette pratique ouvrirait une brèche importante dans le choix politique du législateur de maintenir la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Pour ce motif, j'estime que ce seul facteur suffit pour distinguer la présente espèce de l'affaire *Hawkins*. L'application de la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire ferait en réalité échec à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne peut, par conséquent, justifier l'admission de la preuve en l'espèce.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas vraiment nécessaire d'examiner la question du ouï-dire pour trancher le pourvoi. Je crois néanmoins utile de le faire dans les circonstances

because, in my view, there is a second basis for distinguishing *Hawkins* which only becomes apparent after conducting the hearsay analysis. This second basis for distinguishing *Hawkins* is related to the other two factors identified by the Court of Appeal. As I will explain, unlike the situation in *Hawkins*, it is my view that the Crown cannot meet its onus on the reliability criterion by simply filing the hearsay statements without having to rely on the accused's ability to call his spouse as a witness at trial. Thus, the prospect of calling Darlene Couture at the accused's trial raises additional concerns about the spousal incompetency rule and its second rationale — preventing the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution. My conclusion on this second point can best be explained by reviewing the trial judge's application of the principled hearsay exception to the facts of this case, which I will do below. I also find it important to consider the trial judge's hearsay analysis because, unlike Rothstein J., it is my view that the trial judge committed reversible errors in her analysis.

3.4 *Principled Approach Applied to the Facts*

This Court has recently revisited the principled exception to the hearsay rule and its underlying rationale in *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57. I will follow the approach set out in that case.

The first question to be determined, of course, is whether the proposed evidence constitutes hearsay. There is no issue that Darlene Couture's statements to the police constitute hearsay. The Crown seeks to adduce the statements to prove the truth of their contents and there was no contemporaneous opportunity to cross-examine her at the time she gave the statements: see *Khelawon*, at paras. 35-41, for a discussion on the defining features of hearsay.

particulières de l'espèce parce que, selon moi, celle-ci doit être distinguée de l'affaire *Hawkins* à un deuxième égard, qui ne devient apparent qu'après examen de la question du ouï-dire. Le deuxième élément qui nous permet d'établir cette distinction est lié aux deux autres facteurs dégagés par la Cour d'appel. Comme je l'expliquerai plus loin, contrairement à la situation dans *Hawkins*, j'estime que le ministère public ne peut s'acquitter du fardeau de preuve que lui impose le critère de la fiabilité en déposant simplement les déclarations relatées sans avoir à recourir au droit de l'accusé de citer son conjoint comme témoin au procès. Ainsi, la perspective de faire témoigner Darlene Couture au procès de l'accusé soulève de nouveaux problèmes concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et son deuxième fondement, soit la volonté d'empêcher l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre elle. La meilleure façon d'expliquer ma conclusion sur ce deuxième point est d'examiner l'application par la juge du procès, aux faits de l'espèce, de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, ce que je ferai dans les paragraphes qui suivent. Je crois aussi important d'examiner le raisonnement de la juge du procès sur la question du ouï-dire parce que, contrairement au juge Rothstein, j'estime qu'il comporte des erreurs justifiant l'annulation de sa décision.

3.4 *Application de la méthode d'analyse raisonnée aux faits de l'espèce*

73 Notre Cour a réexaminé récemment l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire et son fondement dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57. Je suivrai la méthode décrite dans cet arrêt.

74 La première question qu'il faut trancher, évidemment, est de savoir si l'élément de preuve proposé constitue du ouï-dire. Personne ne conteste que les déclarations de Darlene Couture à la police constituent du ouï-dire. Le ministère public cherche à présenter les déclarations pour prouver la véracité de leur contenu, et il n'a pas été possible de la contre-interroger au moment précis où elle a fait les déclarations : voir *Khelawon*, aux par.

(I note that La Forest J., in brief concurring reasons in *Hawkins* expressed a reservation on whether the preliminary hearing evidence was hearsay at all.)

75 It is also clear that the principled exception applies only to hearsay evidence that would otherwise be admissible through the direct testimony of the declarant, had the declarant been available and competent to testify at trial: *B. (K.G.)*, at p. 784; *Hawkins*, at para. 69. There is no issue that if Darlene had been available and competent to testify at trial, she would have been able to offer the evidence through direct testimony. Although any direct testimony about David Couture's statements made to her would itself constitute hearsay, admissions from an accused fall within a well-recognized exception to the hearsay rule. Further, since Darlene is not a person in authority, no special burden is required.

76 As I suggested in *Khelawon* (at para. 57), putting one's mind to the defining features of hearsay at the outset serves to better focus the admissibility inquiry. The fact that the out-of-court statement is adduced for its *truth* should be considered in the context of the issues in the case so that the court may better assess the potential impact of introducing the evidence in its hearsay form. In this case, the statements consist of alleged confessions by the accused to the commission of two murders. The accused could potentially be convicted on the basis of that evidence alone.

77 Further, by putting one's mind, at the outset, to the second defining feature of hearsay — the absence of an opportunity for contemporaneous cross-examination of the declarant, the admissibility inquiry is focussed on the dangers of admitting the hearsay evidence. As discussed in *Khelawon*, the inability to test the evidence is the central concern underlying the hearsay rule. A trial judge is well placed to appreciate the extent to which this

35-41, pour une analyse des caractéristiques déterminantes du ouï-dire. (Je signale que, dans *Hawkins*, le juge La Forest, dans de brefs motifs concourants, a émis une réserve quant à savoir si la preuve recueillie à l'enquête préliminaire constituait vraiment du ouï-dire.)

Il est également clair que l'exception raisonnée ne vise que la preuve par ouï-dire qui serait par ailleurs admissible au moyen du témoignage direct du déclarant, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès : *B. (K.G.)*, p. 784; *Hawkins*, par. 69. Il ne fait aucun doute que si Darlene avait été disponible et habile à témoigner au procès, elle aurait pu présenter la preuve en témoignant de vive voix. Certes, tout témoignage direct de sa part sur les déclarations que lui a faites David Couture constituerait en soi du ouï-dire, mais les aveux d'un accusé relèvent d'une exception bien connue à la règle du ouï-dire. En outre, Darlene n'étant pas une personne en situation d'autorité, aucun fardeau particulier ne s'applique.

Comme je l'ai indiqué dans *Khelawon* (au par. 57), s'arrêter au départ aux caractéristiques déterminantes du ouï-dire permet de mieux orienter l'examen de l'admissibilité. Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour prouver la *véracité* de son contenu devrait être examiné dans le contexte des questions en litige afin que le tribunal puisse mieux évaluer l'effet potentiel de la présentation de la preuve sous forme de ouï-dire. En l'espèce, les déclarations consistent en des aveux que l'accusé aurait faits relativement à deux meurtres. L'accusé pourrait être déclaré coupable sur la seule foi de cette preuve.

En outre, si on s'arrête au départ à la seconde caractéristique déterminante du ouï-dire, soit l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait sa déclaration, on oriente l'examen de l'admissibilité sur les dangers d'admettre la preuve par ouï-dire. Comme nous l'avons vu dans *Khelawon*, l'impossibilité de vérifier la preuve est la préoccupation majeure qui sous-tend la règle du ouï-dire. Le juge du procès est bien placé pour

limitation is of concern in the particular case, and whether it can be sufficiently overcome.

Having determined that Darlene's statements constitute hearsay, the evidence is presumptively inadmissible, unless it falls within a recognized exception to the rule. The evidence does not fall under any of the traditional exceptions to the hearsay rule. It may nonetheless be admitted on a case-by-case basis if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*: *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15. The onus is on the person who seeks to adduce the evidence to establish these criteria on a balance of probabilities.

The criterion of necessity is intended to ensure that the evidence presented to the court be in the best available form, usually by calling the maker of the statement as a witness. There is no issue here that the Crown has established necessity because Darlene Couture is neither competent nor compellable to testify for the prosecution. If the evidence is to be adduced at all by the Crown, it can only be presented in its hearsay form. The hearsay admissibility inquiry in this case turns rather on the question of threshold reliability.

Since the central underlying concern about hearsay is the inability to test the truth and accuracy of the statement, the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this concern is sufficiently overcome to justify receiving the evidence regardless of this difficulty. As explained in *Khelawon*, the criterion of reliability is usually met either because of the way in which the statement came about, its contents are trustworthy, or where circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. These two ways of demonstrating sufficient reliability are not mutually exclusive and factors relevant to one can complement the other. I now turn to the trial judge's ruling on this question.

As I have stated earlier, the trial judge is well placed to assess the extent to which the hearsay

déterminer dans quelle mesure cette difficulté est préoccupante dans une affaire donnée, et si elle peut être suffisamment surmontée.

78 Par suite de la conclusion que les déclarations de Darlene constituent du ouï-dire, cette preuve est présumée inadmissible à moins qu'elle ne relève d'une exception reconnue à la règle. La preuve ne correspond à aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Elle peut néanmoins être admise au cas par cas si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire : *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15. Il incombe à la personne qui entend présenter la preuve d'établir qu'elle répond à ces critères selon la prépondérance des probabilités.

79 Le critère de la nécessité vise à garantir que la preuve soit présentée au tribunal sous la meilleure forme possible, habituellement par le témoignage de vive voix de l'auteur de la déclaration. Il n'est pas contesté en l'espèce que le ministère public a établi la nécessité parce que Darlene Couture n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. Le ministère public ne peut pas présenter cette preuve autrement que sous forme de ouï-dire. En l'espèce, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire dépend donc plutôt du critère du seuil de fiabilité.

80 Le principal problème que pose le ouï-dire étant l'impossibilité de vérifier la véracité et l'exactitude de la déclaration, l'exigence de fiabilité vise à discerner les cas où ce problème est suffisamment surmonté pour justifier malgré tout l'admission de la preuve. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Khelawon*, une déclaration répond habituellement au critère de la fiabilité si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent, en fin de compte, au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Ces deux façons d'établir la fiabilité suffisante ne sont pas mutuellement exclusives, et les facteurs pertinents à l'égard de l'une peuvent servir à compléter l'autre. J'examinerai maintenant la décision que la juge du procès a rendue sur cette question.

81 Comme je l'ai déjà dit, le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les

dangers are of concern in the particular case and whether they can be sufficiently overcome. Hence, the trial judge's ruling on admissibility is usually entitled to deference. However, in this case, it is my view that the trial judge's conclusion is based on erroneous principles of law. I repeat here for convenience, the gist of the trial judge's reasons for finding that the statement was sufficiently reliable:

> The circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability. There was no coercion, nor was there a preponderance of leading questions, or any investigatory misconduct on the part of the police in either statement. With regard to the first statement, Darlene Couture was driven to the police station by her friend and advisor, Mr. Van Cittert. Her statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational.
>
> . . .
>
> The statements themselves reveal Darlene Couture's deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly. The circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness. [Emphasis added; paras. 11 and 14.]

In addition, the trial judge found that Darlene Couture's statements were corroborated to some degree by the evidence of three witnesses who testified on the *voir dire*.

82 In my respectful view, the trial judge committed two reversible errors in her assessment of the statements' threshold reliability. I will deal first with the question of corroboration.

83 The trial judge erred in finding that the three witnesses upon whom she relied provided any corroborative evidence. Each witness testified, in varying degrees, about being told by Darlene that David Couture disclosed information to her about the murders. This does not in any way constitute

dangers associés au ouï-dire sont préoccupants dans une affaire donnée, et s'ils peuvent être suffisamment surmontés. C'est pourquoi il faut généralement faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès sur la question de l'admissibilité. En l'espèce, cependant, j'estime que la conclusion de la juge du procès est fondée sur des principes de droit erronés. Pour des raisons de commodité, je reproduis à nouveau l'essentiel des motifs qui ont amené la juge du procès à conclure que la déclaration était suffisamment fiable :

> [TRADUCTION] Les circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité. Il n'y a eu ni contrainte, ni prépondérance de questions suggestives, ni manquement de la part des policiers enquêteurs à l'occasion de l'une ou l'autre des déclarations. En ce qui concerne la première déclaration, Darlene Couture a été conduite au poste de police par son ami et conseiller, M. Van Cittert. Elle a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation.
>
> . . .
>
> Les déclarations elles-mêmes révèlent l'inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l'accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle semblait accorder une grande valeur. Les circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge. [Je souligne; par. 11 et 14.]

De plus, la juge du procès a conclu que les déclarations de Darlene Couture étaient corroborées dans une certaine mesure par les dépositions de trois témoins au voir-dire.

À mon humble avis, la juge du procès a commis, dans son appréciation du seuil de fiabilité des déclarations, deux erreurs qui justifient l'annulation de sa décision. J'examinerai en premier lieu la question de la corroboration.

La juge du procès a eu tort de conclure que les trois témoins en cause ont fourni une preuve corroborante. Chacun d'eux a témoigné, à divers degrés, s'être fait dire par Darlene que David Couture lui avait révélé des renseignements sur les meurtres. Il ne s'agit absolument pas de corroboration. Une

corroboration. Independent evidence that supports the truth of an assertion is corroborative. The fact that Darlene may have disclosed similar information to others is neither independent nor supportive of the truth of her assertions about David Couture's involvement in the murders. My colleague agrees that "this evidence does not provide independent corroboration of the substance of the evidence that Darlene was providing — i.e., that Mr. Couture was responsible for the murders" (para. 127). He finds, however, that evidence showing that Darlene may have made statements about the murders before her estrangement from her husband had the important function of showing that Darlene had no motive to lie at the time of giving the statements (para. 128). The trial judge in her reasons did not expressly relate this evidence to the question of motive but I take no issue with the logic of the proposition advanced by my colleague. Darlene's statements to other people, depending on the circumstances in which they were made, could be relevant to the question of motive. The fact remains that Mr. Couture stands to be convicted on the substance of Darlene's statements about his commission of the two murders, not on the presence or absence of the declarant's motive.

This Court clarified in *Khelawon* that corroboration can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. Indeed, corroboration can be powerful to substantiate the trustworthiness of a statement. Recall the semen stain in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. For example here, Darlene told the police that Mr. Couture had admitted to sexually assaulting both victims after their death. There was no forensic evidence of this nature on the *voir dire* or at trial. However, assuming that there had been evidence that the victims had indeed been sexually assaulted, and that this evidence was not likely to have been known by anyone other than the investigators and the perpetrator at the time of the statement, this corroborative evidence would lend much cogency to the statement. However here, the evidence erroneously relied upon by the trial judge as corroborative is of

preuve indépendante qui atteste la véracité d'une affirmation est une preuve corroborante. Le fait que Darlene ait pu révéler des renseignements semblables à d'autres personnes ne constitue pas une preuve indépendante et n'atteste pas la véracité de ses affirmations concernant l'implication de David Couture dans les meurtres. Mon collègue est aussi d'avis que « ces témoignages n'offrent aucune corroboration indépendante du contenu de la preuve fournie par Darlene — c.-à-d. que M. Couture était responsable des meurtres » (par. 127). Il conclut néanmoins que la preuve démontrant que Darlene pouvait avoir fait des déclarations au sujet des meurtres avant de se séparer de son mari était importante parce qu'elle indiquait que Darlene n'avait aucune raison de mentir au moment où elle a fait ses déclarations (par. 128). Dans ses motifs, la juge du procès n'a pas expressément relié cette preuve à la raison d'agir de Darlene, mais je ne conteste pas la logique de la thèse avancée par mon collègue. Les déclarations que Darlene a pu faire à d'autres personnes, selon les circonstances dans lesquelles elles les a faites, pourraient être pertinentes quant à sa raison d'agir. Il reste que M. Couture risque d'être condamné sur la base du contenu des déclarations de Darlene, selon lesquelles il serait l'auteur des deux meurtres, et non sur la base de l'existence ou de l'inexistence d'une raison d'agir particulière de la déclarante.

84 Dans *Khelawon*, notre Cour a précisé que la corroboration peut être prise en compte pour apprécier le seuil de fiabilité d'une déclaration. En fait, la corroboration peut constituer un puissant outil de confirmation de la véracité d'une déclaration. Rappelons-nous la tache de sperme dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. En l'espèce, par exemple, Darlene a dit à la police que M. Couture avait admis avoir agressé sexuellement les deux victimes après leur décès. Aucun élément de preuve criminalistique n'a été produit à cet égard lors du voir-dire ou au procès. Cependant, si une preuve que les victimes ont bel et bien été agressées sexuellement avait existé, et s'il avait été improbable que quelqu'un d'autre que les enquêteurs et l'auteur de l'infraction connaissent cette preuve au moment de la déclaration, cette preuve corroborante donnerait beaucoup de force probante à la déclaration.

no assistance in assessing the inherent trustworthiness of Darlene's statements.

85 Second, the trial judge did not apply the correct test. As discussed earlier, the trial judge must start from the premise that the statements are presumptively *inadmissible* and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. The trial judge reversed the onus. She started her analysis with the statement that "[t]he circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability" and ended it by concluding that "[t]he circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness" (paras. 11 and 14 (emphasis added)). Had the trial judge pointed to circumstances that did indeed make Darlene Couture's statements stand out as particularly cogent, I would conclude that the two bookends to her analysis only amounted to an unfortunate choice of language. But in reading her reasons as a whole, I can only conclude that she effectively reversed the onus.

86 In addition, as I have explained, the trial judge erred by failing to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales. In light of these errors, the trial judge's ruling is not entitled to deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the question of admissibility.

87 Although there are no hard and fast rules about the manner of conducting the hearsay admissibility inquiry, there are good reasons to look first at whether there are adequate substitutes for testing the evidence. The presence or absence of adequate substitutes is usually more easily ascertainable. Further, whenever the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient

En l'espèce, cependant, la preuve que la juge du procès a considéré à tort comme corroborante n'est d'aucune utilité pour apprécier la fiabilité inhérente des déclarations de Darlene.

En deuxième lieu, la juge du procès n'a pas appliqué le bon critère. Comme nous l'avons vu, le juge du procès doit, au départ, considérer que les déclarations sont présumées *inadmissibles*, puis se mettre à la recherche d'indices de fiabilité permettant de surmonter la règle de l'exclusion générale. La juge du procès a inversé le fardeau de la preuve. Elle a affirmé, en commençant son analyse, que [TRADUCTION] « [l]es circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité » puis, en terminant, que [TRADUCTION] « [l]es circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge » (par. 11 et 14 (je souligne)). Si la juge du procès avait mis en relief des circonstances démontrant effectivement que les déclarations de Darlene Couture sont particulièrement convaincantes, je conclurais que le début et la fin de son analyse dénotent simplement un mauvais choix de mots. Mais à la lecture de l'ensemble de ses motifs, je ne peux que conclure qu'elle a effectivement inversé le fardeau de la preuve.

En outre, comme je l'ai expliqué, la juge du procès a commis une erreur en omettant de se demander si l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Compte tenu de ces erreurs, il n'y a pas lieu de faire montre de retenue à l'égard de la décision de la juge du procès, et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la question de l'admissibilité.

Même s'il n'existe pas de règle simple et rigide sur la façon de décider de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, il existe de bonnes raisons de déterminer en premier lieu s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'existence ou l'absence de tels moyens est généralement assez facile à établir. De plus, lorsqu'il est satisfait à l'exigence de la fiabilité parce que le juge des faits dispose de

basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact. Recall the facts in *Hawkins* where the witness had given contradictory versions under oath. There was certainly no basis to admit the hearsay evidence on the ground that it was inherently trustworthy. The evidence was admitted on the sole basis that there were ample substitutes for testing the evidence: it was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. The Court therefore did not engage in any threshold assessment of the trustworthiness of the preliminary hearing testimony itself.

suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de s'enquérir davantage de la véracité probable de la déclaration. Cette tâche revient en fin de compte entièrement au juge des faits. Rappelons les faits dans *Hawkins*, où le témoin avait donné des versions contradictoires sous serment. Il ne fait aucun doute que rien ne permettait d'admettre la preuve par ouï-dire au motif qu'elle était fiable en soi. La preuve a été admise pour le seul motif qu'il existait d'autres moyens largement suffisants de la vérifier : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment même, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. La Cour n'a donc pas procédé à une appréciation préliminaire de la fiabilité du témoignage même recueilli à l'enquête préliminaire.

The usual hearsay dangers and the rationale for requiring that they be sufficiently overcome have been discussed at length by this Courts' in previous cases, most recently in *Khelawon* and there is no need to repeat the discussion here. Suffice it to recall that the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination. On the admissibility inquiry, the search is for adequate substitutes that give the trier of fact a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, thereby warranting its admission.

88 Dans ses arrêts antérieurs, et tout récemment dans *Khelawon*, notre Cour a analysé en détail les dangers généralement associés au ouï-dire et la raison pour laquelle on exige qu'ils soient suffisamment surmontés; il n'est donc pas nécessaire de reprendre cette analyse en l'espèce. Il suffit de rappeler que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve consiste à faire témoigner directement le déclarant sous serment et à le contre-interroger au moment même de sa déposition. Lors de l'examen de l'admissibilité d'une déclaration, il s'agit d'établir l'existence d'autres moyens adéquats permettant au juge des faits d'en apprécier la véracité et l'exactitude, pour en justifier l'admission.

In this case, neither statement was given under oath. Nor were the statements given in circumstances that could arguably be akin to the taking of an oath where the importance of telling the truth and the consequences of making a false statement were properly emphasized to Darlene Couture. There was certainly evidence that she felt morally bound to disclose to the police what David Couture had told her when he was in prison. However, her conscience did not appear to bind her to the same extent by the time she gave her second statement to

89 En l'espèce, aucune des déclarations n'a été faite sous serment. Les déclarations n'ont pas non plus été faites dans des circonstances qui pourraient être considérées comme s'apparentant à une prestation de serment dans le cadre de laquelle on aurait dûment signalé à Darlene Couture l'importance de dire la vérité et les conséquences d'une fausse déclaration. Certes, la preuve indique qu'elle s'est sentie moralement tenue de révéler à la police ce que David Couture lui avait dit lorsqu'il était incarcéré, mais elle ne semble pas s'être sentie aussi liée

the police when she was focussed rather on reuniting with her estranged husband.

90 The pivotal statement — the first one given to Sgt. Mogridge that contains the alleged confessions — was not videotaped. The audiotape assists in ascertaining the accuracy of the recording but there is limited opportunity to observe the declarant as she is making her statement. The second statement was videotaped and would provide the trier of fact with a better basis for assessing the evidence, but Darlene does not repeat the crucial evidence in the second statement.

91 Absent the opportunity to cross-examine Darlene Couture, it is my view that there is no basis upon which a court could find in this case that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of Darlene Couture's statements. The Crown, however, submits that there *is* an opportunity to cross-examine the witness in this case. Darlene Couture is available and the accused has the unique opportunity to call her as his witness. In all likelihood, given the adversity of interest, he could also obtain leave from the trial judge to cross-examine her. Assuming that Darlene, if unwilling to testify, would also be compellable by the defence, the Crown is correct in this contention. In addition, the Crown could also cross-examine the witness if she were called by the defence.

92 In the usual case, the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes. See, for example, *B. (K.G.)* and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764. The fact that the accused had an opportunity to cross-examine the declarant at the preliminary hearing was also a crucial factor in the Court's decision to admit the evidence under the principled approach in *Hawkins*. Therefore, on the hearsay analysis, it is at least arguable that the reliability requirement has also been met here. However, the Court must ask itself if the admissibility of the evidence on that basis would undermine the spousal incompetency rule.

par sa conscience lors de sa deuxième déclaration à la police, à un moment où elle se préoccupait plutôt de se réconcilier avec son mari.

La déclaration essentielle — la première, qui a été recueillie par le sergent Mogridge et qui contient les aveux allégués — n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. La bande audio est utile en ce qu'elle garantit l'exactitude de l'enregistrement, mais n'offre guère la possibilité d'observer la déclarante au moment de sa déclaration. La deuxième déclaration a été enregistrée sur bande vidéo et permettrait au juge des faits de mieux apprécier la preuve, mais Darlene n'y répète pas les éléments cruciaux de sa déposition.

Vu l'impossibilité de contre-interroger Darlene Couture, j'estime que rien ne permettrait à un tribunal de conclure, en l'espèce, à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. Le ministère public soutient néanmoins qu'il *existe* une possibilité de contre-interroger le témoin. Darlene Couture est disponible et l'accusé a l'avantage unique de pouvoir la citer comme témoin. Étant donné leurs intérêts opposés, il pourrait également, selon toute vraisemblance, obtenir du juge du procès l'autorisation de la contre-interroger. En tenant pour acquis que la défense pourrait aussi, en cas de refus, la contraindre à témoigner, le ministère public a raison sur ce point. De plus, la poursuite pourrait aussi la contre-interroger si elle était assignée par la défense.

Habituellement, la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé contribue grandement à satisfaire à l'exigence d'autres moyens adéquats. Voir, par exemple, les arrêts *B. (K.G.)* et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764. Le fait que l'accusé a eu la possibilité de contre-interroger le déclarant à l'enquête préliminaire a également constitué, dans *Hawkins*, un élément crucial de la décision de la Cour d'admettre la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée. En ce qui concerne le ouï-dire, on peut donc à tout le moins soutenir que la déclaration en l'espèce répond aussi au critère de la fiabilité. Néanmoins, la Cour doit se demander si l'admission de la preuve sur ce fondement porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

3.5 *Spousal Incompetency*

It is on the spousal incompetency analysis, in my view, that this case must be distinguished from *Hawkins*. In that case, the testimony had been given and cross-examination had taken place *before the marriage* — hence the simple filing of the transcript at trial gave rise to no concern about spousal incompetency. The situation is different here. The prospect of Darlene Couture testifying at trial raises different concerns on the question of whether the admission of the evidence would run afoul of the spousal incompetency rule and its underlying rationales.

There is no question that a spouse is competent, and presumably compellable, to testify for the defence and hence, in and of itself, the fact that an accused calls his spouse as a witness does not violate the spousal incompetency rule. However, here, the *Crown* bears the onus of showing that there are adequate substitutes for testing the hearsay evidence or that the evidence is otherwise sufficiently reliable. In my view, because of the exigencies of the spousal incompetency rule, it is not open to the Crown to rely on the *accused's* ability to cross-examine his spouse as his own witness in order to meet its burden on the admissibility inquiry. The accused, in order to properly test the evidence put against him, would be forced to call his spouse as his witness, confront her in cross-examination, and ultimately also risk being convicted on the basis of her evidence. This approach would clearly undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule and therefore cannot be countenanced by this Court.

Further, far from being exceptional, this approach would be of broad application and would virtually abolish the rule. *B. (K.G.)* statements (under oath and videotaped) could be routinely taken by the police and, in any case where the spouse is physically available, the Crown would be able to invoke the accused's ability to call the spouse at his or her trial to meet its onus on the admissibility inquiry. Since the opportunity to cross-examine is the most powerful factor favouring admissibility, the

3.5 *Inhabilité du conjoint à témoigner*

93 À mon avis, c'est dans le cadre de l'analyse de cette règle que la présente espèce doit être distinguée de l'affaire *Hawkins*. Dans *Hawkins*, le témoignage avait été donné et le contre-interrogatoire mené *avant le mariage* — le simple dépôt de la transcription ne soulevait donc pas la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner. La situation est différente en l'espèce. La perspective du témoignage de Darlene Couture au procès soulève plusieurs questions quant à savoir si l'admission de la preuve irait à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et de ses fondements.

94 Il est indubitable que le conjoint est habile à témoigner, et vraisemblablement contraignable, pour la défense; le fait que l'accusé cite son conjoint comme témoin ne viole donc pas, en soi, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. En l'espèce, cependant, il incombe au *ministère public* d'établir qu'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve par ouï-dire ou qu'elle est par ailleurs suffisamment fiable. À mon avis, en raison des exigences de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, le ministère public ne peut, pour s'acquitter de son fardeau d'établir l'admissibilité, s'appuyer sur le droit de l'*accusé* de contre-interroger son conjoint comme son propre témoin. Pour vérifier convenablement la preuve déposée contre lui, l'accusé se verrait obligé de citer son conjoint comme témoin, puis de le confronter en contre-interrogatoire, pour finalement risquer d'être déclaré coupable sur la foi de son témoignage. Cette façon de procéder irait manifestement à l'encontre des fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne saurait être admise par notre Cour.

95 En outre, cette façon de procéder, loin d'être exceptionnelle, recevrait une application large et abolirait pratiquement la règle. La police pourrait recueillir systématiquement des déclarations conformes à l'arrêt *B. (K.G.)* (faites sous serment et enregistrées sur bande vidéo) et, dans les cas où le conjoint est disponible physiquement, le ministère public serait en mesure d'invoquer le droit de l'accusé de faire comparaître son conjoint comme témoin à son procès pour s'acquitter du fardeau

admissibility of the evidence would likely become the rule rather than the exception.

96 I therefore conclude on this basis as well that the operation of the principled approach to hearsay would undermine the spousal incompetency rule.

97 Rothstein J. shares my view that "it is not open to the Crown to rely on the accused's exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability" (para. 133). However, because he nonetheless concludes that the evidence was sufficiently reliable to warrant admission, I will say a few words on the question whether the hearsay statements are themselves sufficiently trustworthy to overcome the hearsay dangers without relying on the accused's ability to call his spouse as a witness.

3.6 *Trustworthiness of the Contents of the Statements*

98 When there is no real concern about a statement's truth and accuracy because of the circumstances in which it came about, there is no good reason why it should not be considered by the trier of fact, regardless of its hearsay form.

99 In some cases, the trustworthiness of the statement itself may be combined with the presence of adequate substitutes for testing it to meet the criterion of reliability. Recall *U. (F.J.)* where the striking similarities between the complainant's statement and the independent statement made by the accused were so compelling that the only likely explanation was that they were both telling the truth. In addition, the complainant was available to be cross-examined. Here, however, in assessing the statements' trustworthiness under this branch of the reliability test, it is important to keep in mind that the evidence, if admitted, will go largely untested. Because there are no adequate substitutes

qui lui incombe d'établir l'admissibilité. La possibilité de contre-interroger étant le facteur le plus concluant pour démontrer l'admissibilité, l'admissibilité de la preuve deviendrait vraisemblablement la règle plutôt que l'exception.

Je conclus donc, sur ce fondement également, que l'application de la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

Le juge Rothstein est d'accord avec moi pour dire que « le ministère public ne peut s'appuyer sur le droit exclusif de l'accusé de citer son conjoint comme témoin pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'établir le seuil de fiabilité » (par. 133). Cependant, puisqu'il conclut néanmoins que la preuve était suffisamment fiable pour en justifier l'admission, je dirai quelques mots sur la question de savoir si les déclarations relatées elles-mêmes sont suffisamment fiables pour surmonter les dangers associés au ouï-dire sans qu'il soit nécessaire de recourir au droit de l'accusé de citer son conjoint comme témoin.

3.6 *Fiabilité du contenu des déclarations*

Lorsqu'il n'y a pas vraiment lieu de s'interroger sur la véracité et l'exactitude d'une déclaration, en raison des circonstances dans lesquelles elle a été faite, rien ne devrait empêcher le juge des faits de la prendre en compte, même sous forme de ouï-dire.

Dans certains cas, la fiabilité de la déclaration elle-même peut s'accompagner d'autres moyens adéquats de vérifier si elle satisfait au critère de la fiabilité. Rappelons l'affaire *U. (F.J.)*, où les similitudes entre la déclaration de la plaignante et la déclaration indépendante de l'accusé étaient si frappantes que la seule explication possible était qu'ils disaient tous deux la vérité. La plaignante était en outre disponible pour être contre-interrogée. En l'espèce, cependant, pour apprécier les déclarations suivant ce volet du critère de la fiabilité, il est important de garder à l'esprit que la preuve, une fois admise, ne pourra en grande partie être vérifiée. Vu les faits qui démontrent l'absence d'autres moyens

for testing the evidence on the facts of this case, there must be some compelling feature about the statement that commands sufficient trust in its truth and accuracy to warrant its admission regardless. Wigmore explains it well in these words:

> There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a skeptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance) in a high degree of probability, it would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured. [Emphasis added.]

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, at §1420, p. 252)

Hence, what must be shown is a certain cogency about the statements that removes any real concern about their truth and accuracy. The only circumstances the trial judge points to in support of her conclusion that the statements were sufficiently reliable are the following: "no coercion", no "preponderance of leading questions", no "investigatory misconduct on the part of the police", and no "motive to lie". In addition, she places some reliance on the facts that the "statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational".

With respect, I see nothing in these circumstances that makes either one of Darlene Couture's statements such that "even a skeptical caution would look upon it as trustworthy" (emphasis added). The circumstances identified by the trial judge, while relevant, in essence simply point to an absence of factors that, if present, would detract from an otherwise trustworthy statement. While the contents of the statements — an alleged disclosure of a suspect's confession to two murders — are unusual, there is nothing about the statements themselves that compels one to trust their truth and accuracy in this untested form. To the contrary, there is good reason to exercise particular caution — the

adéquats de vérifier la preuve en l'espèce, la déclaration doit présenter des caractéristiques convaincantes qui font suffisamment croire à sa véracité et à son exactitude pour justifier son admission malgré tout. Wigmore l'explique bien en ces termes :

> [TRADUCTION] Dans beaucoup de situations, on peut facilement constater qu'une telle mise à l'épreuve requise [c.-à-d. le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont déjà été atteints en grande partie. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même une personne sceptique agissant prudemment la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait pédant d'insister sur une mise à l'épreuve dont l'objet principal est déjà atteint. [Je souligne.]

(*Wigmore on Evidence* (rév. Chadbourn 1974), vol. 5, §1420, p. 252)

100 Donc, ce qu'il faut établir, c'est une certaine force probante des déclarations permettant d'écarter tout doute réel quant à leur véracité et à leur exactitude. Les seules circonstances que la juge du procès a invoquées à l'appui de sa conclusion que les déclarations étaient suffisamment fiables étaient qu'il n'y avait eu [TRADUCTION] « ni contrainte », « ni prépondérance de questions suggestives », « ni manquement de la part des policiers enquêteurs », et « aucune raison de mentir ». Elle a en outre accordé une certaine importance aux faits que [TRADUCTION] « [Darlene] a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et [que] son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation ».

101 En toute déférence, je ne vois rien dans ces circonstances qui fasse de l'une ou l'autre des déclarations de Darlene Couture une déclaration que [TRADUCTION] « même une personne sceptique agissant prudemment [. . .] considérerait comme [. . .] fiable » (je souligne). Les circonstances soulignées par la juge du procès, quoique pertinentes, révèlent simplement une absence de facteurs qui, s'ils étaient présents, diminueraient la valeur d'une déclaration par ailleurs fiable. S'il est vrai que le contenu des déclarations — la divulgation de l'aveu qu'un suspect aurait fait relativement à deux meurtres — est inhabituel, aucun élément relatif aux déclarations elles-mêmes ne porte à

declarant was an estranged spouse of the suspect recounting events from years previous. I explained earlier that the principled exception to the hearsay rule is not intended to supplant all other rules of evidence. Nor is it intended to provide a substitute for the usual rigours of the criminal trial process.

croire irrésistiblement à leur véracité et à leur exactitude sous cette forme non vérifiée. Au contraire, il existe une bonne raison de faire montre de beaucoup de prudence : la déclarante était la conjointe séparée du suspect, qui relatait des événements survenus des années auparavant. J'ai déjà expliqué que l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire n'est pas censée l'emporter sur toutes les autres règles de preuve. Pas plus qu'elle n'est censée suppléer à la rigueur habituelle des procès criminels.

4. Disposition

4. Dispositif

102 For these reasons, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance commandant la tenue d'un nouveau procès.

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

Version française des motifs des juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein rendus par

103 ROTHSTEIN J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Charron. However, I find myself unable to agree with her.

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Charron. Il m'est toutefois impossible d'y souscrire.

104 This appeal raises the question of the impact of the spousal incompetence rule on the principled approach to the admission of hearsay evidence. This Court, by a majority in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, resolved this issue by finding that the rule does not affect the necessity and reliability assessment but can be considered as a part of a trial judge's residual discretion to exclude hearsay where he or she finds that to admit a spouse's statements would result in "unfairness" to the accused. With respect, I do not think that Charron J. merely departs from that principle in her reasons. In my view, she is overturning *Hawkins* completely without a compelling reason to do so. In addition, her reasons are also a departure from this Court's previous rulings regarding what gives hearsay evidence circumstantial indicia of reliability that would allow it to be admitted under the principled approach to hearsay.

Le pourvoi concerne l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, notre Cour a tranché la question en concluant, à la majorité, que cette règle n'a aucun effet sur l'appréciation de la nécessité et de la fiabilité, mais peut être considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure une preuve par ouï-dire, lorsqu'il estime que l'admission des déclarations du conjoint entraînerait une « iniquité » envers l'accusé. En toute déférence, je ne pense pas que la juge Charron s'écarte simplement de ce principe dans ses motifs. À mon avis, elle fait table rase de l'arrêt *Hawkins* sans avoir de raisons impérieuses de le faire. De plus, ses motifs s'écartent des précédents de notre Cour sur les éléments qui confèrent à la preuve par ouï-dire la fiabilité circonstancielle voulue pour qu'elle soit admise suivant la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire.

I. Analysis

I agree with Charron J.'s overview of the law respecting spousal testimony in paras. 37-48. It is on the issue of the effect that the spousal incompetence rule has on the assessment of the admissibility of hearsay evidence that we disagree. I believe that *Hawkins* is clear that the underlying rationale of the spousal testimonial incompetence rule is only relevant at the residual discretion stage of the hearsay analysis. In my view, Charron J.'s reasons, on the other hand, effectively endorse the dissent in *Hawkins*.

In the present case, Darlene Couture's valid and subsisting marriage to the accused made her incompetent to testify for the Crown. The Crown nevertheless sought to have Darlene's prior statements to the police admitted at trial under the principled approach to hearsay. The trial judge and both counsel appear to have proceeded on the — correct, in my view — assumption that the judgment of this Court in *Hawkins* determined the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse who is neither competent nor compellable. After a *voir dire*, the trial judge found the statements to be both necessary and reliable and admitted them: [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988.

The Court of Appeal disagreed with the trial judge's ruling and found that Darlene's statements to the police were not admissible. A new trial was ordered: (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205. Southin J.A., writing for a unanimous court, expressed her preference for the dissenting reasons in *Hawkins* at para. 13: "It may be thought presumptuous of me to say so, but I have always thought that the dissenting judgment of Major J., concurred in by McLachlin J. (as she then was), and the late Sopinka J., was persuasive." Southin J.A. went on to list three reasons to justify why the

I. Analyse

Je suis d'accord avec la juge Charron sur l'aperçu qu'elle donne du droit applicable en ce qui concerne le témoignage du conjoint, aux par. 37 à 48. C'est concernant l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire que nous divergeons d'opinion. Selon moi, l'arrêt *Hawkins* établit clairement que le fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'est pertinent qu'à l'étape de l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge des faits dans le cadre de son appréciation de la preuve par ouï-dire. La juge Charron semble, au contraire, adhérer à l'opinion dissidente exprimée dans *Hawkins*. 105

En l'espèce, Darlene Couture était inhabile à témoigner pour le ministère public, parce qu'elle était toujours mariée à l'accusé et que leur mariage était valide. La poursuite a néanmoins tenté de faire admettre en preuve au procès les déclarations antérieures de Darlene à la police à titre d'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. La juge du procès et les avocats des deux parties semblent avoir tenu pour acquis — à juste titre, selon moi — que l'arrêt *Hawkins* de notre Cour a établi les principes applicables lorsque l'objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint qui n'est ni habile à témoigner ni contraignable. À l'issue d'un voir-dire, la juge du procès a conclu que les déclarations étaient nécessaires et fiables, et elle les a admises en preuve : [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988. 106

La Cour d'appel ne partageait pas l'opinion de la juge du procès et a conclu que les déclarations de Darlene à la police n'étaient pas admissibles. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205. S'exprimant au nom d'une cour unanime, la juge Southin a dit préférer les motifs dissidents exposés dans *Hawkins* (par. 13) : [TRADUCTION] « Cela peut paraître présomptueux de ma part, mais j'ai toujours pensé que les motifs dissidents du juge Major, auxquels ont souscrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le regretté juge 107

case before her warranted a different result from *Hawkins*:

(1) the hearsay admitted in *Hawkins* was a transcript of evidence given under oath;

(2) the witness had been cross-examined; and,

(3) the marriage took place after the evidence was given.

108 For the reasons I will explain, my view is that none of these features (the first two relating to reliability and the last relating to "preservation of marital harmony" considerations) distinguish the present appeal from *Hawkins* so as to preclude the admission of the hearsay statements.

109 In *Hawkins*, six judges of this Court agreed that spousal testimonial incompetence does not preclude the admission of hearsay evidence. The only point of disagreement among the six judges in the majority was related to the trial judge's residual discretion to exclude the spouse's hearsay statements on the basis that to admit them would cause some "unfairness" to the accused by undermining his or her marital harmony.

110 Three judges dissented in *Hawkins*. Writing for himself, McLachlin J. and Sopinka J., Major J. was of the view that the spousal incompetence rule precluded the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife. According to him, given that the policy behind the common law rule is designed to prevent spouses from having to provide evidence against each other, it should not be confined solely to testimony at trial; rather it should effectively bar one spouse from helping to convict the other, regardless of how that evidence is provided.

111 Despite the diverging opinions amongst the majority in *Hawkins* regarding the impact of the spousal incompetence rule on a judge's residual

Sopinka, étaient convaincants. » Elle a ensuite énuméré trois raisons pour lesquelles l'affaire commandait un résultat différent de celui obtenu dans *Hawkins* :

(1) la preuve par ouï-dire admise dans *Hawkins* était la transcription d'un témoignage fait sous serment;

(2) le témoin avait été contre-interrogé;

(3) le mariage a été contracté après le témoignage.

Pour les motifs que j'exposerai plus loin, j'estime qu'aucune de ces particularités (les deux premières ayant trait à la fiabilité, et la dernière, à la « préservation de l'harmonie conjugale ») ne distingue le présent pourvoi de l'affaire *Hawkins* au point d'empêcher l'admission des déclarations relatées.

Dans *Hawkins*, six juges de notre Cour ont convenu que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'empêche pas l'admission d'une preuve par ouï-dire. Le seul point de désaccord entre les six juges majoritaires concernait le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure les déclarations relatées du conjoint pour le motif que leur admission entraînerait une « iniquité » envers l'accusé en mettant son harmonie conjugale en péril.

Trois juges étaient dissidents dans *Hawkins*. S'exprimant en son propre nom et au nom de la juge McLachlin et du juge Sopinka, le juge Major s'est dit d'avis que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner interdisait dans tous les cas au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire émanant d'un conjoint. Selon lui, puisque le principe à la base de la règle de common law est d'empêcher les conjoints de témoigner l'un contre l'autre, cette règle ne devrait pas s'appliquer uniquement au témoignage au procès, mais devrait, en fait, empêcher qu'un conjoint contribue à faire déclarer l'autre coupable, quelle que soit la façon dont la preuve est présentée.

Malgré les opinions divergentes qu'ils ont exprimées dans cette affaire quant à l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur

discretion, all six judges of this Court held in that case that, as a matter of principle, pre-trial spousal statements are admissible under the principled approach to hearsay despite testimonial incompetence at the time of trial so long as certain requirements are met, each of which I discuss below.

A. *Necessity*

Under this Court's principled framework, hearsay evidence like Darlene's statements to the police in the present case is admissible if it meets the dual requirements of necessity and reliability. With regard to the first of the two criteria, the evidence will be "necessary" in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 796. Both Charron J. and I agree that the Crown has established necessity because Darlene is neither competent nor compellable to testify for the prosecution.

B. *Reliability*

(1) The Two Methods of Assessing Reliability

The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness: *Hawkins*, at para. 74; *B. (K.G.)*, at p. 787. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay.

In *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, at paras. 61-64, this Court noted that the threshold reliability requirement will generally be met by showing (1) that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about or (2) that there is no real concern about whether the statement is true or not because there are substitutes for the safeguards that courts have traditionally relied upon to determine the truth or falsity of evidence,

le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge, les six juges majoritaires ont tous conclu que les déclarations faites par le conjoint avant le procès sont, en principe, admissibles suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire, malgré l'inhabilité du conjoint à témoigner au moment du procès, à condition de satisfaire à certaines exigences, que j'analyserai une à une.

A. *La nécessité*

112 Selon le cadre d'analyse raisonnée établi par notre Cour, une preuve par ouï-dire, telles les déclarations que Darlene a faites à la police, est admissible si elle satisfait aux deux critères de la nécessité et de la fiabilité. En ce qui concerne le premier critère, la déclaration est « nécessaire » lorsque son auteur n'est pas disponible pour témoigner au procès et qu'une preuve de qualité similaire ne peut être obtenue d'une autre source : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 796. La juge Charron et moi sommes d'accord pour dire que le ministère public a établi la nécessité parce que Darlene n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant.

B. *La fiabilité*

(1) Les deux méthodes d'appréciation de la fiabilité

113 L'exigence de fiabilité est remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa véracité : *Hawkins*, par. 74; *B. (K.G.)*, p. 787. Ces circonstances doivent, en particulier, neutraliser les dangers traditionnellement associés à la preuve par ouï-dire.

114 Dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57, par. 61-64, la Cour a indiqué qu'il est généralement possible de satisfaire à l'exigence du seuil de fiabilité en démontrant (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite, ou (2) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu l'existence de substituts aux garanties traditionnelles auxquelles se fient les

such as contemporaneous cross-examination, the oath and the ability to observe the declarant's demeanour at the time the statement was made. See also *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.), at para. 24.

115 In assessing whether Darlene's statements were reliable, my colleague appears to focus much attention on the latter of the two ways. She emphasizes in her reasons that in *Hawkins*, unlike the present appeal, the hearsay evidence was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. Charron J. notes at para. 92, for example, that the fact that the accused had an opportunity to cross-examine the declarant at the preliminary hearing was a "crucial" factor in the Court's decision to admit the hearsay evidence in *Hawkins*. At para. 91, she says, "Absent the opportunity to cross-examine Darlene Couture, it is my view that there is no basis upon which a court could find in this case that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of Darlene Couture's statements." (Emphasis added.) In my opinion, this approach (as well as that of the Court of Appeal) overemphasizes the need for an oath and contemporaneous cross-examination in hearsay exception cases involving incompetent spouses, if not in general.

116 While the importance of an oath and cross-examination cannot be disputed, their availability is by no means the *sine qua non* of admissibility under the principled approach to hearsay. *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, are both examples of cases where the hearsay statements were not made under oath and were not subject to cross-examination but were nevertheless found to meet the threshold reliability under the first method described in *Khelawon*. In other words, the hearsay evidence was made under circumstances which substantially negate

tribunaux pour vérifier la véracité ou la fausseté de la preuve, comme le contre-interrogatoire effectué au moment même de la déclaration, le serment et la possibilité d'observer le comportement du déclarant au moment de la déclaration. Voir également *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.), par. 24.

Pour apprécier la fiabilité des déclarations de Darlene, la juge Charron semble centrer son attention sur la dernière des deux méthodes. Dans ses motifs, elle souligne que, dans *Hawkins*, contrairement à ce qui est le cas ici, le témoignage constituant du ouï-dire avait été fait sous serment et accompagné d'un contre-interrogatoire au moment même de la déclaration, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. Au paragraphe 92, par exemple, la juge Charron mentionne que, dans *Hawkins*, le fait que l'accusé a eu la possibilité de contre-interroger le déclarant à l'enquête préliminaire a constitué un élément « crucial » de la décision de la Cour d'admettre la preuve par ouï-dire. Au paragraphe 91, elle affirme : « Vu l'impossibilité de contre-interroger Darlene Couture, j'estime que rien ne permettrait à un tribunal de conclure, en l'espèce, à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. » (Je souligne.) À mon avis, ce raisonnement (à l'instar de celui de la Cour d'appel) insiste trop sur la nécessité du serment et de la contemporanéité du contre-interrogatoire dans les cas d'exception à la règle du ouï-dire mettant en cause des conjoints inhabiles à témoigner, voire en général.

Bien que l'importance du serment et du contre-interrogatoire soit incontestable, ces éléments ne constituent absolument pas des conditions *sine qua non* de l'admissibilité suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire. Les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, sont deux exemples où les déclarations relatées, qui n'avaient pas été faites sous serment et n'avaient pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire, ont néanmoins été considérées comme satisfaisant au critère du seuil de fiabilité selon la première méthode décrite dans *Khelawon*.

the possibility that the declarant was untruthful or mistaken: *Smith*, at p. 933.

It will be very unusual that hearsay statements that parties are seeking to have admitted at trial will have been made under oath or been the subject of cross-examination. To place too much focus on their absence as a reason for excluding hearsay statements may have the effect of leaving a witness's otherwise reliable and relevant evidence altogether unutilized. As noted by McLachlin J. in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, at paras. 31-32:

> Generally, the common law insists that evidence be presented under oath and subjected to cross-examination. But "[w]here the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant's death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized" (Wigmore, *supra*, §1420 (italics in original; underlining added)). This is precisely the choice that faced the trial judge in this case. The witness's incapacity, for whatever reason, to produce meaningful evidence, faced the court with the spectre of either receiving her out-of-court statements without the test of cross-examination, or of leaving her potentially reliable and clearly relevant knowledge of the crimes with which the accused was charged altogether unutilized.
>
> The question then becomes whether the interests of justice, or to use Wigmore's term, "the interests of efficient investigation" (§1420), would suffer more from the first alternative of receiving the out-of-court statements or the second alternative of leaving the witness's knowledge entirely unused. Wigmore's answer is that the first alternative is preferable, provided that there is sufficient indication of the trustworthiness of the witness's statement. [Emphasis added.]

In my view, to place such weight on contemporaneous cross-examination in the face of numerous indicia of reliability found by the trial judge (discussed below) is a departure from this Court's jurisprudence as to what makes a hearsay statement circumstantially reliable, regardless of whether or not the spousal incompetence rule is at play.

Autrement dit, le témoignage constituant du ouï-dire a été fait dans des circonstances qui écartent essentiellement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur : *Smith*, p. 933.

Il est rare que les déclarations relatées proposées en preuve au procès aient été faites sous serment ou aient fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Trop s'appuyer sur l'absence de ces éléments pour exclure de telles déclarations peut mener à la non-utilisation pure et simple du témoignage par ailleurs fiable et pertinent d'un témoin. Citons à cet égard la juge McLachlin, dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, par. 31-32 : 117

> En général, la common law insiste pour qu'un témoignage soit fait sous serment et fasse l'objet d'un contre-interrogatoire. Mais [TRADUCTION] « [l]orsque l'épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d'une autre cause qui le rend maintenant non disponible pour témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu'il sait » (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l'original; je souligne)). Il s'agit précisément du choix qui s'offrait au juge du procès en l'espèce. En raison de l'incapacité du témoin, pour quelque raison que ce soit, de déposer utilement, le tribunal avait le choix soit de recevoir ses déclarations extrajudiciaires sans procéder à un contre-interrogatoire, soit de ne pas utiliser sa connaissance potentiellement fiable et manifestement pertinente des crimes reprochés à l'accusé.
>
> Il s'agit alors de savoir si l'intérêt de la justice, ou pour reprendre l'expression de Wigmore, [TRADUCTION] « l'intérêt d'un examen efficace » (§1420), souffrirait plus de la première possibilité de recevoir les déclarations extrajudiciaires que de la seconde possibilité de ne pas utiliser ce que le témoin sait. Wigmore répond que la première possibilité est préférable pourvu qu'il y ait suffisamment d'indices de fiabilité de la déclaration du témoin. [Je souligne.]

Selon moi, accorder autant d'importance à la contemporanéité du contre-interrogatoire en présence de nombreux indices de fiabilité constatés par la juge du procès (que nous analyserons plus loin) constitue une dérogation à la jurisprudence de notre Cour sur les éléments qui confèrent une fiabilité circonstancielle à une déclaration relatée, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner entre en jeu ou non.

(2) The Trial Judge's Reliability Assessment on the *Voir Dire*

118 I now turn to the trial judge's actual assessment of the circumstantial reliability of Darlene's statements. Charron J. in her reasons concludes that the trial judge erred in finding that Darlene's statements met threshold reliability. With respect, I disagree. In order to explain why, I will review the trial judge's *voir dire* ruling with regard to the indicia of reliability.

119 The trial judge began her ruling on the admissibility of Darlene's statements by noting the importance of both an oath and a cross-examination, and their absence in relation to Darlene's hearsay evidence. She then proceeded to determine the threshold reliability by assessing whether there were other indicia of circumstantial trustworthiness and accuracy of Darlene's statements.

120 Morrison J. listened to the audiotape of the first police statement, watched the videotape of the second interview, read the transcripts of both interviews that were put in evidence as exhibits and heard from the police officers who conducted the interviews. She concluded that the hearsay dangers of coercion, leading questions or other investigatory misconduct on the part of the police were not present during either statement. Her consideration of these factors is consistent with this Court's statements in *B. (K.G.)* and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 49 (both involving hearsay in the form of police statements), that "the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct".

121 Morrison J. also concluded that Darlene's statements were given with little if any hesitation, and

(2) L'appréciation de la fiabilité par la juge du procès lors du voir-dire

Examinons maintenant l'appréciation par la juge du procès de la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene. Dans ses motifs, la juge Charron affirme que la juge du procès a eu tort de conclure que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. En toute déférence, je ne partage pas son avis. Pour expliquer mon désaccord, j'examinerai la décision rendue par la juge du procès lors du voir-dire en ce qui a trait aux indices de fiabilité.

En rendant sa décision sur l'admissibilité des déclarations de Darlene, la juge du procès a commencé par souligner l'importance tant du serment que du contre-interrogatoire, et leur absence en ce qui concerne la preuve par ouï-dire émanant de Darlene. Elle a ensuite abordé la question du seuil de fiabilité en déterminant s'il existait d'autres indices circonstanciels de la véracité et de l'exactitude des déclarations de Darlene.

La juge Morrison a écouté la bande sonore de la première déclaration à la police, visionné la bande vidéo de la deuxième entrevue, lu les transcriptions des deux entrevues déposées en preuve comme pièces et entendu les policiers qui ont procédé aux entrevues. Elle a conclu, dans le cas des deux déclarations, à l'absence de coercition, de questions suggestives ou d'autres manquements de la part des enquêteurs, qui sont tous des dangers associés au ouï-dire. Sa prise en compte de ces facteurs est compatible avec les propos de notre Cour dans les arrêts *B. (K.G.)* et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 49 (concernant tous les deux du ouï-dire sous forme de déclarations à la police), selon lesquels « le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs ».

La juge Morrison a également conclu que Darlene avait fait ses déclarations sans hésiter, ou si peu, et

her demeanour, while flat, was conversational. In both *Khan* and *Khelawon*, this Court found that considerations of a deponent's demeanour at the time of giving the statement could be an indication of trustworthiness. *Khelawon*, at para. 39, identified the question "In what condition was [the witness] at the time she made the statement?" to being a relevant consideration going to trustworthiness.

que son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation. Tant dans *Khan* que dans *Khelawon*, notre Cour a statué que le comportement du déclarant au moment de la déclaration pouvait constituer un indice de fiabilité. Dans *Khelawon*, au par. 39, la Cour a affirmé que la question « Dans quel état était [le témoin] au moment où elle a fait la déclaration? » était un facteur pertinent quant à la fiabilité.

Charron J. is critical at para. 101 of the considerations that the trial judge took into account in assessing reliability. I fail to understand what is objectionable about the trial judge's consideration of these factors. As demonstrated above, these are *all* factors that this Court has previously identified as relevant to the determination of threshold reliability. 122

La juge Charron critique, au par. 101, les facteurs que la juge du procès a pris en compte pour apprécier la fiabilité. Je ne vois pas ce que la prise en compte de ces facteurs par la juge du procès a de contestable. Comme je l'ai démontré précédemment, ce sont *tous* des facteurs que notre Cour a déjà décrits comme pertinents quant à la détermination du seuil de fiabilité.

In addition, a proper reliability inquiry has been characterized as entertaining the type of factors that would likely be inquired into during a course of cross-examination: see *Khelawon*, at para. 71. The presence of police coercion, leading questions or other type of investigatory conduct, and whether the deponent had a motive to lie are precisely the type of factors that would be inquired into during an effective cross-examination. 123

En outre, on a précisé qu'un examen adéquat de la fiabilité tient compte du type de facteurs qui seraient vraisemblablement vérifiés en contre-interrogatoire : voir *Khelawon*, par. 71. L'exercice d'une coercition par la police, des questions suggestives ou d'autres manquements des enquêteurs, et le fait que le déclarant avait ou non une raison de mentir correspondent précisément au type de facteurs qu'on tenterait de faire ressortir dans le cadre d'un contre-interrogatoire efficace.

The strongest argument made against the reliability of Darlene's statements at the *voir dire* was that, because of her estrangement at the time from her husband, she would have a motive to lie. Whether the deponent had a motive to mislead has been viewed as a crucial factor in determining trustworthiness in several of this Court's principled hearsay exception cases: see *Khelawon*, at para. 107; *Khan*, at p. 548; *Smith*, at p. 936; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, at para. 215. Defence counsel took the argument even further by positing that because her husband had been abusing her, this was her opportunity to incriminate him, and he would be jailed and that would solve her present problems with him. 124

L'argument le plus solide invoqué à l'encontre de la fiabilité des déclarations de Darlene lors du voir-dire était qu'elle avait une raison de mentir, parce qu'elle était séparée de son mari à l'époque. Dans plusieurs arrêts de notre Cour sur l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, la question de savoir si le déclarant avait une raison de travestir les faits a été considérée comme un facteur crucial à prendre en compte dans l'appréciation de la fiabilité : voir *Khelawon*, par. 107; *Khan*, p. 548; *Smith*, p. 936; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, par. 215. L'avocat de la défense a poussé l'argument encore plus loin en affirmant que, victime de violence de la part de son mari, Darlene pourrait avoir saisi l'occasion de l'incriminer et de le faire emprisonner pour mettre fin aux ennuis qu'il lui causait.

125 The trial judge rejected the argument that Darlene had a motive to lie, finding that "the evidence on the voir dire does not support such a theory". In reaching that conclusion, the trial judge noted at para. 12:

> Mrs. Couture's concern for her husband remained evident. The evidence does not establish that she appeared to be under tremendous pressure to incriminate Mr. Couture, either for her own reasons or for any reasons that might have been provided by, for example, her daughter or Mr. Van Cittert.

126 To support her conclusion that Darlene's statements were circumstantially trustworthy, the trial judge also added that she found corroboration of Darlene's evidence in the testimony of her friend Jan van Cittert, her councillor Marjorie Hopper, and her daughter, Jennifer Nickel, who all testified at the *voir dire* (para. 13). Each of these witnesses testified about having been told by Darlene at earlier times that David Couture disclosed information to her about the murders.

127 I agree with Charron J. that this evidence does not provide independent corroboration of the substance of the evidence that Darlene was providing — i.e., that Mr. Couture was responsible for the murders. However, what it *does* provide support for — or "corroborates" to use the term employed by the trial judge — is that Darlene Couture had no motive to lie at the time of giving the statements. If Darlene disclosed similar information to others at times *prior* to her estrangement from her husband, then the estrangement itself could not serve as motivation for concoction. The witnesses also testified that Darlene remained concerned for Mr. Couture's well-being throughout their separation, even at the time of contemplating approaching the police, which further supports that her actions were not motivated by a sense of vengeance arising from spousal abuse.

128 Thus, I cannot agree with my colleague that the evidence relied on by the trial judge as corroborative of the fact that Mrs. Couture had no motive to lie is "no[t] supportive of the truth of her

Estimant que [TRADUCTION] « la preuve présentée lors du voir-dire n'appuie pas cette thèse », la juge du procès a rejeté l'argument voulant que Darlene ait eu une raison de mentir. En arrivant à cette conclusion, la juge du procès a dit ceci, au par. 12 :

> [TRADUCTION] Il demeurait évident que M^me^ Couture se souciait de son mari. La preuve n'établit pas qu'elle semblait subir une énorme pression pour incriminer M. Couture, tant pour des raisons personnelles que pour une quelconque raison avancée, par exemple, par sa fille ou par M. Van Cittert.

Pour étayer sa conclusion portant que la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene était établie, la juge du procès a ajouté qu'elle voyait une corroboration de la preuve émanant de Darlene dans le témoignage de son ami, Jan van Cittert, de sa conseillère, Marjorie Hopper, et de sa fille, Jennifer Nickel, qui ont tous témoigné lors du voir-dire (par. 13). Chacun de ces témoins a affirmé avoir été informé antérieurement par Darlene que David Couture lui avait dévoilé des renseignements sur les meurtres.

Je conviens avec la juge Charron que ces témoignages n'offrent aucune corroboration indépendante du contenu de la preuve fournie par Darlene — c.-à-d. que M. Couture était responsable des meurtres. Par contre, ce qu'ils *confirment* — ou « corroborent » pour reprendre le terme employé par la juge du procès — c'est que Darlene Couture n'avait aucune raison de mentir au moment où elle a fait ses déclarations. Si elle avait divulgué des renseignements similaires à des tiers *avant* de se séparer de son mari, alors sa séparation ne pouvait en soi constituer une raison d'inventer. Les témoins ont également affirmé que Darlene avait continué à se soucier du bien-être de M. Couture tout au long de leur séparation, et même au moment où elle envisageait de communiquer avec la police, ce qui tend davantage à démontrer que ses actes n'étaient pas motivés par un désir de vengeance pour les mauvais traitements qu'il lui avait infligés.

Je ne suis donc pas d'accord avec la juge Charron lorsqu'elle affirme que la preuve que la juge du procès a considérée comme corroborant que M^me^ Couture n'avait aucune raison de mentir « n'atteste

assertions" (para. 83) and "is of no assistance in assessing the inherent trustworthiness of Darlene's statements" (para. 84). This evidence serves an important function, which is to show that Darlene was not motivated out of bitterness from her separation with the accused to concoct a story about his confession to her.

(3) The Onus of Proof Regarding Reliability

Charron J. concludes at para. 85 that the trial judge did not apply the correct test for determining threshold reliability, finding that the trial judge started from the premise that the statements made by Darlene were presumptively admissible, thereby reversing the onus. I agree with Charron J. that in assessing the admissibility of hearsay statements under the principled approach, the trier of fact must start from the premise that such statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. Unlike Charron J., however, I am satisfied that Morrison J. placed the onus on the Crown to establish that Darlene's statements met threshold reliability. Her reasons demonstrate that she accepted facts which constitute sufficient indicia to conclude that Darlene's statements met threshold reliability. As already discussed above, the trial judge found that, among other things, Darlene's statements were made voluntarily and without suggestion, she had no motive to mislead and there was a transcript of the first interview and a videotape of the second one.

I recognize that the trial judge did employ some language in her reasons that might be interpreted as suggesting that the reliability of the hearsay evidence had to be negated in order to be excluded. In order to explain why the trial judge might have used the language that she did, I refer to Lamer C.J.'s oft-cited explanation in *Smith* (a case cited by the trial judge in her *voir dire* ruling) as to what makes a statement "reliable":

pas la véracité de ses affirmations » (par. 83) et « n'est d'aucune utilité pour apprécier la fiabilité inhérente des déclarations de Darlene » (par. 84). Cette preuve joue un rôle important en démontrant que Darlene n'était pas motivée par l'amertume résultant de sa séparation à inventer que son mari lui avait fait des aveux.

(3) Le fardeau de la preuve en matière de fiabilité

129 La juge Charron conclut, au par. 85, que la juge du procès n'a pas appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité, parce qu'elle aurait inversé le fardeau de la preuve en partant du principe que les déclarations de Darlene étaient présumées admissibles. Je conviens avec la juge Charron que le juge des faits chargé d'apprécier l'admissibilité de déclarations relatées suivant la méthode d'analyse raisonnée doit partir du principe que ces déclarations sont présumées inadmissibles, puis se mettre à la recherche d'indices de fiabilité permettant de surmonter la règle d'exclusion générale. Contrairement à la juge Charron, cependant, je suis convaincu que la juge Morrison a attribué au ministère public le fardeau d'établir que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. Il ressort de ses motifs qu'elle a admis des faits qui constituent des indices suffisants pour conclure que ces déclarations répondaient à ce critère. Comme nous l'avons déjà vu, la juge du procès a notamment constaté que Darlene avait fait ses déclarations volontairement et sans qu'on les lui suggère, qu'elle n'avait aucune raison de travestir les faits et qu'il existait une transcription de la première entrevue et un enregistrement sur bande vidéo de la deuxième.

130 Je reconnais que la juge du procès a employé, dans ses motifs, certains termes qui pourraient être interprétés comme laissant entendre que la preuve par ouï-dire ne pouvait être exclue que s'il était démontré qu'elle n'était pas fiable. Afin d'expliquer pourquoi la juge du procès a pu faire usage de tels termes, je cite l'explication, maintes fois citée, que le juge en chef Lamer a fournie dans l'arrêt *Smith* (que la juge du procès cite dans sa décision sur le voir-dire) quant à ce qui rend une déclaration « fiable » :

If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be "reliable", i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. [Emphasis added; p. 933.]

This excerpt can be found in the first paragraph of the section dealing with the "reliability" criterion in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at para. 6.80. In my view, the passage goes a long way towards explaining why the trial judge may have chosen the language that she did. While the trial judge's choice of language may not have been ideal, I think it is important for appellate courts to be cautious not to seize on an ambiguous or less than exemplary choice of words as indicative of legal error absent an examination of the judgment as a whole. As noted by Binnie J. in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 26: "The appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself."

(4) Additional Evidence Supporting Reliability

131 There are a number of other factors which I think add to the circumstantial trustworthiness of Darlene's statements. The Crown notes that prior to the first statement, the interviewing officer told Darlene that he wanted her to tell the truth, and that as an officer that was all he was seeking. The officer receiving the second statement emphasized his job as a seeker of truth and that was all he was interested in. It is obvious that she suffered great conflict between her conscience and her love of the accused in deciding to approach the police. As the trial judge observed, "[t]he statements themselves reveal Darlene Couture's deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly" (para. 14). Darlene also received advice from people she trusted that she had an obligation to God, to the

Si une déclaration qu'on veut présenter par voie de preuve par ouï-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est « fiable », c'est-à-dire qu'il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. [Je souligne; p. 933.]

Cet extrait figure dans le premier paragraphe de la section sur le critère de la « fiabilité » de l'ouvrage de J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, intitulé *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), par. 6.80. Il explique, selon moi, en grande partie pourquoi la juge du procès a pu choisir les termes qu'elle a utilisés. Ces termes n'étaient peut-être pas des plus heureux, mais je pense qu'il est important que les juridictions d'appel se gardent de saisir une formulation ambiguë ou maladroite pour conclure à une erreur de droit sans examiner l'ensemble du jugement. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Binnie dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 26 : « La cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé. »

(4) Preuve additionnelle étayant la fiabilité

Il existe plusieurs autres facteurs qui, selon moi, ajoutent à la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene. Le ministère public fait remarquer qu'avant de recueillir la première déclaration, l'agent qui a procédé à l'entrevue a dit à Darlene qu'il voulait qu'elle dise la vérité et que, comme policier, c'est tout ce qu'il voulait obtenir. L'agent qui a recueilli la deuxième déclaration a rappelé que son rôle consistait à rechercher la vérité et que c'était tout ce qui l'intéressait. Il est évident que Darlene était déchirée par un énorme conflit entre sa conscience et son amour pour l'accusé lorsqu'elle a décidé de communiquer avec la police. La juge du procès a noté : [TRADUCTION] « [l]es déclarations elles-mêmes révèlent l'inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l'accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle

parents of the victims and even to Mr. Couture himself to disclose what she knew.

(5) Conclusions Regarding Reliability

For the reasons above, it is my view that the trial judge did not reverse the onus and made a reasonable factual finding that Darlene's statements met threshold reliability. The trial judge's finding of reliability in no way hung upon the accused's opportunity to call Mrs. Couture at trial. I question whether there was a basis for Charron J. to substitute the trial judge's finding of reliability with her own. As stated by the majority in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, the trial judge's factual determination is entitled to a high standard of deference and should not be disturbed absent a palpable and overriding error. In my view, the trial judge's findings were amply supported by the facts.

Lastly, I agree with Charron J. that it is not open to the Crown to rely on the accused's exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability on the admissibility inquiry. However, the conclusion of the trial judge with respect to the reliability of Darlene's statements did not turn on the fact that Mr. Couture had the opportunity to call on her to testify.

C. *Residual Discretion and Unfairness to the Accused*

Under the principled approach to the admission of out-of-court statements, even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability, the hearsay statement remains subject to the trial judge's residual discretion to exclude a statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the

semblait accorder une grande valeur » (par. 14). Des personnes en qui Darlene avait confiance lui ont aussi dit qu'elle avait envers Dieu, les parents des victimes et même M. Couture lui-même, l'obligation de révéler ce qu'elle savait.

(5) Conclusions concernant la fiabilité

132 Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la juge du procès n'a pas inversé le fardeau de la preuve et qu'elle a tiré une conclusion de fait raisonnable en statuant que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. La conclusion de fiabilité de la juge du procès ne dépendait aucunement de la possibilité pour l'accusé de citer M^me^ Couture comme témoin au procès. Je ne suis pas certain que la décision de la juge Charron de substituer sa propre décision à celle de la juge du procès sur la question de la fiabilité soit fondée. Comme l'a dit la Cour à la majorité dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, les décisions factuelles du juge du procès commandent un degré élevé de retenue et ne devraient pas être modifiées en l'absence d'erreur manifeste et dominante. À mon avis, les conclusions de la juge du procès étaient amplement étayées par les faits.

133 Enfin, je suis d'accord avec la juge Charron pour dire que le ministère public ne peut s'appuyer sur le droit exclusif de l'accusé de citer son conjoint comme témoin pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'établir le seuil de fiabilité lors de l'examen de l'admissibilité. Cependant, la conclusion de la juge du procès concernant la fiabilité des déclarations de Darlene ne tenait pas au fait que M. Couture avait la possibilité de l'appeler à témoigner.

C. *Le pouvoir discrétionnaire résiduel et l'iniquité envers l'accusé*

134 Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, elle demeure assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel du juge de l'exclure lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait

accused. According to *Hawkins*, it is at this stage that a policy consideration justifying the spousal incompetency rule may have an impact on the admissibility of an accused's spouse's out-of-court statements.

135 In *Hawkins* and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, this Court noted that there are only two surviving policy considerations justifying the spousal incompetency rule: preserving marital harmony and avoiding the "natural repugnance" of having the accused's spouse testify against him or her. In *Hawkins*, all six judges in the majority agreed that the admission of a spouse's hearsay statements does not offend the second rationale. As stated by Lamer C.J. and Iacobucci J. at para. 96:

> [I]t is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of "natural repugnance" to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused's spouse to assume the stand to assist in the accused's prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule.

L'Heureux-Dubé J. agreed with this observation in her concurring reasons at para. 121: "As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly state, this second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception."

136 While all six judges in the majority agreed that the "natural repugnance" consideration was not a consideration with regard to admitting hearsay statements, they disagreed about whether trial judges should consider whether admitting a spouse's hearsay statements would result in "unfairness" to the accused by compromising his or her marital

subir un préjudice indu. Selon *Hawkins*, c'est à cette étape qu'une considération de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut avoir une incidence sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du conjoint d'un accusé.

Dans *Hawkins* et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, notre Cour a indiqué qu'il ne reste plus que deux considérations de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner : préserver l'harmonie conjugale et éviter la « répugnance naturelle » à voir le conjoint de la personne accusée témoigner contre elle. Dans *Hawkins*, les six juges majoritaires ont convenu que l'admission des déclarations relatées d'un conjoint ne va pas à l'encontre de la deuxième justification. Comme l'ont affirmé le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci, au par. 96 :

> [I]l est difficile de voir comment l'admission des transcriptions créerait une « répugnance naturelle » relativement au mariage. Selon l'explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d'un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n'est pas forcée et la menace d'une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l'application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

La juge L'Heureux-Dubé a souscrit à cette observation dans ses motifs concordants, au par. 121 : « Comme le Juge en chef et le juge Iacobucci l'affirment avec raison, cette seconde justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve d'un conjoint est présentée par application d'une exception à la règle du ouï-dire. »

Si les six juges majoritaires étaient d'accord pour dire que la question de la « répugnance naturelle » ne se posait pas à l'égard de l'admission des déclarations relatées, ils ne s'entendaient toutefois pas sur la question de savoir si les juges de première instance devaient se demander si l'admission des déclarations relatées du conjoint entraînerait une

harmony. In writing for four members of the Court, Lamer C.J. and Iacobucci J. in their joint opinion argued that only prejudice of this sort is relevant to the exercise of a trial judge's residual discretion. L'Heureux-Dubé J. disagreed, finding at para. 108:

> The admission of evidence through a hearsay exception should not depend in any way upon an abstract measuring of "unfairness" to the accused. In my view, it is not open to an accused to argue that he or she will be unfairly convicted merely because a rule of evidence, in this case the spousal incompetence rule, did not apply in his or her favour. [Emphasis in original.]

This was because, in her view, there was little or no impact on the policy considerations protected by spousal incompetency when a spouse's statements were tendered through the principled exception to hearsay:

> The main rationale for the spousal incompetence rule loses much of its conviction where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. This is so for several reasons. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Thus, he or she is not put in the position of having to actually stand and convict his or her spouse at trial. There is none of the internal and external pressure, in and of itself damaging to marital harmony, which exists where a spouse must decide whether to give damning testimony or face a charge of contempt. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as "accuser" and "accused". Finally, as Louisell and Mueller point out, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. In the majority of cases, the marital bond will have been broken by the actual making of the statement, or conversely, it will have survived to trial and will not be made worse by the reading in of the evidence: *Trammel*, *supra*, at p. 52. [para. 127]

« iniquité » envers l'accusé en mettant son harmonie conjugale en péril. S'exprimant au nom de quatre juges de la Cour, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont affirmé, dans une opinion conjointe, qu'il s'agissait là du seul genre de préjudice qui était pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. La juge L'Heureux-Dubé a exprimé son désaccord, au par. 108 :

> L'admission d'un témoignage par application d'une exception à la règle du ouï-dire ne devrait en aucune façon être liée à l'application d'un concept abstrait d'« iniquité » envers l'accusé. À mon avis, il n'est pas loisible à un accusé de soutenir qu'il sera inéquitablement déclaré coupable simplement parce qu'une règle de preuve — en l'espèce, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner — ne s'appliquait pas en sa faveur. [Souligné dans l'original.]

Cela tenait au fait, selon elle, que la présentation des déclarations du conjoint par application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire n'avait à peu près aucune incidence sur les considérations de principe protégées par la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner :

> La principale justification de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner perd une grande partie de sa force si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. En conséquence, le conjoint n'est pas mis dans une situation où il doit venir incriminer son conjoint au procès. Il n'existe aucune des pressions internes ou externes, en soi préjudiciables à l'harmonie conjugale, qu'on rencontre dans le cas où un conjoint doit décider soit de présenter un témoignage accablant soit de se laisser accuser d'outrage au tribunal. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme « accusateur » et l'autre comme « accusé ». Enfin, comme le font ressortir Louisell et Mueller, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. Dans la majorité des cas, le lien matrimonial aura été rompu au moment de la déclaration ou, inversement, il continuera d'exister au procès et ne s'en trouvera pas diminué par l'introduction de la preuve : *Trammel*, précité, à la p. 52. [par. 127]

137 While there was a divergence of opinion amongst the majority on this residual discretion issue, the reasons of Lamer C.J. and Iacobucci J. for four judges would suggest that prejudice to an accused's marriage *can* be a consideration of the trial judge when exercising residual discretion. I will therefore consider it in this case.

Bien qu'il y ait eu une divergence d'opinions entre les juges majoritaires sur la question du pouvoir discrétionnaire résiduel, les motifs que le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont rédigés au nom de quatre juges donnent à entendre que le préjudice causé au mariage d'un accusé constitue un facteur que le juge du procès *peut* prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel. Je vais donc en tenir compte dans la présente affaire.

138 Charron J. at para. 86 finds that "the trial judge erred by failing to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales".

La juge Charron conclut, au par. 86, que « la juge du procès a commis une erreur en omettant de se demander si l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements ».

139 It is true, as Charron J. says, that the reasons of the trial judge in this case do not indicate that she considered any potential harm to the Coutures' marital harmony in finding the statements admissible. However, it also appears from the record that Mr. Couture never raised the issue, nor was any evidence led to this effect. Mr. Couture's counsel only challenged the *reliability* of the hearsay statement at trial. I would not fault a trial judge for not addressing in his or her reasons an issue for which no evidence was tendered and over which no argument was made. When it comes to the unfairness inquiry permitted by *Hawkins*, absent evidence or at least some argument on the point, I am of the opinion that a trial judge is not obliged to address a potential issue that the parties have not raised.

Il est vrai que, comme le dit la juge Charron, les motifs de la juge du procès en l'espèce n'indiquent pas qu'elle a envisagé la possibilité d'une atteinte à l'harmonie conjugale des Couture lorsqu'elle a conclu à l'admissibilité des déclarations. En revanche, il ressort également du dossier que M. Couture n'a jamais soulevé la question et qu'aucune preuve en ce sens n'a non plus été produite. L'avocat de M. Couture n'a fait que contester la *fiabilité* de la déclaration relatée au procès. Je ne saurais reprocher à un juge du procès de ne pas avoir abordé, dans ses motifs, une question à l'égard de laquelle aucune preuve n'a été produite ni aucun argument présenté. Lorsqu'il s'agit d'examiner la question de l'iniquité comme le permet l'arrêt *Hawkins*, j'estime que le juge du procès n'est pas tenu d'aborder une question éventuelle que les parties n'ont pas soulevée, si aucune preuve ni même aucun argument ne lui a été présenté à son égard.

140 Nonetheless, while "unfairness" to the accused as it relates to marital harmony considerations was not in issue before the trial judge, I will address it, both because the Court of Appeal appears to have made it an issue (by distinguishing this case from *Hawkins* on the basis of when the accused's marriages took place) and because my colleague addresses it.

Même si la juge du procès n'a pas été saisie de la question de l'« iniquité » envers l'accusé qui résulterait d'une menace à son harmonie conjugale, je vais en traiter parce que la Cour d'appel semble en avoir fait un point en litige (en faisant une distinction avec l'affaire *Hawkins* selon le moment de la célébration du mariage) et parce que ma collègue traite de cette question.

In my view, where evidence is led on the issue, the "unfairness" inquiry requires an assessment of whether the admission of the hearsay statement will jeopardize the accused's marital harmony. In *Hawkins*, Lamer C.J. and Iacobucci J. considered the issue and found, at para. 95, that no such threat had been established, or even seemed feasible in that case:

> It is hard to accept, conceptually or practically, that Graham's testimony caused any lasting disharmony between them, when one reviews the sequence of events and the conduct of the parties. The preliminary inquiry was held on September 7 and 8, 1988. Graham appeared voluntarily as a witness for the Crown. . . . Despite these incriminating words of Graham's, Hawkins nonetheless married Graham on March 31, 1989. If this previous testimony did not irreparably harm their romantic and emotional bond prior to their nuptials, looking at all the circumstances, it is difficult to see how the production of transcripts accurately recounting this testimony would do so now. [Emphasis added.]

I would similarly conclude that the admission of the hearsay statements in the present case would not result in "unfairness" to Mr. Couture's marital harmony. The facts in *Hawkins* and in this case are indistinguishable in all relevant respects. At the time of giving the statements to the police, Mr. and Mrs. Couture were separated. Afterwards, the parties reconciled despite Mr. Couture knowing that his wife gave voluntary statements to the police. The evidence is that their marital bond remained intact up to and including the time of trial. Any threat to the couple's marital harmony would have occurred at the time when Mr. Couture discovered that his wife voluntarily approached the police. If this did not jeopardize the couple's relationship, it is difficult to see how admitting Mrs. Couture's hearsay statement into evidence at trial would do so.

Therefore, absent evidence to indicate that the admission of the hearsay statement at trial would jeopardize the marriage when it did not do so when the accused first learned that his or her spouse gave voluntary statements to the police

141 À mon avis, lorsqu'une preuve est produite à cet égard, l'examen relatif à l'« iniquité » doit comprendre une appréciation de la question de savoir si l'admission de la déclaration relatée mettra en péril l'harmonie conjugale de l'accusé. Dans *Hawkins*, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont examiné la question et ont conclu, au par. 95, que l'existence d'une telle menace n'avait pas été établie, et paraissait même invraisemblable, dans cette affaire :

> Lorsque l'on examine la chronologie des événements et la conduite des parties, il est difficile de croire, d'un point de vue conceptuel ou pratique, que le témoignage de Graham a causé un désaccord durable entre les conjoints. L'enquête préliminaire a eu lieu les 7 et 8 septembre 1988. Graham a comparu volontairement à titre de témoin pour le poursuivant [. . .] Malgré ce témoignage incriminant de Graham, Hawkins l'a néanmoins épousée le 31 mars 1989. Si ce témoignage antérieur n'a pas irrémédiablement détruit leur liaison romantique et amoureuse avant le mariage, il est difficile de voir, compte tenu de toutes les circonstances, comment la production des transcriptions précises de ce témoignage aurait maintenant cet effet. [Je souligne.]

142 De même, je conclurais que l'admission des déclarations relatées, en l'espèce, n'entraînerait pas une « iniquité » à l'égard de l'harmonie conjugale de M. Couture. Les faits de l'espèce ne peuvent, de tout point de vue pertinent, être distingués de ceux de l'affaire *Hawkins*. À l'époque où les déclarations ont été faites à la police, M. et M^me^ Couture étaient séparés. Les parties se sont ensuite réconciliées même si M. Couture savait que son épouse avait fait des déclarations volontaires à la police. La preuve révèle que leur lien matrimonial est demeuré intact jusqu'au procès, et même pendant celui-ci. S'il y a un moment où l'harmonie conjugale du couple aurait pu être menacée, c'est quand M. Couture a découvert que son épouse s'était volontairement adressée à la police. Si cela n'a pas mis leur couple en péril, il est difficile de voir comment l'admission en preuve au procès de la déclaration relatée de M^me^ Couture aurait cet effet.

143 Par conséquent, en l'absence de preuve indiquant que l'admission de la déclaration relatée au procès mettrait le mariage en péril, alors qu'il n'y a pas eu péril lorsque l'accusé a découvert que sa conjointe avait fait des déclarations volontaires à

or the prosecution, the courts are entitled to find that any damaging effect on the marriage will have occurred prior to trial.

144 Another basis on which Charron J. and the Court of Appeal differentiate this case from *Hawkins* is that in *Hawkins*, the parties were unmarried at the time the hearsay statements were made, and here, the parties were already married. Charron J. finds that this factor *alone* was "sufficient to distinguish this case from *Hawkins*" (para. 71) but fails, in my view, to effectively explain why this creates any meaningful distinction between that case and this one. As previously discussed, the two accepted rationales underlying the spousal incompetence rule are the preservation of marital harmony and avoiding the "natural repugnance" of one spouse taking the stand against the other. The second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception. Therefore, the only relevant question is what effect the admission of the hearsay statements will have on the couple's marital harmony. *When* the marriage took place is irrelevant.

145 In addition, if one examines the marriages in question in *Couture* and *Hawkins*, it appears to me that the fact that Darlene was already married to the accused when she made the statements to the police would be a reason to *support* the statements' admissibility. As noted by P. Sankoff in his article "Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility: When Ancient and Modern Doctrines Collide" (2006), 35 C.R. (6th) 43:

> In *Hawkins*, the accused could have argued that the statements were made at a time when marital harmony was not in issue, and that admitting them consequent to the marriage of the spouses would jeopardize the relationship. This line of argument was not available in *Couture*, and in the absence of any evidence detailing the impact admission would have on the marriage, it is difficult to see any reason why the evidence should have been excluded under the residual discretion. [p. 48]

la police ou au poursuivant, les tribunaux ont le droit de conclure que les effets préjudiciables sur le mariage se sont fait sentir, le cas échéant, avant le procès.

L'autre raison pour laquelle la juge Charron et la Cour d'appel font une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Hawkins* tient au fait que, dans *Hawkins*, les parties n'étaient pas mariées au moment où les déclarations relatées ont été faites, alors qu'en l'espèce les parties étaient déjà mariées. La juge Charron estime que ce *seul* facteur « suffit pour distinguer la présente espèce de l'affaire *Hawkins* » (par. 71), mais ne parvient pas, à mon avis, à expliquer en quoi ce facteur les distingue réellement. Comme nous l'avons vu, les deux fondements reconnus de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sont la volonté de préserver l'harmonie conjugale et d'empêcher la « répugnance naturelle » à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre. La deuxième justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve du conjoint est présentée à titre d'exception à la règle du ouï-dire. La seule question pertinente consiste donc à déterminer l'effet que l'admission des déclarations relatées aura sur l'harmonie conjugale du couple. Le *moment où* le mariage a été célébré n'a aucune importance.

De plus, si on examine les mariages en cause dans *Couture* et *Hawkins*, il me semble que le fait que Darlene était déjà mariée avec l'accusé lorsqu'elle a fait ses déclarations à la police constitue un motif *favorable* à l'admissibilité des déclarations. Comme l'a souligné P. Sankoff dans son article intitulé « Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility : When Ancient and Modern Doctrines Collide » (2006), 35 C.R. (6th) 43 :

> [TRADUCTION] Dans *Hawkins*, l'accusé aurait pu faire valoir que les déclarations ont été faites à un moment où l'harmonie conjugale n'était pas en cause, et que leur admission après le mariage des conjoints mettrait leur relation en péril. On ne pouvait s'appuyer sur ce raisonnement dans *Couture*, et en l'absence de preuve précisant l'effet que l'admission aurait sur le mariage, il est difficile de voir pourquoi la preuve aurait dû être exclue en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel. [p. 48]

As a final point on the issue of residual discretion I observe that Charron J. in her reasons does not agree with Lamer C.J. and Iacobucci J.'s finding in *Hawkins* that considerations related to the rationale behind the spousal incompetence rule should be confined to the trial judge's residual discretion. She says at para. 63: "consideration of the [spousal incompetence] rule is not a matter of 'residual discretion'". Instead, Charron J.'s approach is to have a trial judge determine whether the hearsay evidence of the spouse is necessary, reliable, and if its probative value does outweigh its prejudicial effect *and*, as a "distinct exercise" (para. 63), ask whether to admit it would undermine the rationale for the rule. Charron J. further adds that the determination of whether to admit the hearsay evidence would undermine the rationale for the rule is an *objective* one:

> The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, thus giving rise to the exception in *Salituro*, the extent to which there is marital harmony or marital discordance *in the particular marriage* is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other. [Underlining added; para. 66.]

In my view, this approach effectively shuts down the admissibility of hearsay statements emanating from spouses because Charron J. is essentially saying that a trial judge should *presume* harm to *all* subsisting marriages. This would mean that the only time that the admission of a spouse's hearsay statements would not — from an objective standpoint — have the potential to disrupt an accused's marriage is if the couple is irreconcilably separated at the time of the trial, in which case the admission of the spouse's hearsay statements would be unnecessary in any event because he or she would be competent to testify pursuant to this Court's decision in *Salituro*. My colleague's approach thus obliterates this Court's decision in *Hawkins*.

146 Pour conclure sur la question du pouvoir discrétionnaire résiduel, je constate que, dans ses motifs, la juge Charron exprime son désaccord avec la conclusion du juge en chef Lamer et du juge Iacobucci dans *Hawkins*, selon laquelle les facteurs liés au fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne devraient jouer que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. Elle dit, au par. 63, que « l'examen dicté par [la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner] ne relève pas du "pouvoir discrétionnaire résiduel" ». La juge Charron préconise plutôt une méthode selon laquelle le juge du procès détermine si la preuve par ouï-dire du conjoint est nécessaire et fiable, et si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable, *puis* se demande, dans le cadre d'un « exercice distinct » (par. 63), si l'admission de cette preuve irait à l'encontre du fondement de la règle. La juge Charron ajoute que cette question doit être examinée d'un point de vue *objectif* :

> L'application de la règle est déclenchée par la seule existence d'un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, ce qui ferait entrer en jeu l'exception énoncée dans l'arrêt *Salituro*, la mesure dans laquelle l'harmonie ou la mésentente règne *dans le mariage précis en cause* n'a aucune pertinence. Il s'agit plutôt de savoir si, d'un point de vue objectif, l'application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire dans les circonstances particulières de l'affaire romprait l'harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre. [Je souligne; par. 66.]

147 À mon avis, cette méthode a pour effet de fermer la porte à l'admissibilité des déclarations relatées émanant des conjoints, puisque la juge Charron dit essentiellement que le juge du procès doit *présumer* qu'un préjudice est causé à *tous* les mariages existants. Cela signifie que le seul cas où l'admission des déclarations relatées d'un conjoint ne serait pas susceptible — d'un point de vue objectif — de troubler le mariage d'un accusé serait celui où le couple est irrémédiablement séparé au moment du procès, auquel cas l'admission des déclarations relatées du conjoint ne serait plus nécessaire puisque ce dernier serait habile à témoigner selon l'arrêt *Salituro*. Le raisonnement de ma collègue fait donc table rase de l'arrêt *Hawkins* rendu par notre Cour.

Under her approach, I fail to see how even the hearsay statements in *Hawkins* itself could have been admitted, given that the marriage of the accused and his wife in that case was subsisting at the time of trial. Indeed, any necessity and reliability assessment will be superfluous because the spouse's out-of-court statement could never be admitted.

II. Conclusion

148 In my respectful view, an analysis of whether a spouse's out-of-court statements are admissible based on whether they "undermine the rationale" for the spousal incompetence rule effectively transforms the law of spousal *testimonial* incompetency into a right for the accused to suppress *any* evidence emanating from his spouse. Such an approach considerably expands, rather than preserves or limits, the scope of the rule defined by this Court in *Hawkins*. In addition, I am concerned that this approach may have the effect of expanding the rule in other ways. For example, it is well established in Canadian law that third persons who have either intentionally or accidentally overheard or intercepted a communication passing between a husband and wife are allowed to and may be compelled to testify with respect to the communication: *R. v. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 348 (affirmed by the Supreme Court of Canada, [1980] 1 S.C.R. 400); Sopinka, Lederman and Bryant, at para. 14.140. Is such evidence to be excluded in the future on the basis that it undermines the rationale for the spousal testimonial incompetence rule?

149 Finally, as noted by Charron J., the spousal incompetence rule has been the subject of significant — and in my view, legitimate — criticism. Many courts and commentators have argued that it should be abolished altogether. The authors of *The Law of Evidence in Canada*, at para. 14.151, for example, say this: "it is submitted that [marital harmony] is not of such a high policy interest so as to warrant the exclusion of relevant, probative evidence bearing on the issues of the case".

Je ne vois pas comment, selon cette méthode, les déclarations relatées en cause dans l'arrêt *Hawkins* lui-même auraient pu être admises vu que, dans cette affaire, l'accusé et son épouse étaient toujours mariés au moment du procès. Il serait d'ailleurs superflu de procéder à une appréciation de la nécessité et de la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint, puisqu'elle ne pourrait jamais être admise.

II. Conclusion

À mon avis, fonder l'analyse de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint sur le fait qu'elles portent ou non atteinte au fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner revient à transformer la règle de l'inhabilité du conjoint *à témoigner* en un droit conféré à l'accusé d'éliminer *toute* preuve émanant de son conjoint. Une telle façon de procéder augmente considérablement la portée de la règle établie par notre Cour dans *Hawkins*, plutôt que de la préserver ou de la limiter. En outre, je crains que la méthode proposée par la juge Charron élargisse la portée de la règle à d'autres égards. Par exemple, il est bien établi en droit canadien que les tiers qui ont, intentionnellement ou accidentellement, entendu ou intercepté une conversation entre époux sont autorisés, et peuvent même être forcés, à témoigner relativement à cette conversation : *R. c. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338 (C.S. Alb., Div. app.), p. 348, (conf. par [1980] 1 R.C.S. 400); Sopinka, Lederman et Bryant, par. 14.140. Faudra-t-il dorénavant exclure une telle preuve pour le motif qu'elle va à l'encontre du fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner?

Enfin, comme la juge Charron l'a souligné, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner a fait l'objet de nombreuses critiques — à mon sens légitimes. Plusieurs tribunaux et auteurs ont affirmé qu'elle devrait tout simplement être abolie. Les auteurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, par exemple, ont affirmé, au par. 14.151 : [TRADUCTION] « nous soutenons que [l'harmonie conjugale] n'est pas d'un intérêt général assez élevé pour justifier l'exclusion d'une preuve pertinente et probante concernant les questions en litige ».

While this Court has declined to go that route, it is my view that the extent to which the spousal testimonial incompetence rule may preclude the admission of otherwise admissible hearsay statements must be considered in the context of the rationale that weighs heavily in support of admitting the evidence: the fact that a trial is primarily a truth-seeking inquiry. In my opinion, this consideration supports limiting the impact of the rule on the assessment of hearsay admissibility to the analytical framework set out by the majority in *Hawkins*. Further, this Court should not overturn its precedent without a compelling reason to do so: *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76, at para. 44.

Bien que notre Cour ait refusé de s'engager dans cette voie, j'estime que la mesure dans laquelle la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut empêcher l'admission de déclarations relatées par ailleurs admissibles doit être examinée dans le contexte du principe qui commande fortement l'admission d'une telle preuve : le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité. À mon avis, cette considération justifie qu'on limite l'incidence de la règle sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire au cadre analytique établi par les juges majoritaires dans *Hawkins*. De plus, notre Cour ne doit pas rejeter ses précédents à moins de raisons impérieuses : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76, par. 44. 150

For the above reasons I would allow the appeal.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. 151

Appeal dismissed, BASTARACHE, DESCHAMPS, ABELLA *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

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

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

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Crossin Coristine Woodall, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Crossin Coristine Woodall, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Crown Law Office, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.

Corporation of the City of London *Appellant*

v.

RSJ Holdings Inc. *Respondent*

Cité de London *Appelante*

c.

RSJ Holdings Inc. *Intimée*

INDEXED AS: LONDON (CITY) *v.* RSJ HOLDINGS INC.

Neutral citation: 2007 SCC 29.

File No.: 31300.

2006: November 15; 2007: June 21.

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

RÉPERTORIÉ : LONDON (CITÉ) *c.* RSJ HOLDINGS INC.

Référence neutre : 2007 CSC 29.

N° du greffe : 31300.

2006 : 15 novembre; 2007 : 21 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — By-laws — Validity — Open meeting requirement — Municipality discussing and approving interim control by-law at closed meetings contrary to open meeting statutory requirement — Whether meetings properly closed because interim control by-laws may be passed without prior notice or hearing under provincial planning legislation — If open meeting requirement breached, whether Court of Appeal properly exercised its discretion to quash by-law for illegality — Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, ss. 239, 273 — Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13, s. 38.

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

Droit municipal — Règlements — Validité — Obligation d'ouvrir les réunions au public — Examen et approbation par la municipalité d'un règlement municipal d'interdiction provisoire lors de réunions à huis clos en contravention de l'obligation légale d'ouvrir les réunions au public — Le huis clos était-il justifié parce que la législation provinciale en matière d'aménagement du territoire permet l'adoption de règlements municipaux d'interdiction provisoire sans préavis et sans audience préalable? — S'il y a eu manquement à l'obligation d'ouvrir les réunions au public, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement son pouvoir discrétionnaire d'annuler le règlement pour cause d'illégalité? — Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25, art. 239, 273 — Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 38.

The appellant City passed an interim control by-law which effected a one-year freeze on all land development along a particular corridor. RSJ, one of the affected land owners, applied for an order quashing the by-law for illegality on the ground that the City discussed, and then effectively decided to pass the by-law at two closed meetings, contrary to the City's statutory obligation under s. 239(1) of the *Municipal Act, 2001*, to hold council and committee meetings in public. The Ontario Superior Court of Justice dismissed RSJ's application, but the Court of Appeal set aside that decision and quashed the by-law. The City's argument before this Court was that its meetings fell within the exception in s. 239(2)(g) of the *Municipal Act, 2001* because, under s. 38 of the *Planning Act*, an interim control by-law

La Cité appelante a adopté un règlement municipal d'interdiction provisoire suspendant tout aménagement foncier dans un corridor particulier pour une période d'un an. RSJ, l'un des propriétaires fonciers visés, a demandé l'annulation du règlement pour cause d'illégalité parce que la Cité avait examiné, puis décidé d'adopter le règlement lors de deux réunions tenues à huis clos, en contravention de l'obligation que le par. 239(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* lui impose d'ouvrir les réunions du conseil et de ses comités au public. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la requête de RSJ, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision et annulé le règlement. Devant notre Cour, la Cité a plaidé que ses réunions étaient visées par l'exception prévue à l'al. 239(2)g) de la *Loi de 2001 sur les*

may be passed without prior notice and without holding a public hearing. Alternatively, the City argued that the Court of Appeal erred in quashing the by-law in the absence of any prejudice to RSJ.

Held: The appeal should be dismissed.

The interim control by-law provisions contained in the *Planning Act* in no way obviate the statutory requirement to hold public meetings under s. 239 of the *Municipal Act, 2001*. It cannot be implied from the dispensation with any notice and hearing requirements under s. 38(3) of the *Planning Act*, that s. 38 authorizes the holding of a closed meeting within the meaning of the exception found in s. 239(2)(g). The City's duty to give advance notice and to hold a public meeting at which interested citizens have the right to make representations is entirely distinct from its obligation to hold its meetings in public. Dispensing with notice and a hearing as permitted under s. 38(3) enables a municipal council to act expeditiously in passing an interim control by-law whenever circumstances may require that it do so and, as such, this is consistent with the nature of this extraordinary zoning tool. However, the discussions on the interim control by-law must still be conducted in open public session. The open meeting requirement set out in s. 239 concerns a citizen's rights to observe municipal government in process and reflects a clear legislative choice for increased transparency and accountability in the decision-making process of local governments. [4] [30-32]

The Court of Appeal properly exercised its discretion in quashing the by-law for illegality under s. 273 of the *Municipal Act, 2001*. In exercising its discretion, the court cannot act in an arbitrary manner, and the discretion must be exercised judicially and in accordance with established principles of law. On the question of deference, municipalities do not possess any greater institutional expertise on the issue of "illegality" than the courts. Furthermore, when a municipal government improperly acts with secrecy, this undermines the democratic legitimacy of its decision, and such decisions, even when *intra vires*, are less worthy of deference. In this case, the City acted within its jurisdiction in passing the interim control by-law, but illegality under s. 273 is not strictly confined to matters of jurisdiction. The failure

municipalités parce que, suivant l'art. 38 de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, une municipalité peut adopter un règlement d'interdiction provisoire sans donner d'avis ni tenir d'audience publique. Subsidiairement, la Cité a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant le règlement en l'absence de préjudice causé à RSJ.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions de la *Loi sur l'aménagement du territoire* permettant l'adoption d'un règlement d'interdiction provisoire n'écartent aucunement l'obligation légale d'ouvrir les réunions au public établie par l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. On ne peut inférer de l'exemption d'envoyer un avis et de tenir une audience, accordée par le par. 38(3) de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, que l'art. 38 autorise la tenue d'une réunion à huis clos au sens de l'exception prévue à l'al. 239(2)g). La responsabilité de la Cité de donner un avis et de tenir une réunion publique préalable au cours de laquelle les citoyens concernés ont le droit de présenter des observations est totalement distincte de son obligation d'ouvrir ses réunions au public. L'exemption de donner un avis et de tenir une audience accordée au conseil municipal par le par. 38(3) lui permet de prendre promptement un règlement d'interdiction provisoire chaque fois que les circonstances le justifient et sa nature est donc compatible avec celle de cet outil de zonage extraordinaire. Il demeure néanmoins que la séance lors de laquelle un règlement d'interdiction provisoire est examiné doit être ouverte au public. L'obligation d'ouvrir les réunions au public imposée par l'art. 239 se rattache au droit des citoyens d'observer le déroulement des travaux du gouvernement municipal et exprime le choix clair du législateur d'accroître la responsabilisation des gouvernements locaux et la transparence de leur processus décisionnel. [4] [30-32]

La Cour d'appel a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en annulant le règlement pour cause d'illégalité en vertu de l'art. 273 de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. La cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire de façon arbitraire. Elle doit l'exercer judiciairement et en conformité avec les principes de droit reconnus. En ce qui a trait à la retenue judiciaire, les municipalités ne sont pas dotées d'une plus grande expertise institutionnelle que les tribunaux en ce qui concerne « l'illégalité ». De plus, lorsqu'un gouvernement municipal agit secrètement sans justification, la légitimité démocratique de sa décision s'en trouve amoindrie et pareille décision ne commande pas une aussi grande retenue — même si elle n'excède pas les limites de sa compétence. En l'espèce, la Cité a agi dans les limites de sa compétence en adoptant

to comply with statutory procedural requirements may also provide sufficient grounds for quashing. The City's conduct in closing the two meetings in question was neither inadvertent nor trivial and the short public session during the course of which the interim by-law was passed without debate or discussion along with several other by-laws did nothing to cure the defect. While RSJ did not have the right to notice of the City's intention to pass the by-law nor any right to make representations at a public hearing, it did have the right, along with other citizens, to a transparent and open process. In these circumstances, the contention that RSJ suffered no prejudice cannot be accepted. The Court of Appeal was correct to conclude that the potentially draconian effects of interim control by-laws accentuate the need for the courts to jealously require that the meeting in which an interim control by-law is discussed be open to the public as required by s. 239(1) of the *Municipal Act, 2001*. In the circumstances, quashing the by-law was an entirely appropriate remedy. [4] [37-42]

le règlement d'interdiction provisoire, mais l'illégalité visée à l'art. 273 ne se limite pas strictement à des questions de compétence. L'inobservation des exigences procédurales prescrites par la loi peut suffire pour justifier l'annulation. La tenue à huis clos des deux réunions de la Cité n'est pas due à une inadvertance et n'est pas anodine et la courte séance publique au cours de laquelle le règlement provisoire a été adopté sans débat, en même temps que plusieurs autres règlements municipaux, n'a en rien suppléé au manquement. Si RSJ ne bénéficiait pas du droit d'être avisée de l'intention de la Cité d'adopter le règlement ni de celui de présenter des observations dans le cadre d'une audience publique, elle avait droit, au même titre que les autres citoyens, à un processus transparent et ouvert. Dans ces circonstances, la prétention que RSJ n'a subi aucun préjudice ne peut être retenue. La Cour d'appel a eu raison de conclure que, compte tenu des effets draconiens que peut avoir un règlement d'interdiction provisoire, il est d'autant plus nécessaire que les tribunaux veillent scrupuleusement à ce que la réunion au cours de laquelle un règlement municipal d'interdiction provisoire est examiné soit ouverte au public comme l'exige le par. 239(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. L'annulation du règlement constituait une réparation tout indiquée dans les circonstances. [4] [37-42]

Cases Cited

Referred to: *Country Pork Ltd. v. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Emergency Management and Civil Protection Act, R.S.O. 1990, c. E-9, s. 2.1(1), (3), (7).
Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, ss. 150, 238(1), 239, 273.
Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56.
Ontario Municipal Board Act, R.S.O. 1990, c. O.28, s. 36.
Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13, ss. 34(12), (13), 38.
Planning and Municipal Statute Law Amendment Act, 1994, S.O. 1994, c. 23.

Authors Cited

Doumani, Robert G., and Patricia A. Foran. *Ontario Planning Act and Commentary*, 2004/2005 ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Country Pork Ltd. c. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne l'aménagement du territoire et des municipalités, L.O. 1994, ch. 23.
Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25, art. 150, 238(1), 239, 273.
Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56.
Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.28, art. 36.
Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 34(12), (13), 38.
Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence, L.R.O. 1990, ch. E.9, art. 2.1(1), (3), (7).

Doctrine citée

Doumani, Robert G., and Patricia A. Foran. *Ontario Planning Act and Commentary*, 2004/2005 ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.

O'Connor, M. Rick. *Open Local Government 2: How crucial legislative changes impact the way municipalities do business in Canada*. St. Thomas, Ont.: Municipal World, 2004.

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People*. Toronto: The Commission, 1980.

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 162, 3rd Sess., 35th Parl., November 28, 1994, p. 7978.

Ontario. Ministry of Municipal Affairs. *Open Local Government*. Toronto: Queen's Printer, 1992.

Ontario. *Report of the Provincial/Municipal Working Committee on Open Meetings and Access to Information*. Toronto: The Committee, July 1984.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Labrosse, Rosenberg and Gillese JJ.A.) (2005), 205 O.A.C. 150, 16 M.P.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5037 (QL), setting aside a decision of Rady J. (2005), 10 M.P.L.R. (4th) 88, [2005] O.J. No. 252 (QL), dismissing an application to quash a by-law. Appeal dismissed.

George H. Rust-D'Eye, *Barnet H. Kussner* and *Kim Mullin*, for the appellant.

Alan R. Patton and *Analee J. M. Fernandez*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

On January 19, 2004, the City of London ("City") passed an interim control by-law which effected a one-year freeze on all land development along the Richmond Street Corridor between Huron and Grosvenor Streets. RSJ Holdings Inc. ("RSJ"), one of the affected land owners, applied for an order quashing the by-law for illegality on the ground that the City discussed, and then effectively decided to pass the by-law at two closed meetings, contrary to the City's statutory obligation under s. 239(1) of the *Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25, to hold council and committee meetings in public.

O'Connor, M. Rick. *Open Local Government 2 : How crucial legislative changes impact the way municipalities do business in Canada*. St. Thomas, Ont. : Municipal World, 2004.

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, nº 162, 3e sess., 35e lég., 28 novembre 1994, p. 7978.

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People*. Toronto : The Commission, 1980.

Ontario. Ministère des Affaires municipales. *Des administrations locales accessibles*. Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1992.

Ontario. *Report of the Provincial/Municipal Working Committee on Open Meetings and Access to Information*. Toronto : The Committee, July 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Labrosse, Rosenberg et Gillese) (2005), 205 O.A.C. 150, 16 M.P.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5037 (QL), qui a infirmé une décision de la juge Rady (2005), 10 M.P.L.R. (4th) 88, [2005] O.J. No. 252 (QL), rejetant une requête en annulation d'un règlement. Pourvoi rejeté.

George H. Rust-D'Eye, *Barnet H. Kussner* et *Kim Mullin*, pour l'appelante.

Alan R. Patton et *Analee J. M. Fernandez*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu des faits

Le 19 janvier 2004, la cité de London (« Cité ») a adopté un règlement municipal d'interdiction provisoire suspendant tout aménagement foncier pour une période d'un an dans le corridor de la rue Richmond, entre les rues Huron et Grosvenor. RSJ Holdings Inc. (« RSJ »), l'un des propriétaires fonciers visés, a demandé l'annulation du règlement pour cause d'illégalité parce que la Cité avait examiné, puis décidé d'adopter le règlement lors de deux réunions tenues à huis clos en contravention de l'obligation que le par. 239(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, ch. 25, lui impose d'ouvrir les réunions du conseil et de ses comités au public.

2 RSJ's application was dismissed in first instance on the basis that the closed meetings in question fell within the statutory exception under s. 239(2)(e), allowing for a closed meeting when potential litigation is the subject matter under consideration. Having so concluded, the application judge found it unnecessary to deal with the City's additional contention that the closed meetings were also authorized under s. 239(2)(f) because the subject matter under consideration was subject to solicitor-client privilege. In response to RSJ's appeal to the Court of Appeal for Ontario, the City reiterated its claims to litigation privilege and solicitor-client privilege. In addition, the City took the position that the closed meetings were authorized under another statute, hence triggering the exception under s. 239(2)(g). The Court of Appeal for Ontario rejected the City's arguments, set aside the application judge's decision, and quashed the by-law.

3 The City appeals from this decision on the ground that its closed meetings were authorized under another statute. Since neither notice nor public hearing is required before the passing of an interim control by-law under the provisions of the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13, the City contends that it may hold a closed meeting under s. 239(2)(g) when the subject matter under consideration is an interim control by-law. Alternatively, the City argues that the Court of Appeal erred in quashing the by-law in the absence of any prejudice to RSJ.

4 I would dismiss the appeal. In my view, the Court of Appeal was correct in concluding that the interim control by-law provisions contained in the *Planning Act* in no way obviate the statutory requirement to hold public meetings under s. 239 of the *Municipal Act, 2001*. I also conclude that the Court of Appeal properly exercised its discretion in quashing the by-law. The open meeting requirement reflects a clear legislative choice for increased transparency and accountability in the decision-making process of local governments. I do not accept the contention that RSJ has not suffered prejudice. If anything, the enactment of an interim by-law, given its powerful nature and potential draconian effect on affected land owners, enhances the need for transparency

La requête de RSJ a été rejetée en première instance au motif que ces réunions étaient visées par l'exception prévue à l'al. 239(2)e), qui autorise une réunion à huis clos lorsqu'un litige éventuel doit y être étudié. Vu cette conclusion, la juge des requêtes a jugé inutile d'examiner l'autre prétention de la Cité selon laquelle l'al. 239(2)f) permettait également la tenue de réunions à huis clos parce que la question à l'étude était protégée par le secret professionnel de l'avocat. En réponse à l'appel interjeté par RSJ devant la Cour d'appel de l'Ontario, la Cité a revendiqué à nouveau le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat. La Cité a en outre soutenu qu'une autre loi autorisait la tenue des réunions à huis clos, de sorte que l'exception prévue à l'al. 239(2)g) s'appliquait. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les arguments de la Cité, infirmé la décision de la juge des requêtes et annulé le règlement.

La Cité se pourvoit contre cette décision en faisant valoir qu'une autre loi autorisait la tenue des réunions à huis clos. Étant donné que la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13, permet à une municipalité de prendre un règlement d'interdiction provisoire sans donner d'avis, ni tenir d'audience publique, la Cité prétend que l'al. 239(2)g) l'autorise à tenir une réunion à huis clos pour étudier un règlement municipal d'interdiction provisoire. Subsidiairement, la Cité soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant le règlement en l'absence de préjudice causé à RSJ.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Selon moi, la Cour d'appel a eu raison de conclure que les dispositions de la *Loi sur l'aménagement du territoire* permettant l'adoption d'un règlement municipal d'interdiction provisoire n'écartent aucunement l'obligation légale de tenir des réunions ouvertes au public établie par l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. Je conclus également que la Cour d'appel a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en annulant le règlement. L'obligation de tenir une réunion ouverte au public exprime le choix clair du législateur d'accroître la responsabilisation des gouvernements locaux et la transparence de leur processus décisionnel. Je rejette l'argument selon lequel RSJ n'a subi aucun préjudice. Au contraire,

and accountability. Further, the City's disregard of its statutory obligation to hold public meetings in this case was neither inadvertent nor trivial. In the circumstances, quashing the by-law was an entirely appropriate remedy.

la rigueur d'un règlement municipal d'interdiction provisoire et les effets draconiens qu'il peut avoir sur les propriétaires fonciers visés commandent encore plus la transparence et la responsabilisation lors de son adoption. De plus, le manquement par la Cité à son obligation légale de tenir des réunions ouvertes au public n'a pas été commis par inadvertance et n'est pas anodin. L'annulation du règlement constituait une réparation tout indiquée dans les circonstances.

2. Facts and Proceedings Below

2. Les faits et l'historique procédural

In September 2003, a group of residents of London, Ontario, who lived around Richmond Street complained to the City about the increase of student housing in their residential neighbourhood. In response, the City's Planning Committee passed a resolution on September 29, 2003, requesting the City Solicitor to study the issue.

5 En septembre 2003, un groupe de résidents de London, en Ontario, qui habitaient dans le secteur de la rue Richmond, se sont plaints à la Cité de l'augmentation du nombre de logements d'étudiants dans leur quartier résidentiel. En réponse à cette plainte, le comité municipal d'aménagement du territoire a adopté une résolution, le 29 septembre 2003, pour demander à l'avocat de la Cité d'étudier la question.

In November 2003, RSJ bought a residential property on Richmond Street with the intention of demolishing the existing building and constructing four individual residential units in its place. To this end, between November 2003 and January 2004, RSJ submitted to the City a site plan for approval, applied for a demolition permit, and applied for a building permit. The City took no action in respect of RSJ's applications.

6 En novembre 2003, RSJ a acheté une propriété résidentielle située sur la rue Richmond, dans l'intention de démolir le bâtiment existant et de construire quatre unités d'habitation distinctes pour le remplacer. À cette fin, RSJ a présenté à la Cité, entre novembre 2003 et janvier 2004, un plan d'implantation pour approbation, une demande de permis de démolir et une demande de permis de construire. La Cité n'a pas répondu aux demandes de RSJ.

In response to the Planning Committee's request of September 29, 2003, the City Solicitor delivered a report to the Planning Committee at its meeting of December 8, 2003. The City Solicitor reported on the prospect of regulating the number of bedrooms in a dwelling unit and on the use of s. 150 of the *Municipal Act, 2001* to license student housing as a business, but made no reference to the possible enactment of an interim control by-law.

7 Pour faire suite à la demande que lui avait faite le comité d'aménagement du territoire le 29 septembre 2003, l'avocat de la Cité lui a présenté un rapport lors de sa réunion du 8 décembre 2003. L'avocat de la Cité a soulevé dans son rapport la possibilité de réglementer le nombre de chambres à coucher dans un logement et d'avoir recours à l'art. 150 de la *Loi de 2001 sur les municipalités* pour assujettir les logements d'étudiants à un régime de permis d'entreprise, mais il n'a pas mentionné la possibilité d'adopter un règlement municipal d'interdiction provisoire.

In January 2004, the City considered the Richmond Street issue during the course of two

8 En janvier 2004, la Cité a examiné la question de la rue Richmond lors de deux réunions tenues

meetings that were closed to the public. It is these two closed meetings that are at the heart of this appeal.

9 The City's Planning Committee, composed of seven City Council members, held the first closed meeting on January 12, 2004. The Planning Committee's public agenda revealed that a confidential matter was to be discussed at that meeting but did not disclose what it concerned. At the meeting, the Planning Committee considered a report by the City's acting general manager of planning and development. The report recommended that a land use study be undertaken for properties along the Richmond Street Corridor between Huron and Grosvenor Streets, because of the concerns that had been expressed regarding the "potential impacts of [residential] intensification on the surrounding neighbourhood" ("Planning Report of R. Panzer", Tab 11B of the Appellant's Record, at p. 71). The Planning Committee also considered a draft interim control by-law which, if passed, would freeze all development in an area that included the part of Richmond Street where RSJ's property was located.

10 The second closed meeting was held on the evening of January 19, 2004. The evening began with a public meeting of the 19-member City Council. Included on the public agenda was an item entitled "Committee of the Whole, in camera". The Committee of the Whole is a standing committee of the City Council comprising all 19 members of the City Council. Its role is to make recommendations to the City Council. The agenda did not reveal the subject matter of the scheduled *in camera* meeting. The agenda also listed 14 by-laws that were to be read a first, second and third time. No reference was made to an interim control by-law in this list.

11 The City Council rose at 7:57 p.m. and went into the Committee of the Whole for its closed meeting. The City agrees that, during this closed meeting, the Committee of the Whole discussed not only the Solicitor's report but also the planning report

à huis clos. Ce sont ces deux réunions qui sont au cœur du pourvoi.

Le comité municipal d'aménagement du territoire, composé de sept conseillers municipaux, a tenu la première réunion à huis clos le 12 janvier 2004. L'ordre du jour officiel de la réunion révélait que le comité prévoyait examiner une question confidentielle, sans toutefois en préciser la teneur. Au cours de la réunion, le comité a examiné le rapport du directeur municipal par intérim de l'urbanisme et de l'aménagement. Le rapport recommandait que soit entrepris un examen de l'utilisation du sol relativement aux propriétés situées dans le corridor de la rue Richmond, entre les rues Huron et Grosvenor, compte tenu des préoccupations exprimées quant aux [TRADUCTION] « répercussions possibles de la densification [résidentielle] sur le voisinage » (« Planning Report of R. Panzer », onglet 11B du dossier de l'appelante, p. 71). Le comité a également examiné un projet de règlement municipal d'interdiction provisoire qui, une fois adopté, suspendrait tout aménagement dans une zone comprenant le tronçon de la rue Richmond sur lequel était située la propriété de RSJ.

La deuxième réunion à huis clos a eu lieu le soir du 19 janvier 2004. La soirée a commencé par une séance publique des 19 conseillers formant le conseil municipal. Un point intitulé [TRADUCTION] « Comité plénier, à huis clos » était inscrit à l'ordre du jour officiel. Le comité plénier est un comité permanent du conseil municipal qui regroupe les 19 conseillers municipaux. Son rôle consiste à faire des recommandations au conseil municipal. L'ordre du jour ne mentionnait pas quelle question allait être abordée à huis clos. Il comportait par ailleurs une liste de 14 règlements qui devaient être examinés en première, deuxième et troisième lecture. Or, aucun règlement municipal d'interdiction provisoire ne figurait sur cette liste.

La séance du conseil municipal a été suspendue à 19 h 57 et les conseillers se sont réunis en comité plénier à huis clos. La Cité reconnaît que, pendant cette séance à huis clos, le comité plénier a discuté non seulement du rapport de l'avocat, mais aussi du

and the proposed interim control by-law that would freeze development around Richmond Street. The Committee of the Whole made two recommendations: first, that a land use study be undertaken concerning the area covered by the proposed interim control by-law and, second, that City Council approve the proposed interim control by-law.

rapport sur l'aménagement du territoire et du projet de règlement municipal d'interdiction provisoire qui suspendrait l'aménagement du secteur de la rue Richmond. Le comité plénier a fait deux recommandations : premièrement, qu'un examen de l'utilisation du sol soit entrepris relativement à la zone visée par le projet de règlement municipal d'interdiction provisoire; deuxièmement, que le conseil municipal approuve le projet de règlement municipal d'interdiction provisoire.

The City Council resumed in a regular public session at 10:22 p.m. The public meeting lasted until 10:30 p.m. During this eight-minute session, the City Council introduced, gave three readings to, and passed 32 by-laws, including the impugned interim by-law, without public debate or discussion.

12 Le conseil municipal a repris sa séance régulière devant public à 22 h 22, jusqu'à 22 h 30. Pendant cette séance de huit minutes, le conseil municipal a présenté, examiné en première, deuxième et troisième lecture, puis adopté 32 règlements, dont le règlement provisoire contesté, sans examen ni débat public.

RSJ brought an application under s. 273(1) of the *Municipal Act, 2001* for an order quashing the interim control by-law for illegality on the ground that the City had contravened the general obligation under s. 239(1) of the *Municipal Act, 2001* to hold all meetings in public. The Ontario Superior Court of Justice dismissed RSJ's application ((2005), 10 M.P.L.R. (4th) 88). The application judge accepted the City's contention that both meetings of January 12 and 19 fell within the exception under s. 239(2)(e) of the *Municipal Act, 2001* which allows municipal councils to hold closed meetings where the subject matter concerns "litigation or potential litigation". The application judge reasoned that there was no doubt that RSJ, in light of its investment in the Richmond Street property, would challenge the interim control by-law and, therefore, that a real potential for litigation existed at the time of the closed meetings. Having so concluded, the application judge found it unnecessary to deal with the City's additional contention that the meetings were also authorized under s. 239(2)(f) which allows for closed meetings where the subject matter concerns advice that is subject to solicitor-client privilege.

13 RSJ a présenté, en vertu du par. 273(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*, une requête en annulation du règlement municipal d'interdiction provisoire pour cause d'illégalité, parce que la Cité avait contrevenu à l'obligation générale d'ouvrir ses réunions au public que lui impose le par. 239(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la requête de RSJ ((2005), 10 M.P.L.R. (4th) 88). La juge des requêtes a retenu l'argument de la Cité selon lequel les réunions des 12 et 19 janvier étaient visées par l'exception prévue à l'al. 239(2)e) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*, qui autorise les conseils municipaux à tenir des réunions à huis clos pour étudier des « litiges actuels ou éventuels ». Selon elle, il était indubitable que RSJ contesterait le règlement municipal d'interdiction provisoire vu son investissement dans la propriété de la rue Richmond et, par conséquent, l'éventualité d'un litige était bien réelle au moment de la réunion à huis clos. Vu cette conclusion, la juge des requêtes a cru inutile d'examiner l'autre prétention de la Cité selon laquelle le huis clos était permis par l'al. 239(2)f), qui autorise la tenue d'une réunion à huis clos pour l'étude de conseils protégés par le secret professionnel de l'avocat.

The application judge further held that any votes taken during the two closed meetings were

14 La juge des requêtes a également conclu que tout vote survenu au cours des deux réunions à huis clos

procedural only and, as such, were permissible under s. 239(6)(b) of the *Municipal Act, 2001*. Finally, the application judge held that the City's failure to comply with s. 239(4), which requires the City to state by resolution the general nature of the matter to be considered at the closed meeting, caused no prejudice and in no way affected the substantive validity of the by-law.

15 RSJ appealed the decision to the Court of Appeal for Ontario ((2005), 16 M.P.L.R. (4th) 1). The City reiterated its argument that the meetings were properly closed because they concerned potential litigation under s. 239(2)(e), and advice that was subject to solicitor-client privilege under s. 239(2)(f). In addition, the City submitted that the meetings fell within the exception under s. 239(2)(g), which allows for a closed meeting where the subject matter under consideration is a matter in respect of which a committee or council may hold a closed meeting under another Act. The City argued that, since neither notice nor public hearing is required before the passing of an interim control by-law under the provisions of the *Planning Act*, this constitutes "a matter in respect of which . . . a closed meeting" can be held "under another Act" within the meaning of s. 239(2)(g). The Court of Appeal rejected all three arguments, and quashed the interim control by-law for illegality.

16 The City appeals this decision on the ground that the closed meetings were authorized under s. 239(2)(g) of the *Municipal Act, 2001*. Alternatively, it argues that the by-law should not be quashed.

3. Analysis

3.1 *The Open Meeting Requirement*

17 As we shall see, s. 239 of the *Municipal Act, 2001* requires that all municipal meetings be open to the public, except where the subject matter being considered at the meeting falls within one of seven categories expressly set out in the statute. However,

portait sur une question de procédure et était de ce fait autorisé par l'al. 239(6)b) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. Enfin, elle a affirmé que le défaut de la Cité d'indiquer par voie de résolution la nature générale de la question devant être étudiée lors de la réunion à huis clos, comme l'y obligeait le par. 239(4), n'a causé aucun préjudice et n'a eu aucune incidence sur la validité du règlement quant au fond.

RSJ a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario ((2005), 16 M.P.L.R. (4th) 1). La Cité a de nouveau fait valoir que le huis clos était justifié parce que les réunions devaient porter sur des litiges éventuels au sens de l'al. 239(2)e) et sur des conseils protégés par le secret professionnel de l'avocat au sens de l'al. 239(2)f). La Cité a par ailleurs invoqué l'exception prévue à l'al. 239(2)g), autorisant le huis clos lorsque la question qui doit être étudiée en est une à l'égard de laquelle un comité ou un conseil peut tenir une réunion à huis clos en vertu d'une autre loi. Selon la Cité, puisque la *Loi sur l'aménagement du territoire* permet l'adoption d'un règlement municipal d'interdiction provisoire sans l'envoi d'un avis et sans la tenue d'une audience publique, il s'agit d'une « question à l'égard de laquelle un conseil [. . .] peut tenir une réunion à huis clos en vertu d'une autre loi » au sens de l'al. 239(2)g). La Cour d'appel a rejeté ces trois arguments et annulé le règlement municipal d'interdiction provisoire pour cause d'illégalité.

La Cité se pourvoit contre cette décision en invoquant l'al. 239(2)g) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* qui, selon elle, autorisait la tenue des réunions à huis clos. Subsidiairement, elle prétend que le règlement ne devrait pas être annulé.

3. Analyse

3.1 *L'obligation de tenir une réunion ouverte au public*

Comme nous le verrons, l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités* exige que les réunions d'une municipalité soient ouvertes au public, sauf lorsque la question étudiée entre dans l'une des sept catégories expressément énumérées dans la

before reviewing the relevant statutory provisions, it may be useful to recall the state of affairs that existed in Ontario prior to the enactment of s. 239.

Prior to 1995, whether a meeting was open to the public or not generally depended not on the subject matter under consideration, but on the type of meeting being held. In Ontario, as well as under various provincial statutes, regular council meetings were generally open to the public while committee and other meetings were closed and could only be opened at the discretion of council (M. R. O'Connor, *Open Local Government 2: How crucial legislative changes impact the way municipalities do business in Canada* (2004), at p. 25). It is particularly noteworthy that one recurring problem mentioned in the 1984 Ontario *Report of the Provincial/ Municipal Working Committee on Open Meetings and Access to Information* was that "some municipal councils employ lengthy, in-camera special and committee meetings to discuss matters under debate and then ratify their decision in full council in a few minutes, with minimal discussion" (p. 2). See also the report of the Ontario Commission on Freedom of Information and Individual Privacy (Williams Commission), *Public Government for Private People* (1980). In the hope of thereby fostering democratic values, and responding to the public's demand for more accountable municipal government, these reports recommended compulsory open meetings of municipal councils and committees, subject to narrow exceptions.

These recommendations were acted upon by the Government of Ontario in the early 1990s (Ontario, Ministry of Municipal Affairs, *Open Local Government* (1992), at pp. 2-3 and 31) and Bill 163 (the *Planning and Municipal Statute Law Amendment Act, 1994*, S.O. 1994, c. 23) adopted the open meeting requirement that is now contained in s. 239 of the *Municipal Act, 2001*. The open meeting requirement was intended to increase public confidence in the integrity of local government,

loi. Avant d'examiner les dispositions législatives, il peut toutefois être utile de se rappeler la situation qui existait en Ontario avant l'adoption de l'art. 239.

18 Avant 1995, le caractère public d'une réunion dépendait généralement non pas de la question étudiée, mais du genre de réunion qui devait avoir lieu. En Ontario, et sous le régime de différentes lois provinciales, les réunions ordinaires du conseil étaient généralement ouvertes au public, alors que les réunions des comités et les autres réunions étaient tenues à huis clos et ne pouvaient être ouvertes qu'à la discrétion du conseil (M. R. O'Connor, *Open Local Government 2 : How crucial legislative changes impact the way municipalities do business in Canada* (2004), p. 25). Il importe toutefois de souligner que l'un des problèmes constants mentionné en 1984 dans le *Report of the Provincial/ Municipal Working Committee on Open Meetings and Access to Information* de l'Ontario était que [TRADUCTION] « certains conseils municipaux ont recours à de longues réunions extraordinaires ou de comités, tenues à huis clos, pour débattre de questions controversées et faire ensuite approuver leur décision par le conseil en comité plénier en l'espace de quelques minutes après un débat minimal » (p. 2). Voir également le rapport de la Commission on Freedom of Information and Individual Privacy de l'Ontario (Commission Williams), *Public Government for Private People* (1980). Dans l'espoir de promouvoir les valeurs démocratiques et de répondre à la volonté du public de responsabiliser les gouvernements municipaux, ces rapports ont recommandé que les réunions des conseils et comités municipaux soient impérativement ouvertes au public, sous réserve d'exceptions limitées.

19 Le gouvernement de l'Ontario a donné suite à ces recommandations au début des années 1990 (Ontario, Ministère des Affaires municipales, *Des administrations locales accessibles* (1992), p. 2-3 et 31), et le projet de loi 163 (la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne l'aménagement du territoire et des municipalités*, L.O. 1994, ch. 23) a établi l'obligation d'ouvrir les réunions au public qui figure désormais à l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. On voulait ainsi rehausser la

by ensuring the open and transparent exercise of municipal power (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 162, November 28, 1994, at p. 7978 (Pat Hayes)).

20 Against this brief historical backdrop, I will now review the relevant statutory provisions.

21 Section 239(1) of the *Municipal Act, 2001* broadly requires that municipal meetings be open, while s. 239(2) lists the exceptions to this requirement:

239. (1) Except as provided in this section, all meetings shall be open to the public.

(2) A meeting or part of a meeting may be closed to the public if the subject matter being considered is,

(a) the security of the property of the municipality or local board;

(b) personal matters about an identifiable individual, including municipal or local board employees;

(c) a proposed or pending acquisition or disposition of land by the municipality or local board;

(d) labour relations or employee negotiations;

(e) litigation or potential litigation, including matters before administrative tribunals, affecting the municipality or local board;

(f) advice that is subject to solicitor-client privilege, including communications necessary for that purpose;

(g) a matter in respect of which a council, board, committee or other body may hold a closed meeting under another Act.

22 The imperative "shall" in s. 239(1) demonstrates that, in the normal business of municipal

confiance du public dans l'intégrité du gouvernement local en veillant à ce que le pouvoir municipal soit exercé de façon ouverte et transparente (Ontario, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, nº 162, 28 novembre 1994, p. 7978 (Pat Hayes)).

Sur cette toile de fond historique, j'examinerai maintenant les dispositions législatives pertinentes.

Le paragraphe 239(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* établit la règle générale voulant que les réunions municipales soient ouvertes au public, alors que le par. 239(2) énumère les exceptions à cette règle :

239. (1) Sauf disposition contraire du présent article, les réunions sont ouvertes au public.

(2) Une réunion ou une partie de celle-ci peut se tenir à huis clos si l'une des questions suivantes doit y être étudiée :

a) la sécurité des biens de la municipalité ou du conseil local;

b) des renseignements privés concernant une personne qui peut être identifiée, y compris des employés de la municipalité ou du conseil local;

c) l'acquisition ou la disposition projetée ou en cours d'un bien-fonds par la municipalité ou le conseil local;

d) les relations de travail ou les négociations avec les employés;

e) les litiges actuels ou éventuels, y compris les questions dont les tribunaux administratifs sont saisis, ayant une incidence sur la municipalité ou le conseil local;

f) les conseils qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat, y compris les communications nécessaires à cette fin;

g) une question à l'égard de laquelle un conseil municipal, un conseil, un comité ou une autre entité peut tenir une réunion à huis clos en vertu d'une autre loi.

Le libellé impératif du par. 239(1) démontre que le gouvernement municipal doit, dans le cadre de

government, meetings will be transparent and accessible to the public. The importance of open meetings is reinforced by the permissive "may" in s. 239(2), which allows but does not require municipal governments to close a meeting when its subject matter falls within one of the seven exceptions. By contrast, s. 239(3), which does not concern us on this appeal, requires that a meeting be closed to the public if the subject matter relates to the consideration of a request under the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

ses activités normales, tenir des réunions transparentes et accessibles au public. L'importance de tenir des réunions publiques est renforcée par l'utilisation du mot « peut » au par. 239(2) qui autorise, mais n'oblige pas, les gouvernements municipaux à tenir une réunion à huis clos lorsque la question qui doit y être étudiée correspond à l'une des sept exceptions prévues. En comparaison, le par. 239(3), dont nous n'avons pas à nous préoccuper dans le présent pourvoi, exige qu'une réunion soit tenue à huis clos lorsque la question se rapporte à l'étude d'une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.

The words "committee" and "meeting" are broadly defined in s. 238(1) of the *Municipal Act, 2001*, as follows:

"committee" means any advisory or other committee, subcommittee or similar entity of which at least 50 per cent of the members are also members of one or more councils or local boards;

"meeting" means any regular, special, committee or other meeting of a council or local board.

23 Le paragraphe 238(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* définit les mots « comité » et « réunion » en termes larges :

« comité » Comité ou sous-comité consultatif ou autre, ou une entité similaire, dont au moins 50 pour cent des membres sont également membres d'un ou de plusieurs conseils municipaux ou conseils locaux.

« réunion » Réunion ordinaire, extraordinaire ou autre d'un conseil municipal ou d'un conseil local, y compris d'un de leurs comités.

It is uncontested that the closed meetings held on January 12 and 19, 2004 were meetings as defined in s. 238(1), since all of the members of both the Planning Committee and the Committee of the Whole were also members of the City Council.

Personne ne conteste que les réunions tenues à huis clos les 12 et 19 janvier 2004 constituaient des réunions au sens du par. 238(1), puisque tous les membres du comité municipal d'aménagement du territoire et du comité plénier sont également membres du conseil municipal.

Under the statute, even closed meetings are subject to some public scrutiny, as s. 239(4) requires public notice of the holding of the meeting and of its general subject matter. It reads as follows:

24 Suivant la loi, même les réunions tenues à huis clos ne sont pas entièrement soustraites au regard du public puisque le par. 239(4) exige qu'il soit avisé de la tenue d'une réunion à huis clos et de la nature générale de la question devant y être étudiée. Voici cette disposition :

239. . . .

(4) Before holding a meeting or part of a meeting that is to be closed to the public, a municipality or local board or committee of either of them shall state by resolution,

(a) the fact of the holding of the closed meeting; and

(b) the general nature of the matter to be considered at the closed meeting.

239. . . .

(4) Avant de tenir une réunion ou une partie de réunion à huis clos, une municipalité ou un conseil local ou un comité de l'un ou de l'autre indique ce qui suit par voie de résolution :

a) le fait que la réunion doit se tenir à huis clos;

b) la nature générale de la question devant être étudiée à la réunion à huis clos.

The City concedes that it breached s. 239(4) in this case.

25 The open meeting requirement is further reinforced in ss. 239(5) and 239(6) with respect to the taking of a vote. A meeting may only be closed to the public during a vote where the closed meeting is permitted or required under subss. (2) and (3) *and* the vote is for a procedural matter only or for giving directions or instructions to certain specified persons. These provisions read as follows:

239. . . .

(5) Subject to subsection (6), a meeting shall not be closed to the public during the taking of a vote.

(6) Despite section 244 [which generally prohibits voting by ballot or other method of secret voting], a meeting may be closed to the public during a vote if,

(a) subsection (2) or (3) permits or requires the meeting to be closed to the public; and

(b) the vote is for a procedural matter or for giving directions or instructions to officers, employees or agents of the municipality, local board or committee of either of them or persons retained by or under a contract with the municipality or local board.

26 The City no longer contends that the impugned meetings concerned matters that were subject to litigation or solicitor-client privilege and, in my view, rightly so. The City's sole argument is that its meetings fell within the exception in s. 239(2)(g) of the *Municipal Act, 2001* because, under the provisions of the *Planning Act*, an interim control by-law may be passed without prior notice and without holding a public hearing. I therefore turn to the relevant provisions of the *Planning Act.*

3.2 *Interim Control By-Laws Under the Planning Act*

27 Interim control by-laws are powerful zoning tools by which municipalities can broadly freeze

La Cité reconnaît avoir enfreint le par. 239(4).

L'obligation de tenir une réunion publique est aussi renforcée par les par. 239(5) et 239(6) applicables au moment du vote. Une réunion ne peut être tenue à huis clos au moment du vote que lorsque les par. (2) et (3) autorisent ou imposent le huis clos *et* que le vote porte sur une question de procédure ou vise à donner des directives ou des instructions à des personnes précises. Voici le texte de ces dispositions :

239. . . .

(5) Sous réserve du paragraphe (6), une réunion ne doit pas se tenir à huis clos au moment du vote.

(6) Malgré l'article 244, une réunion peut se tenir à huis clos au moment du vote si :

a) d'une part, le paragraphe (2) ou (3) autorise ou exige la tenue à huis clos de la réunion;

b) d'autre part, le vote porte sur une question de procédure ou vise à donner des directives ou des instructions aux fonctionnaires, agents, employés ou mandataires de la municipalité, du conseil local ou d'un comité de l'un ou de l'autre, ou aux personnes dont la municipalité ou le conseil local a retenu les services, à contrat ou non.

La Cité a abandonné, à juste titre à mon avis, la prétention que les réunions contestées portaient sur des questions protégées par le privilège relatif au litige ou par le secret professionnel de l'avocat. Le seul argument qu'elle invoque maintenant veut que ses réunions soient visées par l'exception prévue à l'al. 239(2)g) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* parce que, suivant les dispositions de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, une municipalité peut adopter un règlement d'interdiction provisoire sans donner d'avis ni tenir d'audience publique. J'examinerai maintenant les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'aménagement du territoire.*

3.2 *Les règlements municipaux d'interdiction provisoire pris sous le régime de la Loi sur l'aménagement du territoire*

Les règlements municipaux d'interdiction provisoire sont de puissants outils de zonage qui

the development of land, buildings and structures within a municipality. The power to enact an interim control by-law has been aptly described as "an extraordinary one, typically exercised in a situation where an unforeseen issue arises with the terms of an existing zoning permission, as a means of providing breathing space during which time the municipality may study the problem and determine the appropriate planning policy and controls for dealing with the situation" (R. G. Doumani and P. A. Foran, *Ontario Planning Act and Commentary* (2004/2005 ed. 2004), at p. 46). As the wording of the *Planning Act* makes clear however, there are few statutory constraints on the use of this "extraordinary" power.

As the City correctly notes, the sole statutory precondition, which has been fulfilled in this case, is that council first direct that a land use study take place concerning the area covered by the interim control by-law. The governing provision is s. 38 of the *Planning Act*, the relevant parts of which read as follows:

38.—(1) Where the council of a local municipality has, by by-law or resolution, directed that a review or study be undertaken in respect of land use planning policies in the municipality or in any defined area or areas thereof, the council of the municipality may pass a by-law (hereinafter referred to as an interim control by-law) to be in effect for a period of time specified in the by-law, which period shall not exceed one year from the date of the passing thereof, prohibiting the use of land, buildings or structures within the municipality or within the defined area or areas thereof for, or except for, such purposes as are set out in the by-law.

(2) The council of the municipality may amend an interim control by-law to extend the period of time during which it will be in effect, provided the total period of time does not exceed two years from the date of the passing of the interim control by-law.

(3) No notice or hearing is required prior to the passing of a by-law under subsection (1) or (2) but the clerk

permettent aux municipalités de suspendre de façon générale l'exploitation du sol, de bâtiments et de constructions sur leur territoire. Le pouvoir d'adopter un règlement municipal d'interdiction provisoire a été décrit avec justesse comme [TRADUCTION] « un pouvoir extraordinaire, généralement exercé lorsqu'une question imprévue se pose relativement à un usage permis par les règlements de zonage, qui a pour but d'accorder un peu de temps à la municipalité pour qu'elle examine le problème et détermine quelle politique et quelles mesures de contrôle en matière d'aménagement représentent la meilleure solution » (R. G. Doumani et P. A. Foran, *Ontario Planning Act and Commentary* (éd. 2004/2005, 2004), p. 46). Le texte de la *Loi sur l'aménagement du territoire* fait toutefois clairement ressortir que ce pouvoir « extraordinaire » est assujetti à très peu de contraintes.

28 La Cité souligne avec justesse que la loi impose comme seule condition préalable — à laquelle il a été satisfait en l'espèce — que le conseil municipal ordonne un examen de l'utilisation du sol dans la zone visée par le règlement municipal d'interdiction provisoire. La disposition applicable est l'art. 38 de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, dont voici les passages pertinents :

38 (1) Si le conseil de la municipalité locale ordonne, par voie de règlement municipal ou de résolution, d'entreprendre la révision ou l'examen des principes d'aménagement relatifs à l'utilisation du sol sur le territoire de la municipalité ou dans une ou plusieurs zones définies de celle-ci, le conseil de la municipalité peut adopter un règlement municipal (ci-après appelé règlement municipal d'interdiction provisoire) interdisant d'utiliser le sol, des bâtiments ou constructions situés sur le territoire de la municipalité ou dans une ou plusieurs zones définies de celle-ci aux fins, ou sauf aux fins, établies dans le règlement municipal. Celui-ci s'applique pendant la durée qu'il précise, sous réserve qu'une telle durée ne dépasse pas un an, à partir de la date où il a été adopté.

(2) Le conseil de la municipalité peut modifier le règlement municipal d'interdiction provisoire en vue d'en proroger l'application, sous réserve que la durée totale du délai ne dépasse pas deux ans à partir de la date où il a été adopté.

(3) Le règlement municipal adopté en application du paragraphe (1) ou (2) ne nécessite pas d'envoi d'avis

of the municipality shall, in the manner and to the persons and public bodies and containing the information prescribed, give notice of a by-law passed under subsection (1) or (2) within thirty days of the passing thereof.

(4) Any person or public body to whom notice of a by-law was given under subsection (3) may, within sixty days from the date of the passing of the by-law, appeal to the Municipal Board by filing with the clerk of the municipality a notice of appeal setting out the objection to the by-law and the reasons in support of the objection.

29 The City argues that since the public has no right to advance notice of the proposed interim control by-law and no right to participate in the process of passing such a by-law, it follows that, at least by implication, the enactment of an interim control by-law is a "matter in respect of which a council . . . may hold a closed meeting under another Act" within the meaning of s. 239(2)(g) of the *Municipal Act, 2001*. I disagree.

30 The City's duty to give advance notice and to hold a public meeting at which interested citizens have the right to make representations is entirely distinct from its obligation to hold its meetings in public. In order to understand what kind of notice and hearing is in effect dispensed with under s. 38(3), it is instructive to look at ss. 34(12) and 34(13) of the *Planning Act* which set out the usual notice and hearing requirements that must be met before a zoning by-law may be passed under that section. These provisions currently read as follows:

34. . . .

(12) Before passing a by-law under this section, except a by-law passed pursuant to an order of the Municipal Board made under subsection (11) or (26),

(a) the council shall ensure that,

(i) sufficient information and material is made available to enable the public to understand

ou la tenue d'audience préalable. Toutefois, le secrétaire de la municipalité donne avis, dans les trente jours, de l'adoption d'un tel règlement municipal, aux personnes et organismes publics prescrits, de la façon et avec les renseignements prescrits.

(4) La personne ou l'organisme public qui reçoit l'avis de règlement municipal visé au paragraphe (3) peut, dans les soixante jours de la date où le règlement municipal a été adopté, interjeter appel auprès de la Commission des affaires municipales en déposant, auprès du secrétaire de la municipalité, l'avis d'appel qui expose l'opposition à ce règlement municipal et les motifs à l'appui.

Selon la Cité, étant donné que le public n'a ni le droit de recevoir un avis préalable du projet de règlement municipal d'interdiction provisoire ni celui de participer à son processus d'adoption, il s'ensuit — implicitement du moins — que l'adoption d'un règlement municipal d'interdiction provisoire est une « question à l'égard de laquelle un conseil [. . .] peut tenir une réunion à huis clos en vertu d'une autre loi » au sens de l'al. 239(2)g) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. Je ne partage pas cet avis.

La responsabilité de la Cité de donner un avis et de tenir une réunion publique préalable au cours de laquelle les citoyens concernés ont le droit de présenter des observations est totalement distincte de son obligation d'ouvrir ses réunions au public. Pour comprendre en quoi consistent l'avis et l'audience dont la municipalité est exemptée par le par. 38(3), il est utile de se reporter aux par. 34(12) et 34(13) de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, qui déterminent quel type de préavis elle doit donner et quel type d'audience elle doit tenir habituellement avant d'adopter un règlement de zonage en application de cet article. Voici le libellé actuel de ces dispositions :

34. . . .

(12) Avant d'adopter, en application du présent article, un règlement municipal autre que celui adopté conformément à une ordonnance rendue par la Commission des affaires municipales en vertu du paragraphe (11) ou (26) :

a) d'une part, le conseil fait en sorte que :

(i) des renseignements et des documents suffisants soient mis à la disposition du public

generally the zoning proposal that is being considered by the council, and

(ii) at least one public meeting is held for the purpose of giving the public an opportunity to make representations in respect of the proposed by-law; and

(b) in the case of a by-law that is required by subsection 26(9) or is related to a development permit system, the council shall ensure that at least one open house is held for the purpose of giving the public an opportunity to review and ask questions about the information and material made available under subclause (a)(i).

(13) Notice of the public meeting required under subclause (12)(a)(ii) and of the open house, if any, required by clause (12)(b),

(a) shall be given to the prescribed persons and public bodies, in the prescribed manner; and

(b) shall be accompanied by the prescribed information.

The dispensation with any notice and hearing requirements under s. 38(3) of the *Planning Act* enables a municipal council to act expeditiously in passing an interim control by-law whenever circumstances may require that it do so and, as such, it is consistent with the nature of this extraordinary zoning tool. By way of example, RSJ filed affidavit evidence from a London City councillor describing how, in July 1992, the City Council became aware that a property owner had begun cutting down trees on his property, creating a risk of damage to the land and adjoining land. The property was zoned "Open Space". London City Council therefore urgently convened a special session at 10:00 a.m. on July 3, 1992 to consider, discuss, and ultimately pass an interim control by-law in respect of a particular property. No advance notice or hearing was required. However, all discussions were conducted in open public session.

pour lui permettre de comprendre les grandes lignes de la proposition de zonage que le conseil est en train d'examiner;

(ii) au moins une réunion publique soit tenue pour donner au public l'occasion de présenter des observations à l'égard du règlement municipal proposé;

b) d'autre part, dans le cas d'un règlement municipal qui est exigé par le paragraphe 26(9) ou qui se rapporte à un système de délivrance de permis d'exploitation, le conseil fait en sorte qu'au moins une journée d'accueil soit tenue pour donner au public l'occasion d'examiner les renseignements et documents mis à sa disposition aux termes du sous-alinéa a)(i) et de poser des questions à leur sujet.

(13) Un avis de la réunion publique exigée aux termes du sous-alinéa (12)a)(ii) et de la journée d'accueil exigée, le cas échéant, par l'alinéa (12)b) :

a) d'une part, est donné aux personnes et organismes publics prescrits de la manière prescrite;

b) d'autre part, est accompagné des renseignements prescrits.

31 Si le paragraphe 38(3) de la *Loi sur l'aménagement du territoire* exempte le conseil municipal de donner un préavis et de tenir une audience préalable, c'est pour lui permettre de prendre promptement un règlement municipal d'interdiction provisoire chaque fois que les circonstances le justifient. La nature de cette exemption est donc compatible avec celle de cet outil de zonage extraordinaire. À titre d'exemple, RSJ a produit l'affidavit d'un conseiller municipal de la Cité, qui décrit la manière dont le conseil municipal a appris, en juillet 1992, qu'un propriétaire foncier avait commencé à abattre des arbres sur son terrain, risquant ainsi de causer des dommages à son bien-fonds et aux biens-fonds adjacents. Cette propriété était située dans une zone « espace ouvert ». Le conseil municipal de London a convoqué de toute urgence une réunion extraordinaire, dès 10 h le 3 juillet 1992, afin d'étudier un règlement municipal d'interdiction provisoire visant ce terrain précis, d'en débattre, puis de l'adopter. L'envoi d'un avis et la tenue d'une audience préalable n'étaient pas nécessaires. Toute la réunion s'est toutefois déroulée publiquement.

32 This example demonstrates the clear distinction between a citizen's right to notice and participation, and his or her right to observe municipal government in process. The open meeting requirement set out in s. 239 of the *Municipal Act, 2001* concerns the latter. In my view, nothing contained in s. 38 of the *Planning Act* authorizes the holding of a closed meeting within the meaning of the exception found in s. 239(2)(g) of the *Municipal Act, 2001*. A clear example of another Act that falls within this exception can be found under s. 2.1(7) of the *Emergency Management and Civil Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.9. It reads as follows:

> **2.1** . . .
>
> (7) The council of a municipality shall close to the public a meeting or part of a meeting if the subject matter being considered is the council's approval for the purpose of subsection (5).

The *Emergency Management and Civil Protection Act* requires municipalities to "develop and implement an emergency management program" in order to "identify and assess the various hazards and risks to public safety that could give rise to emergencies and identify the facilities and other elements of the infrastructure that are at risk of being affected by emergencies" (ss. 2.1(1) and 2.1(3)). Hence, for obvious security reasons related to the confidential nature of some information contained in this emergency management program, the *Emergency Management and Civil Protection Act* explicitly allows municipalities to hold meetings that are closed to the public (s. 2.1(7)). In stark contrast, there is nothing concerning the nature of an interim by-law or in the language of s. 38 of the *Planning Act* that lends support to the City's contention.

33 I therefore conclude that the City breached s. 239 of the *Municipal Act, 2001* by closing its committee and council meetings of January 12 and 19, 2004 during its discussion of the interim control by-law No. C.P.-1438-33. The remaining question is whether the Court of Appeal properly exercised

Cet exemple illustre la nette distinction qui existe entre le droit du citoyen de recevoir un préavis et de participer au processus et son droit d'observer le déroulement des travaux du gouvernement municipal. L'obligation d'ouvrir les réunions au public établie par l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités* se rattache au second. À mon avis, aucun élément de l'art. 38 de la *Loi sur l'aménagement du territoire* n'autorise le huis clos au sens de l'exception prévue à l'al. 239(2)g) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. À titre d'exemple d'une autre loi qui donne clairement lieu à l'application de cette exception, citons le par. 2.1(7) de la *Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence*, L.R.O. 1990, ch. E.9 :

> **2.1** . . .
>
> (7) Le conseil municipal tient à huis clos tout ou partie d'une réunion portant sur son approbation pour l'application du paragraphe (5).

La *Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence* oblige les municipalités à « élabore[r] et met[tre] en œuvre un programme de gestion des situations d'urgence » pour « détermine[r] et évalue[r] les divers dangers et risques pour la sécurité publique qui pourraient donner lieu à des situations d'urgence et détermine[r] les installations et autres éléments de l'infrastructure qui sont susceptibles d'être touchés par elles » (par. 2.1(1) et 2.1(3)). Pour des raisons de sécurité évidentes se rattachant à la nature confidentielle de certains éléments du programme de gestion des situations d'urgence, la *Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence* autorise donc expressément les municipalités à tenir des réunions à huis clos (par. 2.1(7)). À l'opposé, rien dans la nature d'un règlement provisoire ni dans le libellé de l'art. 38 de la *Loi sur l'aménagement du territoire* n'étaye la prétention de la Cité.

Je conclus donc que la Cité a enfreint l'art. 239 de la *Loi de 2001 sur les municipalités* en examinant à huis clos le règlement municipal d'interdiction provisoire n° C.P.-1438-33 lors des réunions du comité et du conseil du 12 et du 19 janvier 2004. Il reste à déterminer si la Cour d'appel a bien exercé

its discretion to quash the City's interim control by-law for this illegality. I therefore turn to the question of remedy.

3.3 *Quashing a By-Law for Illegality*

RSJ's application was brought under s. 273 of the *Municipal Act, 2001*. The relevant parts of this provision read as follows:

273. (1) Upon the application of any person, the Superior Court of Justice may quash a by-law of a municipality in whole or in part for illegality.

(2) In this section,

"by-law" includes an order or resolution.

. . .

(4) The court may direct that nothing shall be done under the by-law until the application is disposed of.

(5) An application to quash a by-law in whole or in part . . . shall be made within one year after the passing of the by-law.

"Illegality" is not defined under the statute. In its ordinary meaning, it is a broad generic term that encompasses any non-compliance with the law. However, s. 273 must be read in conjunction with other provisions. Under s. 38(4) of the *Planning Act*, an appeal from an interim control by-law lies to the Ontario Municipal Board ("OMB"). In turn, s. 36 of the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28, gives the OMB exclusive jurisdiction "in all cases and in respect of all matters in which jurisdiction is conferred on it by this Act or by any other general or special Act".

In first instance, the City raised the threshold question whether the court should entertain the

son pouvoir discrétionnaire en annulant pour cause d'illégalité le règlement municipal d'interdiction provisoire adopté par la Cité. J'examinerai donc maintenant la question de la réparation.

3.3 *L'annulation d'un règlement pour cause d'illégalité*

RSJ a présenté sa requête en vertu de l'art. 273 de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. Voici les dispositions pertinentes de cet article : 34

273. (1) Sur présentation d'une requête par quiconque, la Cour supérieure de justice peut annuler tout ou partie d'un règlement municipal pour cause d'illégalité.

(2) La définition qui suit s'applique au présent article.

« règlement municipal » S'entend en outre d'un ordre ou d'une résolution.

. . .

(4) Le tribunal peut ordonner qu'aucune mesure ne soit prise en application du règlement municipal tant qu'une décision au sujet de la requête n'a pas été rendue.

(5) . . . la requête en annulation de tout ou partie d'un règlement municipal doit être présentée au cours de l'année qui suit l'adoption du règlement.

L'« illégalité » n'est pas définie dans la loi. Suivant son sens ordinaire, il s'agit d'un terme générique général qui englobe toutes les inobservations de la loi. L'article 273 doit toutefois être lu en corrélation avec d'autres dispositions. Suivant le par. 38(4) de la *Loi sur l'aménagement du territoire*, un règlement municipal d'interdiction provisoire peut faire l'objet d'un appel auprès de la Commission des affaires municipales de l'Ontario (« CAMO »). De son côté, l'art. 36 de la *Loi sur la Commission des affaires municipales de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.28, accorde à la CAMO une compétence exclusive « à l'égard des instances et des questions qui relèvent de sa compétence en vertu de la présente loi ou d'une autre loi générale ou spéciale ». 35

La Cité a soulevé en première instance la question préliminaire de savoir si le tribunal devait 36

application or defer the matter to the OMB. Based on principles established in *Country Pork Ltd. v. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529 (C.A.), the application judge assumed jurisdiction, stating as follows (at paras. 26-27):

> In determining whether the court ought to assume jurisdiction in this case, it is necessary to consider the nature of the attack: *Country Pork Ltd. v. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529 (Ont. C.A.). Section 273(1) of the *Act* is "not a vehicle for consideration of the merits of a municipality's decision to pass the bylaw, or whether it conforms to proper municipal planning principles" (at p. 542). Those matters are for the OMB and fall within its specialized expertise.
>
> Based on the material before me and the applicants' submissions during argument, I am satisfied that this application involves "a direct frontal attack on the underlying validity and legality of the bylaw" as set out in *Country Pork* (supra), thereby attracting the jurisdiction of the Superior Court. I am not being asked to rule on the merits of the City's decision nor whether proper planning principles were considered.

37 In my view, this approach is sound. While the language in s. 273(1) of the *Municipal Act, 2001* is broad, the supervisory jurisdiction of the Superior Court, when considered in context, is more limited and should not be read as usurping the role of the OMB and its specialized expertise. The question of jurisdiction is no longer before this Court. Nonetheless, the City argues that the overarching principle which should govern the court on a s. 273 review of a municipal by-law is one of deference. While this approach may be appropriate on a review of the merits of a municipal decision, in my view, the City's argument is misguided here. Municipalities are creatures of statute and can only act within the powers conferred on them by the provincial legislature: *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 273. On the question of "illegality" which is central to a s. 273 review, municipalities do not possess any greater institutional expertise than the courts — "[t]he test on jurisdiction and questions of law is correctness": *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking*

statuer sur la requête ou renvoyer l'affaire devant la CAMO. Se fondant sur les principes établis dans *Country Pork Ltd. c. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529 (C.A.), la juge des requêtes s'est déclarée compétente en affirmant, aux par. 26-27 :

> [TRADUCTION] Pour trancher la question de savoir s'il doit se déclarer compétent en l'espèce, le tribunal doit examiner la nature de la contestation : *Country Pork Ltd. c. Ashfield (Township)* (2002), 60 O.R. (3d) 529 (C.A. Ont.). Le paragraphe 273(1) de la *Loi* n'est « pas un moyen permettant d'examiner le bien-fondé de la décision d'une municipalité de prendre un règlement, ni de savoir si celui-ci est conforme aux principes d'aménagement applicables sur son territoire » (p. 542). Ces questions relèvent de la CAMO et de son expertise.
>
> D'après les documents qui m'ont été présentés et les observations des demanderesses lors des plaidoiries, je suis convaincue que la présente requête vise « à contester directement la validité et la légalité mêmes du règlement municipal », pour reprendre les termes utilisés dans *Country Pork* (précité), faisant ainsi intervenir la compétence de la Cour supérieure. Je ne suis pas invitée à statuer sur le bien-fondé de la décision de la Cité ni sur la question de savoir si elle a tenu compte des principes d'aménagement applicables.

J'estime que ce raisonnement est valable. Bien que le par. 273(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* soit formulé en termes généraux, le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure est plus restreint lorsqu'on l'envisage dans ce contexte, et elle ne devrait pas l'interpréter de façon à usurper le rôle de la CAMO et son expertise. La question de la compétence ne se pose plus devant nous. La Cité prétend néanmoins que le principe fondamental qui devrait guider le tribunal appelé à examiner un règlement municipal en vertu de l'art. 273 est celui de la retenue judiciaire. Si cette approche peut certes convenir à l'examen du bien-fondé d'une décision municipale, j'estime que l'argument de la Cité n'est pas judicieux en l'espèce. Les municipalités doivent leur existence à une loi et, de ce fait, ne peuvent agir que dans les limites des pouvoirs que leur confère la législature provinciale : *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 273. En ce qui concerne l'« illégalité », qui constitue l'élément essentiel d'un examen fondé sur l'art. 273, les municipalités ne sont pas

Ltd., [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 29.

In light of the particular statutory provision that occupies us — the open meeting requirement — I would add the following comment on the principle of deference. The dissent of McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada* is often cited as a broad statement of the deference that courts owe to municipal governments. In large part, this deference is founded upon the democratic character of municipal decisions. Indeed, McLachlin J. recognized that deference to municipal decisions "adheres to the fundamental axiom that courts must accord proper respect to the democratic responsibilities of elected municipal officials and the rights of those who elect them" (p. 245). Municipal law was changed to require that municipal governments hold meetings that are open to the public, in order to imbue municipal governments with a robust democratic legitimacy. The democratic legitimacy of municipal decisions does not spring solely from periodic elections, but also from a decision-making process that is transparent, accessible to the public, and mandated by law. When a municipal government improperly acts with secrecy, this undermines the democratic legitimacy of its decision, and such decisions, even when *intra vires*, are less worthy of deference.

The power to quash a by-law for illegality contained in s. 273(1) of the *Municipal Act, 2001* is discretionary. Of course, in exercising its discretion, the court cannot act in an arbitrary manner. The discretion must be exercised judicially and in accordance with established principles of law. Hence, when there is a total absence of jurisdiction, a court acting judicially will quash the by-law. In other cases, a number of factors may inform the court's exercise of discretion including the nature

dotées d'une plus grande expertise institutionnelle que les tribunaux — « [l]e critère à appliquer quand il s'agit de questions de compétence et de questions de droit est celui de la décision correcte » : *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 29.

38 Vu la disposition législative particulière en cause — imposant la tenue de réunions publiques —, j'ajouterais ce qui suit à propos du principe de la retenue judiciaire. Les motifs dissidents de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Shell Canada* sont souvent cités comme énoncé général de la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve envers les gouvernements municipaux. Cette retenue est en grande partie fondée sur le caractère démocratique des décisions municipales. La juge McLachlin a effectivement reconnu que la retenue envers les décisions municipales « est conforme à l'axiome fondamental selon lequel les tribunaux doivent accorder aux responsabilités démocratiques des élus municipaux et aux droits de leurs électeurs le respect qui leur revient » (p. 245). Le droit municipal a été modifié de manière à obliger les gouvernements municipaux à ouvrir leurs réunions au public afin de leur conférer une légitimité démocratique inébranlable. La légitimité démocratique des décisions municipales ne tient pas uniquement à la tenue d'élections périodiques, mais aussi à un processus décisionnel transparent, accessible au public et prescrit par la loi. Lorsqu'un gouvernement municipal agit secrètement sans justification, la légitimité démocratique de sa décision s'en trouve amoindrie et pareille décision ne commande pas une aussi grande retenue — même si elle n'excède pas les limites de sa compétence.

39 Le pouvoir d'annuler un règlement municipal pour cause d'illégalité conféré par le par. 273(1) de la *Loi de 2001 sur les municipalités* est de nature discrétionnaire. Le tribunal ne peut certes pas exercer ce pouvoir discrétionnaire de façon arbitraire. Il doit l'exercer judiciairement et en conformité avec les principes de droit reconnus. Ainsi, le tribunal agissant judiciairement annulera un règlement municipal s'il a été adopté en l'absence totale de compétence. Dans les autres cas,

of the by-law in question, the seriousness of the illegality committed, its consequences, delay, and mootness. For a helpful discussion on the discretionary power to quash a municipal by-law, see *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

40 In this case, it is not contested that the City acted within its jurisdiction in passing the interim control by-law. There is only one statutory precondition to passing an interim control by-law, namely the stipulation in s. 38(1) of the *Planning Act* requiring a municipal council to direct that a land use study be undertaken, and the City complied with that condition. Further, the interim control by-law was voted on and passed during an open meeting of the City Council in compliance with the voting requirements for passing a by-law. However, illegality under s. 273 is not strictly confined to matters of jurisdiction. The failure to comply with statutory procedural requirements that do not go to jurisdiction may nonetheless provide sufficient grounds for quashing.

41 In this case, I would not interfere with the Court of Appeal's exercise of discretion. The City's conduct in closing the two meetings in question was neither inadvertent nor trivial. In fact its council meeting of January 19, 2004 was conducted in a manner that is rather reminiscent of the problems reported more than 20 years ago that led to the passing of the statutory open meeting requirement. It is worth repeating the words of the Working Committee quoted earlier: "some municipal councils employ lengthy, in-camera special and committee meetings to discuss matters under debate and then ratify their decision in full council in a few minutes, with minimal discussion". In my view, the eight-minute public session during the course of which the interim by-law was passed without debate or

plusieurs facteurs peuvent guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, notamment la nature du règlement municipal, la gravité de l'illégalité, ses conséquences, le temps écoulé et le caractère théorique de la question. On trouve une analyse très utile du pouvoir discrétionnaire d'annuler un règlement municipal dans *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

En l'espèce, personne ne conteste que la Cité a agi dans les limites de sa compétence en adoptant le règlement municipal d'interdiction provisoire. La loi ne prévoit qu'une condition préalable à pareille mesure, soit l'obligation imposée à la municipalité par le par. 38(1) de la *Loi sur l'aménagement du territoire* d'ordonner que soit entrepris un examen des principes d'aménagement relatifs à l'utilisation du sol, et la Cité s'est conformée à cette exigence. En outre, le règlement municipal d'interdiction provisoire a été mis aux voix et adopté au cours d'une réunion du conseil municipal ouverte au public, conformément aux exigences relatives au vote imposées pour l'adoption d'un règlement municipal. Cependant, l'illégalité visée à l'art. 273 ne se limite pas strictement à des questions de compétence. L'inobservation des exigences procédurales prescrites par la loi qui ne touchent pas la compétence peut néanmoins suffire pour justifier l'annulation.

En l'occurrence, je n'interviendrais pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel. La tenue à huis clos des deux réunions de la Cité n'est pas due à une inadvertance et n'est pas anodine. De fait, la réunion du conseil municipal du 19 janvier 2004 s'est déroulée d'une manière qui n'est pas sans rappeler les problèmes, dénoncés il y a plus de 20 ans, qui ont conduit à l'imposition de l'obligation légale d'ouvrir les réunions au public. Il est utile de répéter les propos du comité de travail cités précédemment : [TRADUCTION] « certains conseils municipaux ont recours à de longues réunions extraordinaires ou de comités, tenues à huis clos, pour débattre de questions controversées et faire ensuite approuver leur décision par le conseil en comité plénier en l'espace de quelques minutes

discussion along with 31 other by-laws did nothing to cure the defect.

Further, while RSJ did not have the right to notice of the City's intention to pass the by-law nor any right to make representations at a public hearing, it did have the right, along with other citizens, to a transparent and open process. The Court of Appeal was correct to conclude that the potentially draconian effects of interim control by-laws accentuate the need for the courts to jealously require that "the meeting in which an interim control by-law is discussed be open to the public as required by s. 239(1) of the Act" (para. 27). In these circumstances, I do not accept the contention that RSJ suffered no prejudice.

4. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: WeirFoulds, Toronto.

Solicitors for the respondent: Patton Cormier & Associates, London.

après un débat minimal ». À mon avis, la séance publique de huit minutes au cours de laquelle le règlement municipal provisoire a été adopté sans débat, en même temps que 31 autres règlements municipaux, n'a en rien suppléé au manquement.

42 Par ailleurs, si RSJ ne bénéficiait pas du droit d'être avisée de l'intention de la Cité d'adopter le règlement ni de celui de présenter des observations dans le cadre d'une audience publique, elle avait droit, au même titre que les autres citoyens, à un processus transparent et ouvert. La Cour d'appel a eu raison de conclure que, compte tenu des effets draconiens que peut avoir un règlement municipal d'interdiction provisoire, il est d'autant plus nécessaire que les tribunaux veillent scrupuleusement à ce que [TRADUCTION] « la réunion au cours de laquelle un règlement municipal d'interdiction provisoire est examiné soit ouverte au public comme l'exige le par. 239(1) de la Loi » (par. 27). Dans ces circonstances, je rejette la prétention selon laquelle RSJ n'a subi aucun préjudice.

4. Dispositif

43 Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : WeirFoulds, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Patton Cormier & Associates, London.

Attorney General of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

JTI-Macdonald Corp. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Imperial Tobacco Canada Ltd. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan and Canadian Cancer Society *Interveners*

Procureur général du Canada *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

JTI-Macdonald Corp. *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

Rothmans, Benson & Hedges inc. *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

Imperial Tobacco Canada ltée *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan et Société canadienne du cancer *Intervenants*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* JTI-MACDONALD CORP.

Neutral citation: 2007 SCC 30.

File No.: 30611.

2007: February 19; 2007: June 28.

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

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* JTI-MACDONALD CORP.

Référence neutre : 2007 CSC 30.

N° du greffe : 30611.

2007 : 19 février; 2007: 28 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertising and promotion of tobacco — Whether limits imposed on tobacco manufacturers' freedom of expression by provisions of Tobacco Act and Tobacco Products Information Regulations justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, ss. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272.

In 1995, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, the Court struck down provisions of the *Tobacco Products Control Act* that broadly prohibited all advertising and promotion of tobacco products, subject to specific exceptions, and required that unattributed warning labels be affixed on tobacco product packaging. In response to the Court's decision, Parliament enacted the *Tobacco Act* and the *Tobacco Products Information Regulations*. The scheme of the new legislation, in broad terms, involves permitting information and brand-preference advertising, while forbidding lifestyle advertising and promotion, advertising appealing to young persons, and false or misleading advertising or promotion. In addition, the size of mandatory and attributed health warnings on packaging is increased from 33 percent to 50 percent of the principal display surfaces. The appellant tobacco manufacturers challenged the new legislation, alleging that some provisions limited their right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that those limits were not justified under s. 1 of the *Charter*. More specifically, they challenged (1) the provisions' effect on funded scientific publications, (2) the provisions dealing with false and erroneous promotion, (3) the provisions relating to advertising appealing to young people, (4) the ban on lifestyle advertising, (5) the ban on sponsorship promotion and (6) the requirement regarding health warning labels. The trial judge determined that the impugned provisions were constitutional and dismissed the manufacturers' actions. The Quebec Court of Appeal upheld most of the scheme, but found parts of some of the provisions to be unconstitutional. The Attorney General of Canada appealed the findings of unconstitutionality, and the tobacco manufacturers cross-appealed on some of the provisions held to be constitutional.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité et promotion des produits du tabac — Les restrictions que les dispositions de la Loi sur le tabac et du Règlement sur l'information relative aux produits du tabac imposent à la liberté d'expression des fabricants de produits du tabac sont-elles justifiées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272.

En 1995, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la Cour a annulé des dispositions de la *Loi réglementant les produits du tabac* qui établissaient une interdiction générale de toute publicité et promotion des produits du tabac, sous réserve d'exceptions particulières, et exigeaient que des mises en garde non attribuées figurent sur l'emballage de ces produits. À la suite de cet arrêt de la Cour, le législateur a adopté la *Loi sur le tabac* et le *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac*. De manière générale, l'économie des nouvelles mesures législatives consiste notamment à permettre la publicité informative et la publicité préférentielle, tout en interdisant la publicité et la promotion de style de vie, la publicité attrayante pour les jeunes et la publicité ou promotion trompeuse. En outre, la taille des mises en garde obligatoires et attribuées sur les emballages passe de 33 p. 100 à la moitié de la principale surface exposée. Les fabricants de produits du tabac appelants ont contesté les nouvelles mesures législatives, alléguant que certaines dispositions restreignaient le droit à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que ces restrictions n'étaient pas justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Plus précisément, ils ont contesté (1) l'effet des dispositions en cause sur les publications scientifiques subventionnées, (2) les dispositions relatives à la promotion trompeuse, (3) les dispositions relatives à la publicité attrayante pour les jeunes, (4) l'interdiction de la publicité de style de vie, (5) l'interdiction de la promotion de commandite et (6) l'exigence concernant les mises en garde. Le juge de première instance a décidé que les dispositions contestées étaient constitutionnelles et a rejeté les actions intentées par les fabricants. La Cour d'appel du Québec a confirmé la validité de la majeure partie du régime, mais elle a toutefois conclu que des parties de certaines dispositions étaient inconstitutionnelles. Le procureur général du Canada se pourvoit contre les conclusions d'inconstitutionnalité, alors que les fabricants de produits du tabac forment des pourvois incidents à l'égard de certaines dispositions jugées constitutionnelles.

Held: The appeals should be allowed and the cross-appeals dismissed.

Properly construed, ss. 18 and 19 of the *Tobacco Act* permit the publication of legitimate scientific works sponsored by the tobacco manufacturers and do not unjustifiably restrict the manufacturers' right to freedom of expression. These sections, as applied to scientific works, are ambiguous. Although the primary object of s. 18 is "product placement" directed at consumers, s. 18(2)(*a*), read literally and in combination with the definition of "promotion" in s. 18(1) and the general prohibition in s. 19, would effect a broad ban on funded scientific works. Such a reading would fit neither the scheme of ss. 18 and 19 nor Parliament's goals. To bring the reference to "scientific work" in s. 18(2)(*a*) into harmony with the purpose and wording of s. 18 as a whole, the word "promotion" in s. 18 should be read as meaning commercial promotion directly or indirectly targeted at consumers. Read in this way, ss. 18 and 19 do not prevent the publication of legitimate scientific works funded by tobacco manufacturers. However, a manufacturer would be prohibited from paying for a particular brand to be included in a commercial scientific work directed at consumers, and this limit on free expression would be saved under s. 1 of the *Charter*. [52-57]

Section 20 of the *Tobacco Act*, which bans "false, misleading or deceptive" promotion, as well as promotion "likely to create an erroneous impression about the characteristics, health effects or health hazards of the tobacco product or its emissions", clearly infringes the guarantee of freedom of expression. However, the ban, and more specifically the ban on promotion "likely to create an erroneous impression", are justified under s. 1. This phrase is directed at promotion that, while not literally false, misleading or deceptive in the traditional legal sense, conveys an erroneous impression about the effects of the tobacco product, in the sense of leading consumers to infer things that are not true. It represents an attempt to cover the grey area between demonstrable falsity and invitation to false inference that tobacco manufacturers have successfully exploited in the past. Parliament's objective of combating the promotion of tobacco products by half-truths and by invitation to false inference constitutes a pressing and substantial objective, and prohibiting such forms of promotion is rationally connected to Parliament's public health and consumer protection purposes. The ban on promotion "likely to create an erroneous impression" is not

Arrêt : Les pourvois principaux sont accueillis et les pourvois incidents sont rejetés.

Correctement interprétés, les art. 18 et 19 de la *Loi sur le tabac* permettent la publication des œuvres scientifiques légitimes commanditées par les fabricants de produits du tabac et ne restreignent pas de manière injustifiable le droit de ces derniers à la liberté d'expression. Ces dispositions sont ambiguës en ce qui concerne les œuvres scientifiques. Bien que l'art. 18 ait pour objet premier le « placement de produits » destinés aux consommateurs, l'al. 18(2)*a*) — interprété littéralement et conjointement avec la définition du terme « promotion » au par. 18(1) et avec l'interdiction générale de l'art. 19 — établirait une interdiction générale concernant les œuvres scientifiques subventionnées. Une telle interprétation ne cadrerait ni avec l'économie des art. 18 et 19 ni avec les objectifs du législateur. Pour harmoniser la mention des « œuvres [. . .] scientifiques », à l'al. 18(2)*a*), avec l'objet et le libellé de l'ensemble de l'art. 18, le terme « promotion », figurant à l'art. 18, devrait s'entendre de la promotion commerciale qui s'adresse directement ou indirectement aux consommateurs. Ainsi interprétés, les art. 18 et 19 n'interdisent pas la publication des œuvres scientifiques légitimes subventionnées par les fabricants de produits du tabac. Toutefois, il serait interdit à un fabricant de payer pour qu'une marque particulière figure dans une œuvre scientifique commerciale destinée aux consommateurs, et cette restriction de la liberté d'expression serait justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. [52-57]

L'article 20 de la *Loi sur le tabac*, qui interdit la promotion faite « d'une manière fausse ou trompeuse », de même que celle faite d'une manière « susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions », viole de toute évidence la garantie de liberté d'expression. Cependant, cette interdiction et plus particulièrement l'interdiction de la promotion « susceptible de créer une fausse impression » sont justifiées au regard de l'article premier. Ces termes visent la promotion qui, sans être vraiment fausse ou trompeuse au sens juridique traditionnel, transmet une fausse impression au sujet des effets du produit du tabac, en ce sens qu'elle amène les consommateurs à faire des inférences erronées. Il s'agit là d'une tentative de combler la zone grise qui sépare la fausseté démontrable et l'incitation à faire de fausses inférences, et que les fabricants de produits du tabac ont exploitée avec succès dans le passé. L'objectif du législateur consistant à combattre la promotion des produits du tabac faisant appel à des demi-vérités et incitant à faire de fausses inférences constitue un objectif urgent et réel, et l'interdiction de ces formes de promotion est rationnellement liée aux

overbroad or vague, but rather falls within a range of reasonable alternatives. Finally, the impugned phrase meets the requirement of proportionality of effects. The objective is of great importance, nothing less than a matter of life or death for millions of people who could be affected, and the evidence shows that banning advertising by half-truths may help reduce smoking. The expression at stake — the right to invite consumers to draw an erroneous inference as to the healthfulness of a product that, on the evidence, will almost certainly harm them — is of low value. [58] [63] [65-66] [68-69]

Section 22(2) of the *Tobacco Act* permits information and brand-preference advertising in certain media and certain locations, but s. 22(3) bans "advertising that could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons". This limit on free expression imposed by s. 22(3), properly interpreted, is justified under s. 1 of the *Charter*. Section 22(3) requires the prosecution in a given case to prove that there are reasonable grounds to believe that the advertisement of a tobacco product at issue could be appealing to young persons, in the sense that it could be particularly attractive and of interest to young persons, as distinguished from the general population. This interpretation yields a common meaning for the French and English versions of s. 22(3) and is consistent with Parliament's stated purpose of preventing young people in particular from taking up smoking and becoming addicted to tobacco. This purpose is pressing and substantial, and a ban on advertising appealing to young persons is rationally connected to it. Further, s. 22(3), properly interpreted, satisfies the minimal impairment requirement. The provision does not impose a total ban on advertising. Information and brand-preference advertising is permitted, provided that it is not done in places that young persons are likely to frequent or in publications not addressed to adults, and provided that it is not lifestyle advertising or advertising that there are reasonable grounds to believe that it could be appealing to young people as a group. Given the sophistication and subtlety of tobacco advertising practices in the past, Parliament cannot be said to have gone further than necessary in blocking advertising that might influence young persons to start smoking. Lastly, s. 22(3) meets the requirement of proportionality of effects. The prohibited speech is of low value, and the beneficial effects of the ban for young persons and for society at large may be significant. Moreover, the vulnerability of the

objectifs du législateur en matière de santé publique et de protection du consommateur. L'interdiction de la promotion « susceptible de créer une fausse impression » n'est ni vague ni trop englobante, mais se situe plutôt à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Enfin, le libellé contesté satisfait à l'exigence de proportionnalité des effets. L'objectif est d'une très grande importance, rien de moins qu'une question de vie ou de mort pour les millions de personnes susceptibles d'être touchées, et la preuve montre que l'interdiction de la publicité faisant appel à des demi-vérités peut aider à réduire l'usage du tabac. La forme d'expression en jeu — le droit d'inviter les consommateurs à faire une inférence erronée sur la salubrité d'un produit qui, selon la preuve, leur causera presque assurément du tort — a peu de valeur. [58] [63] [65-66] [68-69]

Le paragraphe 22(2) de la *Loi sur le tabac* autorise la publicité informative et la publicité préférentielle dans certains médias et certains lieux, mais le par. 22(3) interdit « la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes ». Cette restriction de la liberté d'expression imposée par le par. 22(3), correctement interprétée, est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Aux termes du par. 22(3), la poursuite doit, dans un cas donné, établir l'existence de motifs raisonnables de croire que la publicité d'un produit du tabac qui est visée pourrait être attrayante pour les jeunes, en ce sens qu'elle pourrait être particulièrement attirante et intéressante pour les jeunes, par opposition à l'ensemble de la population. Cette interprétation permet de dégager un sens commun aux versions française et anglaise du par. 22(3) et est conforme à l'intention déclarée du législateur d'empêcher plus particulièrement les jeunes de commencer à fumer et de développer une dépendance au tabac. Il s'agit d'un objectif urgent et réel, auquel est rationnellement liée l'interdiction de la publicité attrayante pour les jeunes. De plus, le par. 22(3), correctement interprété, satisfait à l'exigence d'atteinte minimale. Cette disposition n'interdit pas totalement la publicité. La publicité informative et la publicité préférentielle sont permises dans la mesure où elles ne sont pas faites dans des lieux que les jeunes sont susceptibles de fréquenter ou dans des publications qui ne s'adressent pas à des adultes, et où elles ne constituent pas de la publicité de style de vie ou de la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes en tant que groupe. Compte tenu de la complexité et de la subtilité des pratiques qui ont été adoptées antérieurement dans le domaine de la publicité des produits du tabac, on ne saurait prétendre que le législateur est allé plus loin que nécessaire en interdisant la publicité qui pourrait inciter les jeunes à commencer à fumer. Enfin,

young may justify measures that privilege them over adults in matters of free expression. [71] [88-89] [92-95]

The ban on "lifestyle advertising" in s. 22(3), properly interpreted, also constitutes a justified limit on free expression. The first part of the definition of lifestyle advertising in s. 22(4), which, combined with s. 22(3), removes advertising that associates a product with a way of life from the broad ambit of s. 22(2), is unproblematic. As for the phrase "or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life", it is aimed at precluding arguments that to constitute lifestyle advertising, there must be a link, on the face of the advertisement, between the tobacco product and a way of life. However, this phrase should be interpreted in a way that leaves room for true information and brand-preference advertising, which s. 22(2) permits. Furthermore, the words "such as one that includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring" are to be read as illustrations of lifestyle advertising. As with the other challenged provisions, the pressing and substantial nature of Parliament's objective is beyond challenge. The sophistication and subtlety of lifestyle advertising are reflected in the means Parliament has chosen to deal with it, and there is a rational connection between this provision and Parliament's objective. Minimal impairment is also established. True information and brand-preference advertising continues to be permitted under s. 22(2). Such advertising crosses the line when it associates a product with a way of life or uses a lifestyle to evoke an emotion or image that may, by design or effect, lead more people to become addicted or lead people who are already addicted to increase their tobacco use. Lastly, the proportionality of the effects is clear. The suppressed expression is of low value compared with the significant benefits in lower rates of consumption and addiction that the ban may yield. [101] [109] [111] [113-115]

Sponsorship promotion, which is subject to a general ban under s. 24 of the *Tobacco Act*, is essentially lifestyle advertising in disguise. For the same reasons as for the prohibition of lifestyle advertising, this clear limit on expression is justified under s. 1. The specific prohibition on using corporate names in sponsorship

le par. 22(3) satisfait à l'exigence de proportionnalité des effets. L'activité expressive interdite a peu de valeur et les effets bénéfiques de l'interdiction pour les jeunes et la société en général peuvent être considérables. En outre, la vulnérabilité des jeunes peut justifier la prise de mesures qui, en matière de liberté d'expression, les favorisent par rapport aux adultes. [71] [88-89] [92-95]

Correctement interprétée, l'interdiction que le par. 22(3) établit à l'égard de la « publicité de style de vie » constitue également une restriction justifiée de la liberté d'expression. La première partie de la définition de la publicité de style de vie figurant au par. 22(4), qui, conjuguée au par. 22(3), exclut du champ d'application général du par. 22(2) la publicité qui associe un produit à une façon de vivre, ne pose aucun problème. En ce qui concerne les termes « ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre », ils visent à écarter les arguments voulant que, pour constituer de la publicité de style de vie, le message doit à première vue présenter un lien entre le produit du tabac et une façon de vivre. Cependant, ces termes devraient être interprétés d'une manière qui laisse place à la véritable publicité informative ou préférentielle, qui est autorisée par le par. 22(2). De plus, les mots « tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace » doivent être considérés comme illustrant des formes de publicité de style de vie. Comme dans le cas des autres dispositions contestées, le caractère urgent et réel de l'objectif du législateur est incontestable. La complexité et la subtilité de la publicité de style de vie se reflètent dans les moyens que le législateur a choisis pour s'y attaquer, et il existe un lien rationnel entre la disposition en question et l'objectif du législateur. L'existence d'une atteinte minimale est également établie. La véritable publicité informative ou préférentielle continue d'être autorisée au par. 22(2). Ces formes de publicité cessent d'être autorisées lorsqu'elles associent un produit à une façon de vivre ou recourent à un style de vie qui évoque une émotion ou une image qui, de par son objet ou son effet, est susceptible d'amener plus de gens à commencer à fumer ou d'amener les personnes qui fument déjà à accroître leur usage du tabac. Enfin, la proportionnalité des effets est évidente. L'activité expressive supprimée a peu de valeur par rapport aux effets bénéfiques importants de la réduction de l'usage du tabac et de la dépendance à celui-ci qui peut résulter de l'interdiction. [101] [109] [111] [113-115]

La promotion de commandite, qui fait l'objet d'une interdiction générale à l'art. 24 de la *Loi sur le tabac*, est essentiellement une publicité de style de vie déguisée. Cette restriction évidente de la liberté d'expression est justifiée au regard de l'article premier pour les mêmes raisons que l'est l'interdiction de la publicité de

promotion and on sports or cultural facilities, which is set out in ss. 24 and 25 of the Act, is also justified. The evidence establishes that as restrictions on tobacco advertising tightened, manufacturers increasingly turned to sports and cultural sponsorship as a substitute form of lifestyle promotion. Placing a tobacco manufacturer's name on a facility is one form such sponsorship takes, and the aim of curbing such promotion justifies imposing limits on free expression. The rational connection element is made out, because placing a corporate name on a list of sponsors or on a sports or cultural facility may promote the use of tobacco in a number of ways. Even where there is no overt connection between the corporate name and the brand name of a tobacco product, the corporate name may serve to promote the sale of the tobacco product. Given the nature of the problem, and in view of the limited value of the expression in issue compared with the beneficial effects of the ban, the proposed solution is proportional. [118] [120] [125-129]

The requirement in the *Tobacco Products Information Regulations* that the government's health warnings occupy at least 50 percent of the principal display surfaces of packages infringes s. 2(*b*) of the *Charter*, but the infringement is justified under s. 1. Parliament's goal, notably to inform and remind potential purchasers of the product of the health hazards it entails, is pressing and substantial. The evidence as to the importance and effectiveness of such warnings establishes a rational connection between Parliament's requirement for warnings and its objects of reducing the incidence of smoking and of the disease and death it causes. Regarding minimal impairment, the requirement for warning labels, including their size, falls within a range of reasonable alternatives. The reasonableness of the government's requirement is supported, notably, by the fact that many countries require warnings at least as large as Canada's. Finally, the benefits flowing from larger warnings are clear, while the detriments to the manufacturers' expressive interest in creative packaging are small. [130] [134-135] [137-140]

Cases Cited

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney*

style de vie. L'interdiction particulière de l'utilisation des dénominations sociales dans la promotion de commandite et sur des installations sportives ou culturelles, qui est établie aux art. 24 et 25 de la Loi, est également justifiée. La preuve démontre que, au fur et à mesure qu'étaient renforcées les restrictions de la publicité sur le tabac, les fabricants se sont tournés vers la commandite d'activités sportives et culturelles pour remplacer la promotion de style de vie. Apposer le nom d'un fabricant de produits du tabac sur une installation est une forme de commandite de cette nature, et l'objectif consistant à enrayer cette forme de promotion justifie d'imposer des limites à la liberté d'expression. L'élément du lien rationnel est établi du fait qu'inscrire une dénomination sociale sur une liste de commanditaires ou l'apposer sur une installation sportive ou culturelle peut promouvoir l'usage du tabac de plusieurs façons. Même en l'absence d'un lien manifeste entre la dénomination sociale et la marque de fabrique d'un produit du tabac, la dénomination sociale peut servir à promouvoir la vente de ce produit. Compte tenu de la nature du problème et de la valeur limitée de l'activité expressive en cause par rapport aux effets bénéfiques de l'interdiction, la solution proposée est proportionnelle. [118] [120] [125-129]

L'exigence du *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac* que les mises en garde du gouvernement occupent au moins la moitié de la principale surface exposée des emballages contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais cette contravention est justifiée au regard de l'article premier. L'objectif du législateur, qui consiste notamment à rappeler aux acheteurs potentiels les dangers que le produit présente pour la santé, est urgent et réel. La preuve concernant l'importance et l'efficacité des mises en garde démontre l'existence d'un lien rationnel entre l'exigence du législateur que des mises en garde soient apposées et son objectif de diminution de l'usage du tabac, ainsi que des maladies et des décès qui en résultent. Quant à l'atteinte minimale, l'exigence des mises en garde, en ce qui concerne leur taille notamment, se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Le caractère raisonnable de l'exigence du gouvernement est étayé notamment par le fait que de nombreux pays prescrivent des mises en garde au moins aussi grandes que celles requises au Canada. Enfin, les effets bénéfiques des mises en garde de plus grande dimension sont manifestes, alors que les effets négatifs sur l'intérêt que les fabricants ont à s'exprimer de manière créative sur l'emballage de leurs produits sont négligeables. [130] [134-135] [137-140]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *RJR-MacDonald Inc. c.*

General), [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Animal Pedigree Act, R.S.C. 1985, c. 8 (4th Supp.), s. 64.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7.
Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27, s. 5(1).
Radiation Emitting Devices Act, R.S.C. 1985, c. R-1, s. 5(1).
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, ss. 4, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 43, 47, 49, 50.
Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.
Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272, ss. 2, 3, 4, 5.

Treaties and Other International Instruments

WHO Framework Convention on Tobacco Control, 2302 U.N.T.S. 229, arts. 11(1)(a), 13(4)(a).

Authors Cited

Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "appeal".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. "*Charter* Dialogue Revisited — Or 'Much Ado About Metaphors'" (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7.
Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20.
Loi sur la généalogie des animaux, L.R.C. 1985, ch. 8 (4^{e} suppl.), art. 64.
Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 4, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 43, 47, 49, 50.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, ch. F-27, art. 5(1).
Loi sur les dispositifs émettant des radiations, L.R.C. 1985, ch. R-1, art. 5(1).
Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272, art. 2, 3, 4, 5.

Traités et autres instruments internationaux

Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 2302 R.T.N.U. 229, art. 11(1)a), 13(4)a).

Doctrine citée

Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Expérience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « *appeal* ».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. « *Charter* Dialogue Revisited — Or "Much Ado About Metaphors" » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.

APPEALS and CROSS-APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Brossard and Rayle JJ.A.), [2005] Q.J. No. 11174 (QL), 2005 QCCA 725 (*sub nom. Imperial Tobacco Canada Ltée v. Canada (Procureure générale)*), and [2005] R.J.Q. 2018, 260 D.L.R. (4th) 224, [2005] Q.J. No. 10915 (QL), 2005 QCCA 726 (*sub nom. JTI-Macdonald Corp. v. Canada (Attorney General)*), and [2005] Q.J. No. 11175 (QL), 2005 QCCA 727 (*sub nom. Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Procureure générale)*), reversing in part a decision of Denis J., [2003] R.J.Q. 181, 102 C.R.R. (2d) 189, [2002] Q.J. No. 5550 (QL). Appeals allowed and cross-appeals dismissed.

Claude Joyal, *Bernard Mandeville* and *Maurice Régnier*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Douglas C. Mitchell, *Georges R. Thibaudeau* and *Catherine McKenzie*, for the respondent/appellant on cross-appeal JTI-Macdonald Corp.

Steven I. Sofer and *Rachel Ravary*, for the respondent/appellant on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Simon V. Potter, *Gregory B. Bordan* and *Sophie Perreault*, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Ltd.

Robin K. Basu and *Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Dominique A. Jobin and *Caroline Renaud*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Craig Jones and *Jonathan Penner*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

POURVOIS PRINCIPAUX et POURVOIS INCIDENTS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Brossard et Rayle), [2005] J.Q. nº 11174 (QL), 2005 QCCA 725 (*sub nom. Imperial Tobacco Canada ltée c. Canada (Procureure générale)*), et [2005] R.J.Q. 2018, 260 D.L.R. (4th) 224, [2005] J.Q. nº 10915 (QL), 2005 QCCA 726 (*sub nom. JTI-Macdonald Corp. c. Canada (Procureure générale)*), et [2005] J.Q. nº 11175 (QL), 2005 QCCA 727 (*sub nom. Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada (Procureure générale)*), infirmant en partie une décision du juge Denis, [2003] R.J.Q. 181, 102 C.R.R. (2d) 189, [2002] J.Q. nº 5550 (QL). Pourvois principaux accueillis et pourvois incidents rejetés.

Claude Joyal, *Bernard Mandeville* et *Maurice Régnier*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Douglas C. Mitchell, *Georges R. Thibaudeau* et *Catherine McKenzie*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident JTI-Macdonald Corp.

Steven I. Sofer et *Rachel Ravary*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges inc.

Simon V. Potter, *Gregory B. Bordan* et *Sophie Perreault*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada ltée.

Robin K. Basu et *Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Dominique A. Jobin et *Caroline Renaud*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Craig Jones et *Jonathan Penner*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Julie Desrosiers and *Robert Cunningham*, for the intervener the Canadian Cancer Society.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

1 These appeals concern the constitutionality of Canada's laws on tobacco advertising and promotion, under the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, and the *Tobacco Products Information Regulations*, SOR/2000-272 ("*TPIR*"). The main issue is whether the limits certain provisions impose on freedom of expression are justified as reasonable under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2 The case pits tobacco manufacturers against the Attorney General of Canada, who is supported by a number of provincial Attorneys General and the Canadian Cancer Society. The tobacco manufacturers, at this stage of the litigation, challenge six aspects of the legislative and regulatory scheme: (1) its effect on funded scientific publications; (2) its provisions dealing with false and erroneous promotion; (3) its provisions relating to advertising appealing to young persons; (4) its ban on lifestyle advertising; (5) its ban on sponsorship promotion; and (6) its regulatory requirement that health warning labels occupy 50 percent of tobacco packaging.

3 The trial judge, Denis J., upheld the provisions as constitutional ([2003] R.J.Q. 181, 102 C.R.R. (2d) 189). The Quebec Court of Appeal upheld most of the scheme, but found parts of some of the provisions to be unconstitutional: [2005] R.J.Q. 2018, [2005] Q.J. No. 10915 (QL), 2005 QCCA

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Julie Desrosiers et *Robert Cunningham*, pour l'intervenante la Société canadienne du cancer.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

Les présents pourvois portent sur la constitutionnalité des dispositions législatives canadiennes sur la publicité et la promotion des produits du tabac, contenues dans la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, et le *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac*, DORS/2000-272 (« *RIPT* »). Il s'agit principalement de savoir si les restrictions que certaines dispositions imposent à la liberté d'expression sont justifiées en tant que limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'affaire oppose des fabricants de produits du tabac et le procureur général du Canada, lequel est appuyé par un certain nombre de procureurs généraux provinciaux ainsi que par la Société canadienne du cancer. À ce stade de l'instance, les fabricants de produits du tabac contestent six aspects du régime législatif et réglementaire : (1) son effet sur les publications scientifiques subventionnées, (2) ses dispositions relatives à la promotion trompeuse, (3) ses dispositions relatives à la publicité attrayante pour les jeunes, (4) son interdiction de la publicité de style de vie; (5) son interdiction de la promotion de commandite et (6) son exigence réglementaire que les mises en garde occupent la moitié de l'emballage des produits du tabac.

Le juge Denis, siégeant en première instance, a conclu à la constitutionnalité des dispositions en cause ([2003] R.J.Q. 181). La Cour d'appel du Québec a confirmé la validité de la majeure partie du régime, mais elle a toutefois conclu que des parties de certaines dispositions étaient

726; [2005] Q.J. No. 11174 (QL), 2005 QCCA 725; [2005] Q.J. No. 11175 (QL), 2005 QCCA 727. The Attorney General of Canada appeals the findings of unconstitutionality to this Court, and the tobacco manufacturers cross-appeal on some of the provisions that the Court of Appeal held constitutional.

inconstitutionnelles : [2005] R.J.Q. 2018, 2005 QCCA 726; [2005] J.Q. nº 11174 (QL), 2005 QCCA 725; [2005] J.Q. nº 11175 (QL), 2005 QCCA 727. Le procureur général du Canada se pourvoit devant notre Cour contre les conclusions d'inconstitutionnalité, alors que les fabricants de produits du tabac forment des pourvois incidents à l'égard de certaines dispositions que la Cour d'appel a jugées constitutionnelles.

I conclude that properly interpreted, the legislative and regulatory provisions at issue do not unjustifiably infringe s. 2(*b*) of the *Charter* and should be upheld, for the reasons that follow. 4

Je conclus que, correctement interprétées, les dispositions législatives et réglementaires en cause ne contreviennent pas de manière injustifiable à l'al. 2*b*) de la *Charte*, et qu'il y a lieu d'en confirmer la validité pour les motifs suivants.

II. Background

II. Contexte

Before analyzing the six disputed aspects of the legislative and regulatory scheme, it is necessary to set the stage by discussing the historical background of the legislation and its social and legal contexts. 5

Avant d'analyser les six aspects contestés du régime législatif et réglementaire, il est nécessaire de situer la mesure législative dans ses contextes historique, social et juridique.

In 1995, this Court struck down the advertising provisions of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. This Act broadly prohibited all advertising and promotion of tobacco products, subject to specific exceptions, and required affixing unattributed warning labels on tobacco product packaging. The majority of the Court in that case held that the provisions limited free expression and that the government had failed to justify the limitations under s. 1 of the *Charter*. In particular, the government, by failing to show that less intrusive measures were not available, had failed to establish that the limits met the requirement of minimal impairment developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (McLachlin J., at paras. 163 and 165, and Iacobucci J., at para. 191). While the majority agreed that s. 1 justification on issues such as this does not require scientifically precise proof, it found that the absence of virtually any proof was fatal to the government's case. The trial judge had found that the requirements for justification were not met on the evidence. The majority concluded that on the record before it, there was 6

En 1995, la Cour a annulé les dispositions relatives à la publicité contenues dans la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Cette loi établissait une interdiction générale de toute publicité et promotion des produits du tabac, sous réserve d'exceptions particulières, et exigeait que des mises en garde non attribuées figurent sur l'emballage de ces produits. La Cour à la majorité a conclu que les dispositions en cause dans cette affaire restreignaient la liberté d'expression et que le gouvernement n'avait pas justifié ces restrictions au regard de l'article premier. Plus particulièrement, en ne démontrant pas qu'il n'existait aucune autre solution moins attentatoire, le gouvernement n'avait pas établi que les restrictions en cause satisfaisaient à l'exigence d'atteinte minimale établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (la juge McLachlin, par. 163 et 165, et le juge Iacobucci, par. 191). Tout en convenant que la justification prévue par l'article premier à l'égard de telles questions ne commande pas une preuve scientifiquement précise, la Cour à la majorité a conclu que l'absence quasi totale de preuve était

no basis to interfere with the trial judge's conclusion.

7 In response to the Court's decision in *RJR*, Parliament enacted the *Tobacco Act* and regulations at issue on these appeals. The scheme of the new legislation, in broad terms, involved permitting information and brand-preference advertising, while forbidding lifestyle advertising and promotion, advertising appealing to young persons, and false or misleading advertising or promotion. In addition, the size of mandatory and attributed health warnings on packaging was increased from 33 percent to 50 percent of the principal display surfaces. In general, the new scheme was more restrained and nuanced than its predecessor. It represented a genuine attempt by Parliament to craft controls on advertising and promotion that would meet its objectives as well as the concerns expressed by the majority of this Court in *RJR*.

8 The government's response to the inevitable challenge to the new scheme, when it came, also reflected the Court's decision in *RJR*. The government presented detailed and copious evidence in support of its contention that where the new legislation posed limits on free expression, those limits were demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

9 Parliament was assisted in its efforts to craft and justify appropriately tailored controls on tobacco advertising and promotion by increased understanding of the means by which tobacco manufacturers seek to advertise and promote their products and by new scientific insights into the nature of tobacco addiction and its consequences. On the findings of the trial judge in the present case, tobacco is now irrefutably accepted as highly addictive and as imposing huge personal and social costs. We now know that half of smokers will die

fatale pour la thèse du gouvernement. Le juge de première instance avait conclu que, selon la preuve, les exigences de justification n'étaient pas respectées. La Cour à la majorité a statué que, au vu du dossier dont elle était saisie, il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance.

Pour répondre à l'arrêt *RJR* de la Cour, le législateur a adopté la *Loi sur le tabac* et le règlement qui sont en cause dans les présents pourvois. De manière générale, l'économie des nouvelles mesures législatives consistait notamment à permettre la publicité informative et la publicité préférentielle, tout en interdisant la publicité et la promotion de style de vie, la publicité attrayante pour les jeunes et la publicité ou promotion trompeuse. En outre, la taille des mises en garde obligatoires et attribuées sur les emballages est passée de 33 p. 100 à la moitié de la principale surface exposée. Le nouveau régime législatif était en général plus modéré et nuancé que le régime antérieur. Il témoignait d'un effort réel du législateur de concevoir des mesures de contrôle de la publicité et de la promotion qui seraient conformes à ses objectifs et qui répondraient aux préoccupations exprimées par la Cour à la majorité dans l'arrêt *RJR*.

La réplique du gouvernement, lorsque, inévitablement, le nouveau régime a été contesté, s'inspirait également de l'arrêt *RJR* de la Cour. Celui-ci a présenté une preuve détaillée et abondante à l'appui de son argument selon lequel la nouvelle mesure législative assujettissait la liberté d'expression à des restrictions dont la justification pouvait être démontrée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Dans ses efforts pour concevoir et justifier des mesures de contrôle bien adaptées au domaine de la publicité et de la promotion des produits du tabac, le législateur a bénéficié d'une meilleure compréhension des moyens que les fabricants utilisent pour annoncer et promouvoir leurs produits, de même que de nouvelles données scientifiques concernant la nature du tabagisme et ses conséquences. Selon les conclusions tirées en l'espèce par le juge de première instance, il est désormais indéniable que le tabac crée une forte dépendance et

of tobacco-related diseases and that the costs to the public health system are enormous. We also know that tobacco addiction is one of the hardest addictions to conquer and that many addicts try to quit time and time again, only to relapse.

Moreover, the international context has changed since 1995. Governments around the world are implementing anti-tobacco measures similar to and, in some cases, more restrictive than Canada's. The *WHO Framework Convention on Tobacco Control* (May 2003), 2302 U.N.T.S. 229, which Canada ratified in 2004, mandates a comprehensive ban on tobacco promotion, subject to state constitutional requirements. The Convention, with 168 signatories and 148 parties, is one of the most widely embraced of multilateral treaties. Domestically, governments now widely accept that protecting the public from second-hand smoke is a legitimate policy objective. Many provinces have banned smoking in enclosed public places, and some are legislating to recover health care costs from tobacco manufacturers and to restrict tobacco promotion even further than the federal *Tobacco Act*. The tobacco industry has been criticized for its use of "light" and "mild" cigarette designations, which the manufacturers agreed in 2006 to discontinue following an investigation by the Competition Bureau.

None of these developments remove the burden on the Crown to show that limitations on free expression imposed by the legislation are demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Charter*. The mere fact that the legislation represents Parliament's response to a decision of this Court does not militate for or against deference: P. W. Hogg, A. A. Bushell Thornton and W. K. Wright, "*Charter* Dialogue Revisited — Or 'Much Ado About Metaphors'" (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, at pp. 47-48. The

engendre des coûts personnels et sociaux exorbitants. Nous savons aujourd'hui que la moitié des fumeurs mourront d'une maladie liée au tabac, ce qui représente des coûts énormes pour le système de santé public. Nous savons également que la dépendance au tabac est l'une des plus difficiles à surmonter et que nombreux sont les fumeurs qui ont tenté, et tentent encore, en vain de cesser de fumer.

10 De plus, le contexte international a changé depuis 1995. Partout dans le monde, des gouvernements mettent en œuvre des mesures antitabac semblables à celles du Canada, et parfois même plus restrictives que celles-ci. La *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* (mai 2003), 2302 R.T.N.U 229, que le Canada a ratifiée en 2004, établit une interdiction globale de la promotion des produits du tabac, sous réserve des exigences constitutionnelles des États qui y ont adhéré. La Convention, qui compte 168 signataires et 148 parties, est l'un des traités multilatéraux qui réunit le plus grand nombre d'adhérents. Au Canada, les gouvernements acceptent désormais généralement que la protection de la population contre la fumée secondaire est un objectif d'intérêt public légitime. Maintes provinces interdisent l'usage du tabac dans les endroits publics fermés; certaines légifèrent en vue d'obtenir le remboursement des coûts des soins de santé par les fabricants de produits du tabac, et de limiter la promotion des produits du tabac encore plus que ne le fait la *Loi sur le tabac* fédérale. On a reproché à l'industrie du tabac d'avoir désigné des cigarettes comme étant « légères » ou « douces », pratique à laquelle les fabricants ont accepté de mettre fin en 2006 à la suite d'une enquête du Bureau de la concurrence.

11 Aucun de ces changements ne dégage la Couronne du fardeau d'établir que la justification des restrictions que la mesure législative impose à la liberté d'expression peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme l'exige l'article premier de la *Charte*. Le simple fait que la mesure législative constitue la réponse du législateur à un arrêt de notre Cour ne milite ni pour ni contre la déférence : P. W. Hogg, A. A. Bushell Thornton et W. K. Wright, « *Charter* Dialogue Revisited — Or "Much Ado About

legal template set out in *Oakes* and *RJR* remains applicable. However, when that template is applied to the evidence adduced by the government in this case more than a decade later, different conclusions may emerge. *RJR* was grounded in a different historical context and based on different findings supported by a different record at a different time. The *Tobacco Act* must be assessed in light of the knowledge, social conditions and regulatory environment revealed by the evidence presented in this case.

Metaphors" » (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 47-48. Le modèle juridique établi dans les arrêts *Oakes* et *RJR* demeure applicable. Toutefois, l'application de ce modèle à la preuve que le gouvernement a soumise, plus d'une décennie plus tard, dans la présente affaire peut donner lieu à des conclusions différentes. L'arrêt *RJR* s'inscrit dans un contexte historique différent et repose sur des conclusions différentes étayées par un dossier différent à une époque différente. La *Loi sur le tabac* doit être appréciée en fonction des connaissances, des conditions sociales et du cadre réglementaire qui ressortent de la preuve présentée en l'espèce.

III. The Evidence

III. La preuve

12 The trial judge's findings of fact are worth examining in detail; the key points are as follows.

Les conclusions de fait du juge de première instance méritent d'être examinées en détail; les éléments essentiels sont les suivants.

13 Some 45,000 Canadians die from tobacco-related illnesses every year. By this measure, smoking is the leading public health problem in Canada.

Quelque 45 000 Canadiens décèdent chaque année de maladies liées au tabac. Dans cette mesure, le tabagisme est le principal problème de santé publique au Canada.

14 Most smokers begin as teenagers, between the ages of 13 and 16. Tobacco advertising serves to recruit new smokers, especially adolescents. It is completely unrealistic to claim that tobacco advertising does not target people under 19 years of age. Recent tobacco advertising has three objectives: reaching out to young people, reassuring smokers (to discourage quitting), and reaching out to women.

La plupart des fumeurs commencent à fumer à l'adolescence, entre l'âge de 13 et de 16 ans. La publicité des produits du tabac sert à recruter de nouveaux fumeurs, particulièrement des adolescents. Il est tout à fait irréaliste de prétendre qu'elle ne vise pas les gens de moins de 19 ans. La publicité récente des produits du tabac vise trois objectifs : atteindre les jeunes, rassurer les fumeurs (pour les dissuader de cesser de fumer) et atteindre les femmes.

15 Tobacco contains nicotine, a highly addictive drug. Some 80 percent of smokers wish they could quit but cannot. However, new smokers, especially young people, are often unaware of (or tend to deceive themselves about) the possibility of addiction. Tobacco companies have designed cigarettes to deliver increased levels of nicotine.

Le tabac contient de la nicotine, une drogue qui crée une forte dépendance. Environ 80 p. 100 des fumeurs souhaitent cesser de fumer, mais en sont incapables. Cependant, les nouveaux fumeurs, en particulier les jeunes, sont souvent inconscients des risques de dépendance (ou ont tendance à refuser de regarder la vérité en face à cet égard). Les cigarettiers ont conçu des cigarettes qui renferment de plus grandes quantités de nicotine.

16 The percentage of Canadians who smoke fell from 35 percent to 24 percent between 1985 and

Entre 1985 et 2000, le pourcentage des Canadiens qui fument est passé de 35 p. 100 à 24 p. 100. Ce

2000. The percentage of smokers fell in every age group except 15- to 19-year-olds.

The manufacturers admitted that they produce almost all of the cigarettes sold in Canada, and that their businesses are profitable despite the fact that cigarettes are heavily taxed. They also admitted to spending substantial sums promoting their respective brands.

IV. The Legislative and Regulatory Scheme

The purposes of the *Tobacco Act* are "to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern" and, more particularly, "to protect the health of Canadians in light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases"; "to protect young persons and others from inducements to use tobacco products and the consequent dependence on them"; "to protect the health of young persons by restricting access to tobacco products"; and "to enhance public awareness of the health hazards of using tobacco products": s. 4(*a*), (*b*), (*c*) and (*d*) (see Appendix A, setting out relevant portions of the Act).

The *Tobacco Act* seeks to accomplish these purposes by targeting "the four Ps" of tobacco marketing: product, price, point of sale and promotion. These appeals deal only with the fourth "P" — promotion — which is regulated under Part IV of the Act. In addition to the provisions impugned in these appeals, Part IV prohibits celebrity endorsements, regulates the distribution of branded accessories and non-tobacco products, prohibits sales promotions such as rebates, prizes and free samples, and regulates the retail display of tobacco products. The government chose the current structure of the legislation after extensive public consultation and after considering a number of alternatives.

Restrictions on tobacco advertising are a valid exercise of Parliament's criminal law power: *RJR.*

pourcentage a diminué dans chaque groupe d'âge, sauf chez les 15 à 19 ans.

17 Les fabricants ont reconnu qu'ils produisent la quasi totalité des cigarettes vendues au Canada et que leur entreprise est rentable même si les cigarettes sont lourdement taxées. Ils ont également reconnu qu'ils consacraient des sommes importantes à la promotion de leurs marques respectives.

IV. Le régime législatif et réglementaire

18 La *Loi sur le tabac* a pour objet de « de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale », et plus particulièrement « de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant, de façon indiscutable, un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles », « de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter », « de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac » et « de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé » : al. 4*a*), *b*), *c*) et *d*) (voir annexe A, dans laquelle figurent les dispositions pertinentes de la Loi).

19 La *Loi sur le tabac* cherche à atteindre ces objectifs en ciblant les « quatre P » de la commercialisation des produits du tabac : produit, prix, point de vente et promotion. Les présents pourvois ne visent que le quatrième « P » — la promotion — qui est régi par la partie IV de la Loi. En plus de contenir les dispositions contestées en l'espèce, la partie IV interdit les témoignages de personnes célèbres, réglemente la distribution d'accessoires de marque et d'articles autres que des produits du tabac, interdit la promotion des ventes sous forme notamment de rabais, de primes et d'échantillons gratuits, et réglemente la vente au détail des produits du tabac. Le gouvernement a choisi la structure législative actuelle après avoir mené une vaste consultation publique et envisagé un certain nombre d'autres possibilités.

20 Les restrictions applicables à la publicité des produits du tabac constituent un exercice valide de la

However, the regulatory offences created by the *Tobacco Act* are not true crimes and are punishable on a strict liability basis: see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. Violations of the promotion provisions carry serious penalties: fines of up to $300,000 per day and/or imprisonment for up to two years (ss. 43 and 47). A tobacco company can be convicted of a separate offence for each day the violation continues (s. 49). Directors and officers can be convicted for offences committed by corporations (s. 50).

21 The basic structure of the limitations on advertising and promotion, along with the manufacturers' objections to them, may be described as follows.

1. *Promotion*

22 The starting point is a general prohibition on promoting tobacco products, except as authorized by the Act or regulations:

> **19.** No person shall promote a tobacco product or a tobacco product-related brand element except as authorized by this Act or the regulations.

"Promotion" is defined in s. 18. The basic definition is broad:

> **18.** (1) In this Part, "promotion" means a representation about a product or service by any means, whether directly or indirectly, including any communication of information about a product or service and its price and distribution, that is likely to influence and shape attitudes, beliefs and behaviours about the product or service.

23 Section 18(2) creates exceptions to this general prohibition. The first is an exception for representations of tobacco products in works of art or science, provided no consideration is given for the use or depiction in the work, production or

compétence fédérale en matière de droit criminel : *RJR*. Cependant, les infractions réglementaires créées par la *Loi sur le tabac* ne sont pas de véritables crimes et sont des infractions de responsabilité stricte : voir l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Les violations des dispositions régissant la promotion entraînent des peines sévères : des amendes pouvant atteindre 300 000 $ par jour et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines (art. 43 et 47). Un cigarettier peut être reconnu coupable d'une infraction distincte pour chacun des jours au cours desquels se continue la violation (art. 49). Les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale peuvent être condamnés pour les infractions commises par celle-ci (art. 50).

La structure fondamentale des restrictions en matière de publicité et de promotion ainsi que les objections des fabricants à ces restrictions peuvent être décrites de la façon suivante.

1. *Promotion*

Le point de départ est une interdiction générale de faire la promotion des produits du tabac, sauf dans la mesure où elle est autorisée par la Loi ou son règlement d'application :

> **19.** Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, sauf dans la mesure où elle est autorisée par la présente loi ou ses règlements.

Le terme « promotion » est défini à l'art. 18. La définition fondamentale est large :

> **18.** (1) Dans la présente partie, « promotion » s'entend de la présentation, par tout moyen, d'un produit ou d'un service — y compris la communication de renseignements sur son prix ou sa distribution —, directement ou indirectement, susceptible d'influencer et de créer des attitudes, croyances ou comportements au sujet de ce produit ou service.

Le paragraphe 18(2) établit des exceptions à cette interdiction générale. La première exception s'applique à la représentation d'un produit du tabac dans une œuvre artistique ou scientifique, sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie

performance: s. 18(2)(*a*). The second is an exception for "a report, commentary or opinion in respect of a tobacco product", provided no consideration is given by a manufacturer or retailer for a reference to a tobacco product: s. 18(2)(*b*). The third exception, which does not concern us here, is for promotion within the tobacco industry: s. 18(2)(*c*). The manufacturers argue that the prohibition on depiction of tobacco products in scientific works if consideration is given prevents them from funding and publishing scientific research on tobacco products.

pour la représentation du produit dans l'œuvre en question : al. 18(2)*a*). La deuxième exception s'applique « aux comptes rendus, commentaires et opinions portant sur un produit du tabac », sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie pour la mention de ce produit : al. 18(2)*b*). La troisième exception, non pertinente en l'espèce, porte sur la promotion au sein de l'industrie du tabac : al. 18(2)*c*). Les fabricants soutiennent que l'interdiction de la représentation, moyennant contrepartie, de produits du tabac dans des œuvres scientifiques les empêche de financer une recherche scientifique sur les produits du tabac et d'en publier les résultats.

2. *Specific Prohibitions: False Promotion; Lifestyle Advertising and Advertising Appealing to Young Persons*

2. *Interdictions expresses : promotion trompeuse, publicité de style de vie et publicité attrayante pour les jeunes*

Having broadly prohibited promotion subject to the specific exceptions within s. 18(2) and other provisions of the Act or regulations, the legislation goes on to make a number of specific prohibitions.

24 Après avoir établi une interdiction générale de la promotion, sous réserve des exceptions prévues au par. 18(2) et dans les autres dispositions de la Loi ou de son règlement d'application, la mesure législative établit un certain nombre d'interdictions expresses.

The first is a broad blanket prohibition against false or deceptive promotion of tobacco products:

25 La première est une interdiction générale absolue de la promotion trompeuse des produits du tabac :

20. No person shall promote a tobacco product by any means, including by means of the packaging, that are false, misleading or deceptive or that are likely to create an erroneous impression about the characteristics, health effects or health hazards of the tobacco product or its emissions.

20. Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac, y compris sur l'emballage de celui-ci, d'une manière fausse ou trompeuse ou susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions.

The manufacturers argue that this prohibition is impermissibly vague and overbroad, because it forbids not only false or deceptive promotion (terms that have a recognized legal meaning), but goes on to prohibit anything "likely to create an erroneous impression about the characteristics" and health risks of tobacco products.

Les fabricants soutiennent que cette interdiction est d'une imprécision et d'une portée inacceptables, du fait qu'elle vise non seulement la promotion faite d'une manière fausse ou trompeuse (expression ayant un sens juridique reconnu), mais encore tout ce qui est « susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques » des produits du tabac et sur les risques qu'ils présentent pour la santé.

The legislation also prohibits testimonials and endorsements (s. 21), which the manufacturers do not challenge. Prohibitions affecting packaging

26 La mesure législative interdit également les attestations et témoignages (art. 21), ce qui n'est pas contesté par les fabricants. Les interdictions

and display (ss. 23, 24, 25 and 26) are similarly not challenged (with the exception of mandatory health warnings on packaging).

27 In s. 22(1), the Act prohibits advertisements that depict "a tobacco product, its package or a brand element". However, in s. 22(2), it goes on to carve out an exception from this prohibition for information and brand-preference advertising in publications addressed and mailed to identified adults, in publications with an adult readership of not less than 85 percent, or in signs in places not frequented by young persons.

28 The effect of s. 22(2) is to allow information or brand-preference advertising of tobacco products in publications and venues where adults will constitute the principal audience. However, presumably because Parliament was concerned that such advertising could still reach young people (for example, because publications with an 85 percent adult readership may nevertheless be read by large numbers of young persons), or could cross the line into lifestyle advertising, it further qualified this already restricted form of advertising:

22. . . .

(3) Subsection (2) does not apply to lifestyle advertising or advertising that could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons.

"Lifestyle advertising" is defined in s. 22(4) as "advertising that associates a product with, or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life such as one that includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring". No definition is provided of what might be appealing to young persons. The manufacturers argue that the prohibitions on lifestyle advertising and advertising appealing to young persons are vague and overbroad, and thus unconstitutional.

touchant l'emballage et la présentation (art. 23, 24, 25 et 26) ne sont pas contestées non plus (à l'exception des mises en garde obligatoires sur les emballages).

Le paragraphe 22(1) interdit les annonces qui représentent « un produit du tabac, [. . .] l'emballage de celui-ci ou [. . .] un élément de marque ». Toutefois, le par. 22(2) établit ensuite une exception à cette interdiction en ce qui concerne la publicité informative et la publicité préférentielle dans les publications qui sont expédiées par courrier à un adulte désigné par son nom, dans les publications dont au moins 85 p. 100 des lecteurs sont des adultes ou sur des affiches placées dans des endroits non fréquentés par les jeunes.

Le paragraphe 22(2) a donc pour effet de permettre la publicité informative ou préférentielle d'un produit du tabac dans les publications lues, et les lieux fréquentés, surtout par des adultes. Toutefois, probablement parce qu'il craignait que cette publicité atteigne quand même les jeunes (du fait, notamment, que les publications dont 85 p. 100 des lecteurs sont des adultes peuvent néanmoins être lues par un grand nombre de jeunes), ou franchisse le seuil qui la sépare de la publicité de style de vie, le législateur a restreint davantage cette forme déjà limitée de publicité :

22. . . .

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la publicité de style de vie ou à la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes.

La « publicité de style de vie » est définie au par. 22(4) comme étant la « [p]ublicité qui associe un produit avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre. » Aucune définition de ce qui pourrait être attrayant pour les jeunes n'est donnée. Les fabricants font valoir que les interdictions de la publicité de style de vie et de la publicité attrayante pour les jeunes sont imprécises et ont une portée excessive et qu'elles sont, de ce fait, inconstitutionnelles.

The disputed phrases referring to lifestyle advertising and advertising appealing to young persons reappear in s. 27, which prevents the use of brand elements of tobacco products on non-tobacco products.

3. *Sponsorships*

Section 24 of the *Tobacco Act* forbids the display of tobacco brand elements or manufacturers' names in any promotion "that is used, directly or indirectly, in the sponsorship of a person, entity, event, activity or permanent facility". Section 25 forbids display of brand elements or manufacturers' names on any "permanent facility", if this associates the element or name with a sports or cultural event or activity. The manufacturers challenge these prohibitions on sponsorships. They argue first that the general ban on promotion is not justified and, alternatively, that if it is, the specific ban on the use of corporate names, as distinguished from brand elements, is overbroad, and thus unconstitutional.

4. *Warnings on Packaging*

Finally, the new regulations (the *TPIR* (see Appendix B)) increase the required size of warning labels on packaging from 33 percent to 50 percent of the principal display surfaces (s. 5(2)(*b*)). The manufacturers object to the increase, arguing that the warnings infringe their freedom of expression and that the government has not shown the increase in size to be justified.

V. Analysis

Before turning to the challenged provisions in more detail, it may be helpful to discuss the main principles that guide the analysis of their constitutionality.

The manufacturers challenge the disputed provisions on the ground that they infringe or limit their

Le libellé contesté qui renvoie à la publicité de style de vie et à la publicité attrayante pour les jeunes, est repris à l'art. 27, qui interdit d'utiliser les éléments de marque des produits du tabac sur des articles autres que des produits du tabac. 29

3. *Commandites*

L'article 24 de la *Loi sur le tabac* interdit d'utiliser « directement ou indirectement » un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur le matériel relatif à la promotion « d'une personne, d'une entité, d'une manifestation, d'une activité ou d'installations permanentes ». L'article 25 interdit d'utiliser un élément de marque ou le nom d'un fabricant sur des « installations permanentes » si cela a pour effet d'associer l'élément ou le nom en question à une manifestation ou activité sportive ou culturelle. Les fabricants contestent ces interdictions relatives aux commandites. Ils soutiennent d'abord que l'interdiction générale de la promotion n'est pas justifiée et, subsidiairement, que, si elle est justifiée, l'interdiction particulière d'utiliser les dénominations sociales, par opposition aux éléments de marque, a une portée excessive et est donc inconstitutionnelle. 30

4. *Mises en garde sur les emballages*

Enfin, le nouveau règlement (*RIPT* (voir annexe B)) fait passer la taille requise des mises en garde sur les emballages de 33 p. 100 à la moitié de la principale surface exposée (al. 5(2)*b*)). Les fabricants s'opposent à cette augmentation en faisant valoir que les mises en garde portent atteinte à leur liberté d'expression et que le gouvernement n'a pas démontré que l'augmentation de leur taille est justifiée. 31

V. Analyse

Avant d'examiner plus en détail les dispositions contestées, il peut être utile d'analyser les grands principes qui doivent guider l'examen de leur constitutionnalité. 32

Les fabricants contestent les dispositions en cause pour le motif qu'elles violent ou restreignent 33

right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*. The government concedes this infringement, except in the case of the increase in size of the warning labels, but says the limits on the right are justified under s. 1 of the *Charter*.

le droit à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le gouvernement concède qu'il y a violation, sauf en ce qui concerne l'augmentation de la taille des mises en garde, mais il affirme que le droit en question est restreint dans des limites qui sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

34 Section 2(*b*) of the *Charter* provides:

Le texte de l'al. 2*b*) de la *Charte* est le suivant :

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

When the *Charter* was adopted, the question arose of whether the free expression guarantee extended to commercial expression by corporations. This Court ruled that it did: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The Court premised this conclusion on an examination of the values protected by the free expression guarantee: individual self-fulfilment, truth seeking and democratic participation. It concluded that, given the Court's previous pronouncements that *Charter* rights should be given a large and liberal interpretation, there was no sound reason for excluding commercial expression from the protection of s. 2(*b*). It noted that commercial speech may be useful in giving consumers information about products and providing a basis for consumer purchasing decisions: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67.

Lors de l'adoption de la *Charte*, se posait la question de savoir si la garantie de la liberté d'expression s'étendait à l'expression commerciale des personnes morales. Notre Cour a conclu par l'affirmative : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Cette conclusion reposait sur un examen des valeurs protégées par la garantie de la liberté d'expression : l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité et la participation démocratique. La Cour a statué que, compte tenu de ses décisions antérieures voulant que les droits garantis par la *Charte* reçoivent une interprétation large et libérale, il n'y avait aucune raison valable de soustraire l'expression commerciale à la protection de l'al. 2*b*). Elle a fait remarquer que le discours commercial peut être utile pour renseigner les consommateurs sur les produits offerts et leur donner une raison d'acheter : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767.

35 The main issue with respect to the challenged provisions is whether the government has shown them to be "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*, which provides:

La question principale qui se pose à l'égard des dispositions contestées est de savoir si le gouvernement a établi que leur « justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier de la *Charte*, dont voici le texte :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

This engages what in law is known as the proportionality analysis. Most modern constitutions recognize that rights are not absolute and can be limited if this is necessary to achieve an important objective and if the limit is appropriately tailored, or proportionate. The concept of proportionality finds its roots in ancient and scholastic scholarship on the legitimate exercise of government power. Its modern articulations may be traced to the Supreme Court of Germany and the European Court of Human Rights, which were influenced by earlier German law: A. Barak, "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at pp. 370-71. This Court in *Oakes* set out a test of proportionality that mirrors the elements of this idea of proportionality — first, the law must serve an important purpose, and second, the means it uses to attain this purpose must be proportionate. Proportionality in turn involves rational connection between the means and the objective, minimal impairment and proportionality of effects. As Dickson C.J. stated in *Oakes*, at p. 139:

> There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis deleted.]

The broad objective of the limitations on freedom of expression at issue in this case is to deal with the public health problem posed by tobacco consumption by protecting Canadians against

peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

36 Cette question fait intervenir ce qu'on s'appelle en droit l'analyse de la proportionnalité. La plupart des constitutions modernes reconnaissent que les droits ne sont pas absolus et peuvent être restreints si cela est nécessaire pour atteindre un objectif important et si la restriction apportée est proportionnée ou bien adaptée. La notion de proportionnalité émane de travaux de recherche antiques et scolastiques sur l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale. Sa formulation moderne remonte à la Cour suprême de l'Allemagne et à la Cour européenne des droits de l'homme, qui ont été influencées par l'ancien droit allemand : A. Barak, « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 370-371. Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a formulé un critère de proportionnalité qui reprend les éléments de cette idée de proportionnalité — premièrement, la règle de droit doit répondre à un objectif important, et deuxièmement, le moyen qu'elle prend pour atteindre cet objectif doit être proportionné. La proportionnalité suppose à son tour l'existence d'un lien rationnel entre le moyen employé et l'objectif visé, d'une atteinte minimale et d'une proportionnalité des effets. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Oakes*, p. 139 :

> À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ». [Soulignement supprimé.]

37 Les restrictions de la liberté d'expression qui sont en cause dans la présente affaire ont pour objectif général de régler le problème de santé publique que pose l'usage du tabac, en protégeant les Canadiens

debilitating and fatal diseases associated with tobacco consumption. More particularly, the Act seeks to enhance public awareness of the health hazards of using tobacco products and to protect the health of young people by restricting access to tobacco products: s. 4. An objective will be deemed proper if it is for the realization of collective goals of fundamental importance: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 132; *Oakes*, at p. 136. In the words of *Oakes*, the objective must be "pressing and substantial".

38 As discussed in *RJR*, determining the objective of a statute for the purposes of the proportionality analysis may be difficult. Statutes may have different objectives, at different levels of abstraction. The broader and more expansive the objective, the harder it may be to show that the means adopted to promote it impair rights minimally. In this case, Parliament has stated its overall objective broadly: protecting the health of Canadians and responding to a national public health problem. No one disputes the importance of this objective. But Parliament has also stated its objectives more narrowly, linking the broader purpose to the objective of the particular provisions at issue, for example protecting young persons and others from inducements to use tobacco and enhancing public awareness of the health hazards of using tobacco. By defining its objective with such precision, Parliament has taken care not to overstate it or exaggerate its importance: *RJR*, at para. 144.

39 This brings us to the other side of the proportionality analysis — the means by which Parliament has chosen to pursue its objective. Here those means involve a limitation on free expression which is protected by the Constitution. To pass muster, the means must be rationally connected to the objective, impair the right in a minimal, tailored fashion, and be proportionate or balanced in effect. Whether these requirements are met must be assessed in relation to the particular restriction imposed.

contre les maladies débilitantes ou mortelles liées à l'usage du tabac. Plus particulièrement, la Loi vise à mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé et à protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac : art. 4. Un objectif sera considéré comme légitime s'il vise la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance fondamentale : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, p. 132; *Oakes*, p. 136. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Oakes*, l'objectif doit être « urgent et réel ».

Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *RJR*, il peut être difficile de déterminer l'objectif d'une loi pour les besoins de l'analyse de la proportionnalité. Les lois peuvent avoir des objectifs différents, dont le niveau d'abstraction peut également différer. Plus l'objectif visé est général et large, plus il est difficile de démontrer que les moyens choisis pour en favoriser la réalisation portent le moins possible atteinte à des droits. En l'espèce, le législateur a formulé de façon large son objectif global : protéger la santé des Canadiens et s'attaquer à un problème de santé publique d'envergure nationale. Nul ne conteste l'importance de cet objectif. Toutefois, le législateur a également formulé ses objectifs d'une façon plus restrictive en reliant l'objectif général à l'objectif des dispositions en cause qui, par exemple, consiste à préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et à mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé. En définissant son objectif de façon aussi précise, le législateur a pris garde de le surestimer ou d'en exagérer l'importance : *RJR*, par. 144.

Cela nous amène à l'autre volet de l'analyse de la proportionnalité — les moyens choisis par le législateur pour atteindre son objectif. En l'espèce, ces moyens comportent une restriction de la liberté d'expression garantie par la Constitution. Pour résister à l'analyse, ces moyens doivent être rationnellement liés à l'objectif visé, être conçus de manière à porter le moins possible atteinte au droit en question et être proportionnés ou équilibrés sur le plan de leur effet. La question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée au regard de la restriction imposée.

Few cases have foundered on the requirement of rational connection. That, however, does not mean that this step is unimportant. The government must establish that the means it has chosen are linked to the objective. At the very least, it must be possible to argue that the means may help to bring about the objective. This was a problem in *RJR*, where the trial judge found that while the government had completely banned commercial advertising, it had not established that pure information or brand-preference advertising was connected to an increase in consumption. In the current Act, Parliament sought to avoid this difficulty by permitting information and brand-preference advertising, subject to exceptions.

Rares sont les cas qui ont échoué en raison de l'exigence d'un lien rationnel. Toutefois, cela n'enlève rien à l'importance de cette étape. Le gouvernement doit établir que les moyens qu'il a choisis sont liés à l'objectif visé. Il doit à tout le moins être possible de soutenir que ces moyens peuvent aider à réaliser l'objet en question. Cela a représenté un problème dans l'arrêt *RJR*, où le juge de première instance a conclu que, bien qu'il ait complètement interdit la publicité commerciale, le gouvernement n'avait pas établi l'existence d'un lien entre la publicité purement informative ou préférentielle et une augmentation de l'usage du tabac. Dans la Loi actuelle, le législateur a tenté d'éviter cette difficulté en autorisant la publicité informative et la publicité préférentielle, sous réserve de certaines exceptions. 40

Deference may be appropriate in assessing whether the requirement of rational connection is made out. Effective answers to complex social problems, such as tobacco consumption, may not be simple or evident. There may be room for debate about what will work and what will not, and the outcome may not be scientifically measurable. Parliament's decision as to what means to adopt should be accorded considerable deference in such cases.

Il peut y avoir lieu de faire montre de déférence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exigence d'un lien rationnel est respectée. Il se peut qu'il ne soit pas simple ou facile de trouver des solutions efficaces à des problèmes sociaux complexes, tel l'usage du tabac. Il peut y avoir lieu de débattre de ce qui fonctionnera ou ne fonctionnera pas, et il est possible que le résultat ne soit pas mesurable du point de vue scientifique. La décision du législateur sur les moyens à adopter devrait faire l'objet d'une grande déférence en pareils cas. 41

The means must not only be rationally connected to the objective; they must be shown to be "minimally impairing" of the right. The means must be carefully tailored to the objective. Parliament is entitled to pursue its objective, but in doing so, it must impair the rights of Canadians as little as possible.

Non seulement les moyens doivent-ils avoir un lien rationnel avec l'objectif visé, mais encore il faut démontrer qu'ils ne portent qu'une « atteinte minimale » au droit en question. Ils doivent être soigneusement adaptés à l'objectif visé. Le législateur a le droit de chercher à atteindre l'objectif qu'il s'est fixé, mais ce faisant, il doit porter le moins possible atteinte aux droits des Canadiens. 42

Again, a certain measure of deference may be appropriate, where the problem Parliament is tackling is a complex social problem. There may be many ways to approach a particular problem, and no certainty as to which will be the most effective. It may, in the calm of the courtroom, be possible to imagine a solution that impairs the right at stake less than the solution Parliament has adopted. But one must also ask whether the

Là encore, une certaine déférence peut être indiquée lorsque le problème auquel s'attaque le législateur est un problème social complexe. Il peut exister plusieurs façons d'aborder un problème, sans qu'on l'on sache avec certitude laquelle sera la plus efficace. Il peut être possible, dans le calme de la salle d'audience, d'imaginer une solution qui porte moins atteinte au droit en cause que celle adoptée par le législateur. Toutefois, il faut 43

alternative would be reasonably effective when weighed against the means chosen by Parliament. To complicate matters, a particular legislative regime may have a number of goals, and impairing a right minimally in the furtherance of one particular goal may inhibit achieving another goal. Crafting legislative solutions to complex problems is necessarily a complex task. It is a task that requires weighing and balancing. For this reason, this Court has held that on complex social issues, the minimal impairment requirement is met if Parliament has chosen one of several reasonable alternatives: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy.*

également se demander si, au regard des moyens choisis par le législateur, cette solution serait raisonnablement efficace. Pour compliquer les choses, il se peut qu'un régime législatif vise un certain nombre d'objectifs et que l'atteinte minimale portée à un droit dans la poursuite d'un objectif particulier empêche la réalisation d'un autre objectif. La formulation de solutions législatives à des problèmes complexes est forcément une tâche complexe, qui commande une évaluation et une mise en balance. C'est pourquoi notre Cour a conclu que, en ce qui touche les questions sociales complexes, l'exigence d'atteinte minimale est respectée si le législateur a choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et *Irwin Toy.*

44 The minimal impairment analysis in this case will also be coloured by the relationship between constitutional review and statutory interpretation. Before engaging in constitutional review, the law must be construed. This may have a critical effect at the stage of minimal impairment, where overbreadth is alleged. The process of interpretation may resolve ambiguity in favour of a more limited meaning. This may only be done in cases of real ambiguity in the statute. In cases of ambiguity, therefore, claims of overbreadth may be resolved by appropriate interpretation: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 32.

L'analyse de l'atteinte minimale en l'espèce sera également influencée par le lien entre l'examen constitutionnel et l'interprétation législative. Avant d'entreprendre l'examen constitutionnel, il faut interpréter la loi. Cela peut avoir un effet crucial à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale, lorsque la portée excessive est alléguée. Le processus d'interprétation peut permettre de résoudre une ambiguïté en faveur d'un sens plus limité. Cela n'est possible que si la loi comporte une véritable ambiguïté. Par conséquent, dans les cas où il existe une ambiguïté, les arguments de portée excessive peuvent être tranchés au moyen de l'interprétation correcte : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 32.

45 The final question is whether there is proportionality between the *effects* of the measure that limits the right and the law's *objective*. This inquiry focuses on the practical impact of the law. What benefits will the measure yield in terms of the collective good sought to be achieved? How important is the limitation on the right? When one is weighed against the other, is the limitation justified?

Il s'agit enfin de savoir s'il y a proportionnalité entre les *effets* de la mesure qui restreint le droit en question et l'*objectif* de la loi. Cet examen est axé sur l'effet pratique de la loi. Quels effets bénéfiques la mesure aura-t-elle sur le plan du bien collectif recherché? Quelle est l'importance de la restriction du droit? La restriction est-elle justifiée lorsque les avantages qu'elle procure sont mis en balance avec la mesure dans laquelle elle limite le droit en question?

46 Although cases are most often resolved on the issue of minimal impairment, the final inquiry into proportionality of effects is essential. It is the only place where the attainment of the objective may be

Bien que la question de l'atteinte minimale soit souvent déterminante, l'examen final de la proportionnalité des effets est essentiel. C'est seulement à cette étape que la réalisation de l'objectif peut

weighed against the impact on the right. If rational connection and minimal impairment were to be met, and the analysis were to end there, the result might be to uphold a severe impairment on a right in the face of a less important objective.

As will be seen, this case, while argued mainly on the basis of minimal impairment, engages concerns relating to proportionality of effects. The potential benefits of decreasing tobacco use and discouraging young people from becoming addicted to it are high. On the other hand, a number of the deleterious effects on the right arguably fall at the low end of the spectrum of free expression. (The alleged ban on publication of scientific research is an exception.) When commercial expression is used, as alleged here, for the purposes of inducing people to engage in harmful and addictive behaviour, its value becomes tenuous.

Against this background, I turn more specifically to the challenged provisions of the legislative and regulatory scheme.

1. *Publication of Manufacturer-Sponsored Scientific Works*

As mentioned previously, s. 19 of the Act sets out a general ban on the promotion of tobacco products, subject to specific exceptions. Section 18(2) excludes some forms of promotion from this ban, including "literary, dramatic, musical, cinematographic, scientific, educational or artistic" works that "us[e] or depic[t]" tobacco products, so long as no consideration is given for the use or depiction of the tobacco product.

The manufacturers argue that this exception is not broad enough to exempt the publication of legitimate scientific research. If they sponsor research, they will be giving consideration for it. This bars them from publishing the results of legitimate

être soupesée en fonction de l'effet sur le droit en question. Si les exigences de lien rationnel et d'atteinte minimale étaient respectées et que l'analyse devait s'arrêter là, il se pourrait qu'en présence d'un objectif moins important la validité d'une atteinte grave à un droit soit confirmée.

47 Comme nous le verrons, bien que l'argumentation ait surtout porté sur la question de l'atteinte minimale, la présente affaire met en cause des préoccupations relatives à la proportionnalité des effets. Les effets bénéfiques potentiels de la réduction de l'usage du tabac et de la prévention du tabagisme chez les jeunes sont très grands. Par contre, on peut soutenir qu'un certain nombre des effets négatifs sur le droit en question se situent au bas de l'échelle de la liberté d'expression. (La présumée interdiction de la publication des résultats d'une recherche scientifique est une exception.) Lorsque l'expression commerciale est utilisée, comme on le fait valoir en l'espèce, pour inciter les gens à adopter un comportement préjudiciable et toxicomaniaque, sa valeur devient faible.

48 C'est dans ce contexte que je vais maintenant examiner plus précisément les dispositions contestées du régime législatif et réglementaire.

1. *Publication d'œuvres scientifiques commanditées par un fabricant*

49 Comme nous l'avons vu, l'art. 19 de la Loi établit une interdiction générale de la promotion des produits du tabac, sous réserve d'exceptions particulières. Le paragraphe 18(2) soustrait à cette interdiction certaines formes de promotion, dont les œuvres « littéraires, dramatiques, musicales, cinématographiques, artistiques, scientifiques ou éducatives [. . .] sur ou dans lesquelles figure » un produit du tabac, pourvu qu'aucun fabricant ou détaillant n'ait donné une contrepartie pour la représentation du produit dans ces œuvres.

50 Les fabricants soutiennent que cette exception n'est pas suffisamment large pour inclure la publication des résultats d'une recherche scientifique légitime. S'ils commanditent une recherche, ils donnent une contrepartie, ce qui les empêche

scientific research. For example, research carried out by a tenured professor under a grant from a tobacco manufacturer, producing results that are favourable to (and hence "promoting") a tobacco product, could not, they claim, even be published in a peer-reviewed journal.

51 The trial judge, Denis J., held that s. 18 is confined to commercial promotion and that this does not restrict legitimate scientific research. However, the Court of Appeal, *per* Beauregard J.A., held that ss. 18 and 19 did impose a restriction on publication of scientific research, and went on to find them an unjustified intrusion on the right of free expression. To correct the situation, the Court of Appeal ordered that the exclusion from the exemption of works for which consideration is given, as applied to scientific works, should be read out of s. 18(2).

52 A ban on the publication of all sponsored scientific work, if that is what the Act requires, is difficult to justify. Even if it could be argued that such a ban meets the rational connection test on the basis that sponsored research might produce results that could encourage tobacco consumption, such a ban would likely not minimally intrude on the right of free expression. The possibility of sponsoring scientific work on tobacco could, to be sure, be abused. For example, tobacco companies could pay for scientific studies that are deceptive or misleading, or the publication of which is aimed at teenagers. But these concerns, it might be argued, do not justify a wholesale ban on publishing scientific works; they can and should be specifically targeted. Nor, arguably, would a total ban on sponsored scientific works satisfy the requirement of proportionality of effects. The benefits of publishing legitimate scientific research are likely to outweigh any detriment to Parliament's goals. The expressive activity of publishing scientific research is valuable, and prohibitions on it have an impact on the right to free expression in a serious manner. By contrast, the beneficial effect of the ban could be tenuous.

de publier les résultats d'une recherche scientifique légitime. Par exemple, la recherche effectuée par un professeur titulaire, grâce à la subvention d'un fabricant de produits du tabac, ne pourrait même pas, soutiennent-ils, être publiée dans une revue à comité de lecture si elle produit des résultats qui sont favorables à un produit du tabac (et qui en font ainsi la « promotion »).

Le juge Denis, siégeant en première instance, a conclu que l'art. 18 ne vise que la promotion commerciale et que cela ne limite pas la recherche scientifique légitime. Toutefois, la Cour d'appel, sous la plume du juge Beauregard, a décidé que les art. 18 et 19 imposaient une restriction à la publication des résultats d'une recherche scientifique et qu'ils constituaient ainsi une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression. Pour remédier à la situation, la Cour d'appel a ordonné que l'exception que le par. 18(2) établit au sujet des œuvres pour lesquelles une contrepartie est donnée soit inopérante en ce qui concerne les œuvres scientifiques.

Une interdiction de la publication de toutes les œuvres scientifiques commanditées — si c'est ce que la Loi impose — est difficile à justifier. Même si l'on pouvait prétendre qu'elle satisfait au critère du lien rationnel, en raison de la possibilité que des recherches commanditées produisent éventuellement des résultats susceptibles d'encourager l'usage du tabac, cette interdiction ne constituerait probablement pas une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression. La possibilité de commanditer une œuvre scientifique sur le tabac pourrait certes être exploitée de manière abusive. Par exemple, les cigarettiers pourraient subventionner des études scientifiques trompeuses ou mensongères, ou dont la publication est destinée aux adolescents. Cependant, ces préoccupations, pourrait-on soutenir, ne justifient pas une interdiction systématique de la publication des œuvres scientifiques; elles peuvent et devraient être ciblées expressément. Il est également possible de prétendre que l'interdiction totale des œuvres scientifiques commanditées ne satisferait pas non plus à l'exigence de proportionnalité des effets. Les avantages de la publication des résultats d'une recherche scientifique

However it is viewed, the manufacturers assert, the ban unjustifiably restricts their right of freedom of expression. Potentially valuable expression is restricted, to no good or proportionate end.

The question remains, however: Do the provisions, properly interpreted, impose a total ban on sponsored scientific research? In my view, the answer to this question is no. Properly construed, ss. 18 and 19 permit the publication of legitimate scientific works sponsored by the tobacco manufacturers.

I begin with the proposition that these sections, as applied to scientific works, are ambiguous. It is not clear, on the face of the words, what Parliament intended. Section 18 is oddly drafted. Read literally, s. 18(2)(*a*), in combination with the definition in s. 18(1) and the prohibition in s. 19, would effect a broad ban on scientific works. Such a reading seems misplaced. It fits neither the scheme of ss. 18 and 19 nor Parliament's goals. The primary object of s. 18 is "product placement" directed at consumers, such as the practice of a tobacco manufacturer paying a studio to have its brand of cigarettes appear in a film. Although the Attorney General claims that the same concerns about "product placement" arise in regard to scientific works, it is hard to see why this would lead to a ban on all legitimate, funded scientific work.

Confronted with a statutory provision that, read literally, seems to make no sense, the Court should

légitime l'emporteront probablement sur tout effet négatif qu'elle peut avoir sur les objectifs du législateur. La publication des résultats d'une recherche scientifique est une activité expressive valable dont l'interdiction a de graves répercussions sur le droit à la liberté d'expression. Par contre, l'effet bénéfique de l'interdiction pourrait être négligeable. Quelle que soit la façon de l'envisager, affirment les fabricants, l'interdiction restreint de manière injustifiable leur droit à la liberté d'expression. Une forme d'expression potentiellement valable est limitée inutilement ou de manière non proportionnée.

53 La question demeure, toutefois : les dispositions, correctement interprétées, établissent-elles une interdiction totale de la recherche scientifique subventionnée? J'estime qu'il faut répondre à cette question par la négative. Correctement interprétés, les art. 18 et 19 permettent la publication des œuvres scientifiques légitimes commanditées par les fabricants de produits du tabac.

54 Je pars du principe selon lequel ces dispositions sont ambiguës en ce qui concerne les œuvres scientifiques. L'intention du législateur ne ressort pas clairement du libellé. L'article 18 est curieusement rédigé. Interprété littéralement et conjointement avec la définition figurant au par. 18(1) et l'interdiction prévue à l'art. 19, l'al. 18(2)*a*) établirait une interdiction générale concernant les œuvres scientifiques. Une telle interprétation semble non fondée. Elle ne cadre ni avec l'économie des art. 18 et 19 ni avec les objectifs du législateur. L'article 18 a pour objet premier le « placement de produits » destinés aux consommateurs, telle la pratique des fabricants de produits du tabac qui consiste à payer un studio pour qu'il utilise leur marque de cigarettes dans un film. Bien que le procureur général prétende que le « placement de produits » et les œuvres scientifiques suscitent les mêmes préoccupations, il est difficile de voir pourquoi il devrait en résulter une interdiction applicable à toutes les œuvres scientifiques légitimes subventionnées.

55 Face à une disposition législative qui, interprétée littéralement, semble illogique, la Cour devrait

ask whether the section can be interpreted in a manner that fits the context and achieves a rational result. This flows from the modern approach to statutory interpretation, as expressed by Driedger in a passage often quoted by this Court:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(*Sharpe*, at para. 33, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.)

56 The Attorney General of Canada urges a purposive interpretation of s. 18 that confines "promotion" to commercial promotion. This was the approach of the trial judge, Denis J., who held that only commercial promotion targeting consumers was caught by s. 18 (at para. 341). Read in this way, ss. 18 and 19 do not prohibit the publication of legitimate scientific research, because it is neither commercial nor aimed at consumers. On the other hand, a manufacturer would be prohibited from paying for a particular brand to be included in a commercial scientific work directed at consumers. Such a limit on free expression would, however, be saved under s. 1 of the *Charter*; rational connection, minimal impairment and proportionality of effects would be clearly established. This interpretation brings the reference to "scientific . . . work" in s. 18(2)(*a*) into harmony with the purpose and wording of s. 18 as a whole.

57 I conclude that "promotion" in s. 18 should be read as meaning commercial promotion directly or indirectly targeted at consumers.

2. *False Promotion*

58 Section 20 bans "false, misleading or deceptive" promotion, as well as promotion "likely to create

se demander s'il est possible de l'interpréter d'une manière qui soit conforme au contexte et qui permette d'obtenir un résultat rationnel. Cela résulte de la méthode moderne d'interprétation des lois, formulée par Driedger dans un passage souvent cité par notre Cour :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(*Sharpe*, par. 33, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87.)

Le procureur général du Canada préconise une interprétation téléologique de l'art. 18, selon laquelle le terme « promotion » ne vise que la promotion commerciale. Il s'agit de l'approche adoptée par le juge Denis, siégeant en première instance, qui a conclu que seule la promotion commerciale destinée aux consommateurs était visée par l'art. 18 (par. 341). Ainsi interprétés, les art. 18 et 19 n'interdisent pas la publication des résultats d'une recherche scientifique légitime du fait que cette forme de recherche n'est ni commerciale ni destinée aux consommateurs. Par contre, il serait interdit à un fabricant de payer pour qu'une marque particulière figure dans une œuvre scientifique commerciale destinée aux consommateurs. Une telle restriction de la liberté d'expression serait toutefois justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*; le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité des effets seraient clairement établis. Cette interprétation a pour effet d'harmoniser la mention des « œuvres [. . .] scientifiques », à l'al. 18(2)*a*), avec l'objet et le libellé de l'ensemble de l'art. 18.

Je conclus que le terme « promotion », figurant à l'art. 18, devrait s'entendre de la promotion commerciale qui s'adresse, directement ou indirectement, aux consommateurs.

2. *Promotion trompeuse*

L'article 20 interdit la promotion faite « d'une manière fausse ou trompeuse », de même que celle

an erroneous impression about the characteristics, health effects or health hazards of the tobacco product or its emissions".

The trial judge upheld this provision, on the basis that it did not violate the s. 2(*b*) guarantee of freedom of expression. The Court of Appeal, *per* Beauregard J.A., held that the words "likely to create an erroneous impression" were vague and overbroad and thus could not be justified as a reasonable limit on free expression under s. 1. The court ordered the offending phrase struck from s. 20.

Section 20 clearly infringes the guarantee of freedom of expression. The *Charter* is content-neutral and protects the expression of both truths and falsehoods. Consequently, the regulation of falsehoods must be justified under s. 1 of the *Charter*. See *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439.

The s. 1 inquiry into the justification of the ban imposed by s. 20 of the Act must be set in the factual context of a long history of misleading and deceptive advertising by the tobacco industry. The creative ability of the manufacturers to send positive messages about a product widely known to be noxious is impressive. In recent years, for example, manufacturers have used labels such as "additive free" and "100% Canadian tobacco" to convey the impression that their product is wholesome and healthful. Technically, the labels may be true. But their intent and effect is to falsely lull consumers into believing, as they ask for the package behind the counter, that the product they will consume will not harm them, or at any rate will harm them less than would other tobacco products, despite evidence demonstrating that products bearing these labels are in fact no safer than other tobacco products. The wording chosen by Parliament in s. 20 and its justification must be evaluated with this context in mind. Parliament's concern was to combat misleading false inferences about product

faite d'une manière « susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions ».

59 Le juge de première instance a confirmé la validité de cette disposition, pour le motif qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*). La Cour d'appel, sous la plume du juge Beauregard, a statué que les termes « d'une manière [. . .] susceptible de créer une fausse impression » était vague et trop englobante et ne pouvait donc pas être justifiée, au regard de l'article premier, en tant que limite raisonnable à la liberté d'expression. La cour a ordonné que les termes contestés soient retirés de l'art. 20.

60 De toute évidence, l'art. 20 viole la garantie de liberté d'expression. La *Charte* ne s'attache pas au contenu et protège autant l'expression de vérités que celle de faussetés. La réglementation des faussetés doit donc être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Voir *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

61 L'examen fondé sur l'article premier et portant sur la justification de l'interdiction prévue à l'art. 20 de la Loi doit s'inscrire dans le contexte factuel de la publicité trompeuse à laquelle se livre depuis longtemps l'industrie du tabac. La créativité dont font preuve les fabricants pour transmettre des messages positifs au sujet d'un produit largement reconnu pour sa nocivité est impressionnante. Au cours des dernières années, par exemple, les fabricants ont employé des étiquettes mentionnant que leur produit ne comporte aucun additif et qu'il est composé de tabac canadien seulement, afin de donner l'impression qu'il est sain. Techniquement, l'information figurant sur ces étiquettes peut être véridique. Toutefois, celles-ci ont pour but et pour effet d'amener les consommateurs à croire faussement, lorsqu'ils demandent le paquet rangé derrière le comptoir, que le produit qu'ils consommeront ne leur causera aucun tort, ou que, de toute façon, il leur fera moins de tort que les autres produits du tabac, même s'il est prouvé que les produits sur lesquels sont apposées ces étiquettes ne sont pas moins

safety and to promote informed, enlightened consumer choice.

62 The specific objection is to the phrase "or that are likely to create an erroneous impression" in s. 20. The manufacturers argue that this phrase is overbroad and vague, and introduces subjective considerations. How, they ask, can they predict what is "likely to create an erroneous impression"? The words false, misleading or deceptive, used as legal terms, generally refer to objectively ascertainable facts. If "likely to create an erroneous impression" adds something to "false, misleading or deceptive", as presumably was Parliament's intent, what is it?

63 The answer is that the phrase "likely to create an erroneous impression" is directed at promotion that, while not literally false, misleading or deceptive in the traditional legal sense, conveys an erroneous impression about the effects of the tobacco product, in the sense of leading consumers to infer things that are not true. It represents an attempt to cover the grey area between demonstrable falsity and invitation to false inference that tobacco manufacturers have successfully exploited in the past.

64 The industry practice of promoting tobacco consumption by inducing consumers to draw false inferences about the safety of the products is widespread. This suggests that it is viewed by the industry as effective. Parliament has responded by banning promotion that is "likely to create an erroneous impression". This constitutes a limit on free expression. The only question is whether the limit is justified under s. 1 of the *Charter*.

dangereux pour la santé que les autres produits du tabac. C'est avec ce contexte à l'esprit qu'il faut apprécier le libellé choisi par le législateur à l'art. 20, ainsi que la justification de ce libellé. Le législateur était soucieux de combattre les fausses inférences trompeuses au sujet de l'innocuité des produits, et de permettre aux consommateurs de faire un choix éclairé.

L'objection vise précisément les termes « ou susceptible de créer une fausse impression », qui figurent à l'art. 20. Les fabricants soutiennent qu'ils sont vagues et trop englobants et qu'ils font intervenir des considérations subjectives. Comment, se demandent-ils, peuvent-ils prévoir ce qui est « susceptible de créer une fausse impression »? Les épithètes « fausse ou trompeuse », employées comme termes juridiques, qualifient généralement des faits objectivement vérifiables. Si les termes « susceptible de créer une fausse impression » ajoutent quelque chose aux termes « fausse ou trompeuse », comme l'entendait probablement le législateur, de quoi s'agit-il?

La réponse est que les termes « susceptible de créer une fausse impression » visent la promotion qui, sans être vraiment fausse ou trompeuse au sens juridique traditionnel, transmet une fausse impression au sujet des effets du produit du tabac, en ce sens qu'elle amène les consommateurs à faire des inférences erronées. Il s'agit là d'une tentative de combler la zone grise qui sépare la fausseté démontrable et l'incitation à faire de fausses inférences, et que les fabricants de produits du tabac ont exploitée avec succès dans le passé.

La pratique de l'industrie consistant à promouvoir l'usage du tabac en amenant les consommateurs à faire de fausses inférences sur l'innocuité des produits du tabac est largement répandue, ce qui porte à croire que l'industrie la juge efficace. Le législateur a réagi en interdisant la promotion qui est « susceptible de créer une fausse impression ». Cela constitue une restriction de la liberté d'expression. Il s'agit uniquement de savoir si cette restriction est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Parliament's objective of combating the promotion of tobacco products by half-truths and by invitation to false inference constitutes a pressing and substantial objective, capable of justifying limits on the right of free expression. Prohibiting such forms of promotion is rationally connected to Parliament's public health and consumer protection purposes.

The impugned phrase does not impair the right of free expression more than is necessary to achieve the objective. The words false, misleading or deceptive do not do the work assigned to the additional phrase, "likely to create an erroneous impression". Nor is it easy to find narrower words that would accomplish that task. The exact wording of the impugned phrase appears in the English version of Articles 11(1)(a) and 13(4)(a) of the *WHO Framework Convention on Tobacco Control*. The French version uses almost identical wording. The Convention mandates the use of such language in parties' national law, subject to the application of domestic constitutional principles. At least three other Canadian statutes use similar wording: the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, s. 5(1); the *Radiation Emitting Devices Act*, R.S.C. 1985, c. R-1, s. 5(1); the *Animal Pedigree Act*, R.S.C. 1985, c. 8 (4th Supp.), s. 64. These examples lend weight to the conclusion that the ban on promotion "likely to create an erroneous impression" is not overbroad or vague, but on the contrary, falls within a range of reasonable alternatives.

I would reject the manufacturers' claim that the French wording "*susceptible de créer une fausse impression*" is significantly broader than the English "likely to create an erroneous impression". "*Susceptible*" is not equivalent to the English "susceptible"; it is often used as the equivalent of "likely", including in the *WHO Framework Convention on Tobacco Control*. When the English and French versions of the statute are considered together, the meaning is clear.

65 L'objectif du législateur consistant à combattre la promotion des produits du tabac faisant appel à des demi-vérités et incitant à faire de fausses inférences constitue un objectif urgent et réel qui est susceptible de justifier des restrictions du droit à la liberté d'expression. L'interdiction de ces formes de promotion est rationnellement liée aux objectifs du législateur en matière de santé publique et de protection du consommateur.

66 Les termes contestés ne portent pas plus atteinte au droit à la liberté d'expression que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif en cause. Les termes « fausse ou trompeuse » ne jouent pas le rôle qui est assigné aux autres termes « susceptible de créer une fausse impression ». Il n'est pas facile non plus de trouver des termes plus stricts qui joueraient ce rôle. Un libellé identique à celui qui est contesté en l'espèce figure dans la version anglaise des art. 11, par. 1a) et 13, par. 4a) de la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*. La version française emploie des termes presque identiques. Aux termes de cette convention, chaque partie doit utiliser ce libellé dans son droit national, sous réserve de l'application de ses principes constitutionnels nationaux. Au moins trois autres lois canadiennes ont recours au même libellé : la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27, par. 5(1), la *Loi sur les dispositifs émettant des radiations*, L.R.C. 1985, ch. R-1, par. 5(1), et la *Loi sur la généalogie des animaux*, L.R.C. 1985, ch. 8 (4^{e} suppl.), art. 64. Ces exemples ajoutent du poids à la conclusion selon laquelle l'interdiction de la promotion « susceptible de créer une fausse impression » n'est ni vague ni trop englobante, mais se situe plutôt à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables.

67 Je suis d'avis de rejeter l'argument des fabricants selon lequel les termes français « susceptible de créer une fausse impression » ont une portée beaucoup plus large que les termes anglais « *likely to create an erroneous impression* ». Le mot français « susceptible » n'a pas le même sens que le mot anglais « *susceptible* »; il est souvent employé comme l'équivalent de « *likely* », notamment dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*. Lorsque les versions française et anglaise de la Loi sont considérées ensemble, le sens est clair.

68 Finally, the impugned phrase meets the requirement of proportionality of effects. On the one hand, the objective is of great importance, nothing less than a matter of life or death for millions of people who could be affected, and the evidence shows that banning advertising by half-truths and by invitation to false inference may help reduce smoking. The reliance of tobacco manufacturers on this type of advertising attests to this. On the other hand, the expression at stake is of low value — the right to invite consumers to draw an erroneous inference as to the healthfulness of a product that, on the evidence, will almost certainly harm them. On balance, the effect of the ban is proportional.

69 I conclude that the ban on false promotion, and particularly on promotion "likely to create an erroneous impression", is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on free expression and that s. 20 of the *Tobacco Act* is constitutional.

3. *Advertising and Promotion Appealing to Young Persons*

70 The *Tobacco Act* uses three particular means of protecting young persons from tobacco advertising and promotion. The first consists of the placement restrictions, found in s. 22(2). The second is a ban on advertising that "could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons", found in s. 22(3). The third is a ban on the use of tobacco brand elements on non-tobacco products that are "associated with young persons or could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons": s. 27(*a*). The manufacturers challenge the second of these measures, the ban on advertising that "could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons": s. 22(3).

Enfin, le libellé contesté satisfait à l'exigence de proportionnalité des effets. D'une part, l'objectif est d'une très grande importance, rien de moins qu'une question de vie ou de mort pour les millions de personnes susceptibles d'être touchées, et la preuve montre que l'interdiction de la publicité faisant appel à des demi-vérités et incitant à faire de fausses inférences peut aider à réduire l'usage du tabac. Le fait que les fabricants de produits du tabac aient recours à cette forme de publicité le confirme. D'autre part, la forme d'expression en jeu — le droit d'inviter les consommateurs à faire une inférence erronée sur la salubrité d'un produit qui, selon la preuve, leur causera presque assurément du tort — a peu de valeur. Tout bien considéré, l'effet de l'interdiction est proportionnel.

Je conclus que l'interdiction de la promotion trompeuse et, plus particulièrement, de la promotion « susceptible de créer une fausse impression » est justifiée, au regard de l'article premier de la *Charte*, en tant que limite raisonnable à la liberté d'expression, et que l'art. 20 de la *Loi sur le tabac* est constitutionnel.

3. *Publicité et promotion attrayantes pour les jeunes*

La *Loi sur le tabac* protège de trois façons particulières les jeunes contre la publicité et la promotion des produits du tabac. La première façon, prévue au par. 22(2), consiste à imposer des restrictions en matière de placement de publicités. La deuxième façon, prévue au par. 22(3), consiste à interdire la publicité « dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes ». La troisième façon consiste à interdire l'utilisation des éléments de marque d'un produit du tabac sur des articles — autres que des produits du tabac — qui « sont associés aux jeunes ou dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être attrayants pour les jeunes » : al. 27*a*). Les fabricants contestent la deuxième mesure, à savoir l'interdiction de la publicité « dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes » : par. 22(3).

The structure of the scheme at issue, broadly put, is this. As mentioned previously, s. 22(2) permits information and brand-preference advertising in certain media and certain locations. Brand-preference advertising is broadly defined as "advertising that promotes a tobacco product by means of its brand characteristics". Brand characteristics arguably may include elements that are directed at young persons. To remove these elements, s. 22(3) of the Act claws them back. The result is to ban this type of advertising.

71 La structure du régime en cause est, d'une manière générale, la suivante. Comme nous l'avons vu, le par. 22(2) autorise la publicité informative et la publicité préférentielle dans certains médias et certains lieux. La publicité préférentielle est largement définie comme étant la « [p]ublicité qui fait la promotion d'un produit du tabac en se fondant sur les caractéristiques de sa marque. » On pourrait soutenir que les caractéristiques de la marque peuvent inclure des éléments qui s'adressent aux jeunes. Pour supprimer ces éléments, le par. 22(3) de la Loi établit une exception à leur égard, ce qui a pour effet d'interdire cette forme de publicité.

There is no doubt that this ban limits free expression and thus infringes s. 2(*b*) of the *Charter*. The only question is whether the ban is justified under s. 1 of the *Charter*. I conclude that it is.

72 Il ne fait aucun doute que cette interdiction restreint la liberté d'expression et, contrevient, de ce fait, à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il s'agit uniquement de savoir si elle est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Je conclus par l'affirmative.

Once again, the analysis must begin by interpreting s. 22(3). Again, the question is what Parliament intended the section to mean. In this case, the task of interpretation is challenging. The language used, whether in English or in French, is not without difficulty. To complicate matters, the two versions can be read as imparting different nuances.

73 Là encore, l'analyse doit commencer par l'interprétation du par. 22(3). Il faut de nouveau s'interroger sur le sens que le législateur a voulu donner à cette disposition. L'interprétation, en l'espèce, est un défi de taille. Le libellé utilisé, que ce soit en français ou en anglais, présente certaines difficultés. Pour compliquer les choses, il est possible, en interprétant les deux versions, d'y voir des nuances différentes.

The courts below struggled with these difficulties. The trial judge, Denis J., began by rejecting the tobacco industry's evidence that tobacco advertising does not target youth, and is directed only at brand-switching among adults. He found that much of the industry's advertising is in fact aimed at youth, and that persuading teenagers to take up smoking was a calculated and deliberate industry advertising strategy. He went on to hold that the phrases "reasonable grounds", "could be" and "appealing to young persons" are well understood and sufficient to allow a judge in a particular case to decide if a violation had been made out.

74 Les juridictions inférieures se sont heurtées à ces difficultés. Le juge Denis, siégeant en première instance, a commencé par rejeter la preuve de l'industrie du tabac selon laquelle la publicité de ses produits ne cible pas les jeunes et ne s'adresse qu'aux consommateurs adultes volages (*brand-switching*). Il a conclu qu'une bonne partie de la publicité faite par l'industrie vise, en fait, les jeunes et que persuader les adolescents à commencer à fumer participait d'une stratégie publicitaire calculée et délibérée. Il a ajouté que les termes « motifs raisonnables », « pourrait » et « attrayante pour les jeunes » ont un sens bien connu et sont suffisants pour permettre à un juge de décider si, dans un cas donné, l'existence d'une violation a été établie.

The Court of Appeal divided on the constitutionality of the provision. The majority (Brossard

75 La Cour d'appel était partagée sur la question de la constitutionnalité de la disposition. Les

and Rayle JJ.A.) upheld it. Like the trial judge, they took the test to be whether the words are capable of interpretation by a tribunal. They held that they were. They emphasized that on this matter, a great deal of deference must be accorded to Parliament's choice. Parliament, in their view, has the right to be draconian when it comes to children and youth. The offence, they noted, is not criminal but regulatory. The ban is aimed at protecting a vulnerable group. When the importance of the objective is compared with the lack of value of the expression constrained, there can be no doubt that it is proportionate, in their view. The courts, in these circumstances, must defer to Parliament.

76 Beauregard J.A. dissented. In his view, the provision is overbroad. It is not enough that a judge be able to apply the section; in addition, it must permit the tobacco manufacturers to know what is allowed and what is not allowed. It must be possible to distinguish between what is appealing to young persons and is banned, and what is appealing to adults and is permitted. Because this line cannot be drawn, the effect, in the view of Beauregard J.A., is to make this a total ban on all information and brand-preference advertising, contrary to the clear purport of s. 22(2). The remedy, in his view, was to strike from s. 22(3) the phrase "or advertising that could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons".

77 The manufacturers attribute two vices to the provision banning advertising that could be appealing to youth: vagueness and overbreadth. The two are related. The manufacturers' main point is that the provision offers insufficient guidance for them to know when they might be running afoul of the law. The manufacturers' argument strongly resembles a s. 7 "vagueness" argument. However, since s. 7 is not at issue in this case, it is appropriate to deal with this under s. 1, either as a lack of a "limit prescribed by law" or as a lack of minimal impairment. As

juges majoritaires (les juges Brossard et Rayle) en ont confirmé la validité. À l'instar du juge de première instance, ils ont considéré que le critère applicable consiste à se demander si les termes en question peuvent être interprétés par un tribunal. Ils ont jugé qu'ils pouvaient l'être. Ils ont insisté sur le fait qu'en cette matière il faut faire montre d'une grande déférence à l'égard du choix du législateur. Ils ont estimé que le législateur a le droit d'être inexorable lorsqu'il est question d'enfants et de jeunes. L'infraction, ont-ils souligné, n'est pas criminelle mais réglementaire. L'interdiction vise à protéger un groupe vulnérable. À leur avis, lorsqu'on compare l'importance de cet objectif avec la faible valeur de l'activité expressive qui fait l'objet d'une restriction, il ne fait aucun doute que l'interdiction est proportionnée. Dans ces circonstances, les tribunaux doivent s'en remettre au législateur.

Le juge Beauregard était dissident. À son avis, la disposition a une portée excessive. Il ne suffit pas qu'un juge puisse appliquer la disposition; il faut en outre que les fabricants de produits du tabac puissent savoir ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas. Il doit être possible de distinguer ce qui est attrayant pour les jeunes, et interdit, et ce qui est attrayant pour les adultes, et permis. Comme cette ligne est impossible à tracer, il s'ensuit, selon le juge Beauregard, que la disposition interdit complètement toutes les formes de publicité informative et de publicité préférentielle, contrairement au sens clair du par. 22(2). À son avis, la solution consistait à retirer du par. 22(3) les termes « ou à la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes ».

Selon les fabricants, la disposition interdisant la publicité qui pourrait être attrayante pour les jeunes comporte deux défauts : imprécision et portée excessive. Ces deux défauts sont liés entre eux. L'argument principal des fabricants veut que la disposition ne leur donne pas suffisamment d'indications pour qu'ils sachent quand ils sont susceptibles d'enfreindre la loi. Cela ressemble énormément à l'argument de « l'imprécision » fondé sur l'art. 7. Toutefois, comme l'art. 7 n'est pas en cause dans la présente affaire, il convient d'aborder cette

Sopinka J. stated in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-95 (cited with approval by a unanimous Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 56):

> Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. . . . In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

It is thus clear that both overbreadth and vagueness can be considered in determining whether a limit on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*, although the two concepts raise distinct considerations. Overbreadth is concerned with whether the provision on its face catches more expression than necessary to meet the legislator's objective. The criticism is not that the words are unclear, but that while clear, they go too far. Vagueness, by contrast, focuses on the generality and imprecision of the language used. The argument is that because the language is vague and unclear, it may be applied in a way that in fact goes beyond the legislator's stated goals. A citizen, corporate or otherwise, who wishes to stay within the law may have no choice but to err on the side of caution. The result may be that the citizen says less than is required in fact to accomplish the state's object. Indeed, confronted by vague bans on speech, the prudent citizen may be reduced to saying nothing

question sous l'angle de l'article premier, soit comme une absence de « restriction prescrite par une règle de droit », soit comme une absence d'atteinte minimale. Comme l'a affirmé le juge Sopinka dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-95 (cité et approuvé à l'unanimité par la Cour dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 56) :

> Or, il existe aux moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement [. . .] Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

78 Il est donc clair que la portée excessive et l'imprécision peuvent être pris en considération pour déterminer si une restriction de la liberté d'expression est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, bien que ces deux notions fassent intervenir des considérations différentes. En ce qui concerne la portée excessive, il faut déterminer si, à première vue, la disposition vise plus d'activités expressives que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif du législateur. Ce qui est reproché n'est pas le manque de clarté des mots, mais le fait que, tout en étant clairs, les mots en question ont une trop large portée. L'imprécision, au contraire, est axée sur le caractère général et vague du libellé employé. On fait valoir que, parce que le libellé est vague et obscur, il peut s'appliquer d'une façon qui, en fait, dépasse les objectifs déclarés du législateur. Il se peut que le citoyen — qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique — qui souhaite respecter la loi n'ait d'autre choix que de pécher

at all. Like clear language that casts the statutory net too broadly, overbreadth by reason of vagueness goes to the heart of the requirement of minimal impairment.

79 It follows from this that two things must be shown in order to refute a claim of vagueness and overbreadth: first, the provision must give adequate guidance to those expected to abide by it; and second, it must limit the discretion of state officials responsible for its enforcement. While complete certainty is impossible, and some generalization is inevitable, the law must be sufficiently precise to provide guidance for legal debate: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. The trial judge and the majority in the Court of Appeal emphasized the need for flexibility and the impossibility of achieving absolute certainty, but Beauregard J.A. correctly insisted as well on the principle of providing citizens with substantive notice in order to guide their conduct. To ask only whether a trial judge will be able to apply the impugned law when a case comes before him or her provides an inadequate response to the concern that the law may in the future be applied in an overbroad way. In effect, it defers the critical question of actual overbreadth to another day.

80 Against this background, I turn to the task of interpreting s. 22(3). As stated, the aim is to ascertain the intention of Parliament. To do this, one considers the words used in their legal and social context. One seeks a common meaning between the English and French texts. And throughout, one is guided by Parliament's objective, or purpose. On the matter at issue, Parliament could not have made its purpose clearer than it has in the *Tobacco Act*. It is, quite simply, "to protect young persons and others from inducements to use tobacco

par excès de prudence. Il se peut alors qu'il s'exprime moins que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif de l'État. En réalité, face à de vagues interdictions de s'exprimer, le citoyen prudent peut devoir se taire complètement. À l'instar du libellé clair qui confère à une mesure législative une portée trop large, la portée excessive pour cause d'imprécision est cruciale en ce qui concerne l'exigence d'atteinte minimale.

Il s'ensuit qu'il faut démontrer deux choses pour réfuter un argument voulant qu'il y ait imprécision et portée excessive : premièrement, la disposition doit fournir des indications suffisantes à ceux qui sont appelés à s'y conformer; deuxièmement, elle doit limiter le pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État chargés de l'appliquer. Bien que la certitude totale soit impossible et qu'une certaine généralisation soit inévitable, le texte législatif doit être suffisamment précis pour servir de guide dans un débat juridique : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mis l'accent sur le besoin de la souplesse et l'impossibilité de la certitude absolue, mais le juge Beauregard a également insisté, à juste titre, sur le principe selon lequel il faut donner aux citoyens un avertissement suffisant pour guider leur conduite. Pour dissiper la crainte que la mesure législative contestée soit appliquée de manière excessive, il ne suffit pas simplement de se demander si un juge de première instance sera en mesure de l'appliquer lorsqu'il sera saisi d'une affaire où il en sera question. En fait, cela revient à reporter à une autre occasion le soin de trancher la question cruciale de la portée excessive.

C'est dans ce contexte que je vais maintenant interpréter le par. 22(3). Comme nous l'avons vu, l'objectif est de déterminer l'intention du législateur. Pour ce faire, il faut examiner les termes employés dans leur contexte juridique et social. Il s'agit de trouver un sens commun entre les versions française et anglaise. Et du début à la fin, on s'inspire de l'objectif ou de l'intention du législateur. En ce qui concerne l'affaire en cause, le législateur n'aurait pas pu exprimer plus clairement son intention que dans la *Loi sur le tabac*. Cette intention

products and the consequent dependence on them": s. 4(*b*).

A number of phrases in the ban on advertising appealing to young people are, at first blush, problematic: "could be construed", "on reasonable grounds" and "appealing to young persons" are, viewed individually, far from precise. However, it is the global intention that we must seek.

The first striking aspect of s. 22(3) is its insistence on "reasonable grounds" for concluding that the advertising is within the prohibited designation. The English version uses the phrase "that could be construed on reasonable grounds". The French version uses a different grammatical construction but picks up the same idea: "*dont il existe des motifs raisonnables de croire*" (for which there are reasonable grounds to believe). The English construction is unusual. The French, however, is one familiar to the law. "Reasonable grounds to believe" is a common concept, particularly in criminal law. I conclude that the common meaning of this part of the provision is reasonable grounds to believe that the advertising in question falls within the prohibition. This is an objective standard, and one with clear legal content.

The more difficult aspect of the wording is the use of the conditional "could be" or "*pourrait*" in the provision. "Reasonable grounds to believe" in the criminal context is generally used with the factual, indicative tense; the person making the assessment must have reasonable grounds for the belief in question. Section 22(3) is different. The English version uses "could be construed on reasonable grounds". This suggests that there should be reasonable grounds, but that the person making the assessment would not need to be as certain of their actual existence as would be the case in the criminal context. The French version uses a different construction altogether. The conditional "*pourrait*" in the French version does not describe the activity of assessing or construing the grounds, as in the English version, but rather the character of the prohibited advertising: "*qu'elle pourrait être*

est tout simplement « de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter » : al. 4*b*).

81 L'interdiction de la publicité attrayante pour les jeunes comporte un certain nombre d'expressions qui, à première vue, posent un problème : considérées séparément, les expressions « dont il existe des motifs raisonnables de croire » et « attrayante pour les jeunes » sont loin d'être précises. Toutefois, c'est l'intention globale que nous devons chercher.

82 La première chose qui nous frappe au par. 22(3) est l'accent qu'il met sur les « motifs raisonnables » de conclure que la publicité est visée par l'interdiction. La version anglaise emploie le libellé « *that could be construed on reasonable grounds* ». La version française utilise une construction grammaticale différente, mais reprend la même idée : « dont il existe des motifs raisonnables de croire ». La construction anglaise est inhabituelle. La construction française est, quant à elle, bien connue en droit. Le concept des « motifs raisonnables de croire » est courant, surtout en droit criminel. Je conclus que le sens commun de cette partie de la disposition est qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que la publicité en question relève de l'interdiction. C'est une norme objective, une norme au contenu juridique clair.

83 C'est l'emploi du conditionnel « pourrait » ou « *could be* » dans la disposition qui suscite davantage de difficultés. Dans le contexte criminel, l'expression « motifs raisonnables de croire » est généralement employée à l'indicatif présent; la personne qui effectue l'appréciation doit avoir des motifs raisonnables de croire ce dont il est question. Le paragraphe 22(3) est différent. La version anglaise emploie les termes « *could be construed on reasonable grounds* », ce qui laisse croire qu'il devrait y avoir des motifs raisonnables, mais que la personne qui les apprécie n'aurait pas besoin d'être aussi certaine de leur existence qu'elle devrait l'être dans le contexte criminel. La version française utilise une construction totalement différente. Le conditionnel « pourrait » vise non pas l'activité qui consiste à apprécier ou à interpréter les motifs, comme dans la version anglaise, mais plutôt la nature de la publicité

attrayante pour les jeunes", i.e. that it could be appealing to young persons.

84 Again, I find the French version more helpful. The suggestion in the English version that there be reasonable grounds but that the person assessing them need not be entirely certain about them seems to involve a contradiction in terms. If reasonable grounds exist, it is hard to imagine how one could be in doubt about them. The French version avoids this difficulty: one must have reasonable grounds to conclude that the advertising "could be" appealing to young persons. This captures the idea that the reasonable grounds exist but that there may be doubt about whether in fact young persons would find the advertising appealing. Read thusly, the phrase serves the purpose of relieving the prosecutor of proving that a particular advertisement in fact was appealing to one or more young persons. All that is required is that the evidence establish that the advertising could be appealing to young persons.

85 This leaves the phrase "appealing to young persons". In the English version, "appealing" could arguably be read as a verb, in the sense of "making an appeal to", although its adjectival sense of something that is "attractive [and] of interest" appears to be more natural (*Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 61). In French, the phrase "*attrayante*" is clearly adjectival — the question is whether the advertisement could be "*attrayante*" or appealing to young persons. I conclude that "appealing" must be read as an adjective in English as well.

86 The last part of the puzzle is what Parliament intended by singling out advertising appealing "to young persons". Could this include all advertising, even advertising that is primarily appealing to adults, on the theory that such advertising could also be appealing to some young persons? Or did Parliament intend to confine the exception carved out from the broader permission for information and brand-preference advertising to advertising that is particularly appealing to young persons?

interdite : « qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes ».

Là encore, j'estime que la version française est plus utile. La version anglaise, qui indique qu'il faut des motifs raisonnables mais qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui les apprécie soit absolument certaine de leur existence, semble contradictoire. Si des motifs raisonnables existent, il est difficile d'imaginer comment on pourrait douter de leur existence. La version française évite ce problème : il faut avoir des motifs raisonnables de conclure que la publicité « pourrait être » attrayante pour les jeunes. Cette formulation exprime l'idée que les motifs raisonnables existent, mais qu'il peut y avoir des doutes quant à savoir si les jeunes jugeraient effectivement cette publicité attrayante. Ainsi interprétée, l'expression contribue à dégager le poursuivant de l'obligation de prouver qu'une publicité particulière était effectivement attrayante pour un ou plusieurs jeunes. Tout ce qu'il faut, c'est que la preuve établisse que la publicité pourrait être attrayante pour un jeune.

Reste l'expression « attrayante pour les jeunes ». En ce qui concerne la version anglaise, on pourrait soutenir que le terme « *appealing* » est un verbe, qu'il a le sens « d'exercer un attrait sur », quoique son sens adjectival [TRADUCTION] « qui exerce un attrait, qui intéresse » semble plus naturel (*Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004), p. 61). En français, le terme « attrayante » est clairement adjectival — la question est de savoir si la publicité pourrait être « attrayante » pour les jeunes. Je conclus que le mot « *appealing* » doit également être considéré comme un adjectif en anglais.

Reste à déterminer ce que le législateur avait à l'esprit en traitant différemment la publicité attrayante « pour les jeunes ». Se pourrait-il qu'il ait voulu viser toute publicité, même celle qui est surtout attrayante pour les adultes, en supposant qu'elle pourrait aussi être attrayante pour certains jeunes? Ou encore, le législateur voulait-il que l'exception à l'autorisation générale de la publicité informative et de la publicité préférentielle ne s'applique qu'à la publicité qui est particulièrement attrayante pour les jeunes?

In my view, the only reasonable conclusion is the latter. Parliament had already said, in s. 22(2), that information and brand-preference advertising was permitted in appropriate places. The purpose of s. 22(3) is to protect a narrower subset of consumers whose particular tastes cannot be reflected in advertising. To read "could be . . . appealing to young persons" as including all advertising would defeat this purpose and render s. 22(2) meaningless. Moreover, the words "to young persons" must be assumed to have been included for a purpose. To read them as extending to everyone also renders them meaningless. The rule that the legislator does not speak in vain suggests that this interpretation should be rejected: *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831. Finally, reading s. 22(3) as confined to advertising particularly appealing to young persons is consistent with Parliament's purpose of preventing young people from taking up smoking and becoming addicted to tobacco.

87 À mon avis, la seule conclusion raisonnable est la dernière. Le législateur avait déjà dit, au par. 22(2), que la publicité informative et la publicité préférentielle étaient permises dans certains lieux appropriés. Le paragraphe 22(3) vise à protéger une sous-catégorie plus restreinte de consommateurs dont les goûts particuliers ne peuvent pas être représentés dans des publicités. Interpréter l'expression « pourrait être attrayante pour les jeunes » comme visant toute publicité ferait échec à cette intention et ferait perdre tout son sens au par. 22(2). En outre, il faut présumer que les mots « pour les jeunes » ont été inclus dans un but précis. Les interpréter comme s'appliquant à tout le monde leur ferait aussi perdre tout leur sens. La règle voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire indique qu'il y a lieu de rejeter cette interprétation : *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831. Enfin, interpréter le par. 22(3) comme ne visant que la publicité particulièrement attrayante pour les jeunes est conforme avec l'intention du législateur d'empêcher les jeunes de commencer à fumer et de développer une dépendance au tabac.

For these reasons, I conclude that s. 22(3) must be read as creating a ban for information and brand-preference advertising that could be appealing to a particular segment of society, namely young people. In order to establish this element, the prosecutor must show that the advertisement in question could be attractive to young people, as distinguished from the general adult population.

88 Pour ces motifs, je conclus qu'il faut considérer que le par. 22(3) interdit la publicité informative et la publicité préférentielle qui pourraient être attrayantes pour une couche sociale particulière, à savoir les jeunes. Pour établir l'existence de cet élément de la disposition, le poursuivant doit démontrer que la publicité en question pourrait être attrayante pour les jeunes, par opposition à la population adulte en général.

At the end of this exercise in interpretation, we arrive at a common meaning for the French and English versions of s. 22(3), which is consistent with Parliament's stated purpose of preventing young persons in particular from taking up smoking. Section 22(3), thus interpreted, requires the prosecution in a given case to prove that there are reasonable grounds to believe that the advertisement of a tobacco product at issue could be appealing to young persons, in the sense that it could be particularly attractive and of interest to young persons, as distinguished from the general population.

89 À l'issue de cet exercice d'interprétation, nous arrivons à dégager un sens commun aux versions française et anglaise du par. 22(3), qui est conforme à l'intention déclarée du législateur d'empêcher plus particulièrement les jeunes de commencer à fumer. Selon cette interprétation du par. 22(3), la poursuite doit, dans un cas donné, établir l'existence de motifs raisonnables de croire que la publicité d'un produit du tabac qui est visée pourrait être attrayante pour les jeunes, en ce sens qu'elle pourrait être particulièrement attirante et intéressante pour les jeunes, par opposition à l'ensemble de la population.

90 Having established the meaning of s. 22(3), I turn to the question of whether the incursion on free expression that it represents has been shown to be a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

91 It is not disputed that Parliament's objective of preventing young people from being tempted to take up tobacco use and consequently becoming addicted is pressing and substantial. Nor is there doubt that a ban on advertising appealing to young persons is rationally connected to this goal.

92 The manufacturers' claims that the provision is not minimally impairing by reason of vagueness and overbreadth, however, require close consideration. I cannot endorse the view of Rayle J.A. that [TRANSLATION] "in the context of the protection of children, the minimal impairment branch of the section 1 test is not relevant" ([2005] R.J.Q. 2018, [2005] Q.J. No. 10915 (QL), at para. 341). However, I conclude that s. 22(3), construed as I have suggested, is not vague. It does not impose a total ban on advertising. Information and brand-preference advertising is permitted, provided that it is not done in places that young persons are likely to frequent or publications not addressed to adults, and provided that it is not lifestyle advertising (considered below) or advertising that there are reasonable grounds to believe could be appealing to young people as a group.

93 Is the ban on advertising that could appeal to young persons overbroad? Does it go farther than necessary to accomplish Parliament's purpose? It might be argued that it is enough to confine advertising to information and brand-preference and to impose placement restrictions, and that the further limit imposed by s. 22(3) is unnecessary. But this argument overlooks the breadth of Parliament's definition of brand-preference advertising, which may well permit advertising targeted at young persons. Information, too, can be packaged in many ways.

Après avoir établi le sens du par. 22(3), j'aborde la question de savoir si on a démontré que l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression est une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Personne ne conteste que l'objectif du législateur consistant à soustraire les jeunes à la tentation de commencer à fumer et au tabagisme qui peut en résulter est un objectif urgent et réel. Il ne fait également aucun doute que l'interdiction de la publicité attrayante pour les jeunes est rationnellement liée à cet objectif.

Les arguments des fabricants selon lesquels la disposition ne constitue pas une atteinte minimale en raison de son imprécision et de sa portée excessive commandent toutefois un examen attentif. Je ne puis souscrire au point de vue de la juge Rayle selon lequel, « en ce qui concerne la protection des enfants, le volet "atteinte minimale" du critère relatif à l'article premier de la charte n'est pas pertinent » ([2005] R.J.Q. 2018, par. 341). Cependant, je conclus que, selon l'interprétation que je propose de lui donner, le par. 22(3) n'est pas imprécis. Il n'interdit pas totalement la publicité. La publicité informative et la publicité préférentielle sont permises dans la mesure où elles ne sont pas faites dans des lieux que les jeunes sont susceptibles de fréquenter ou dans des publications qui ne s'adressent pas à des adultes, et où elles ne constituent pas de la publicité de style de vie (que j'examinerai plus loin) ou de la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes en tant que groupe.

L'interdiction de la publicité qui pourrait être attrayante pour les jeunes a-t-elle une portée excessive? Va-t-elle plus loin que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif du législateur? On pourrait soutenir qu'il suffit de limiter la publicité à la publicité informative et à la publicité préférentielle et d'imposer des restrictions en matière de placement de publicités, et que la restriction additionnelle imposée par le par. 22(3) est inutile. Toutefois, cet argument ne tient pas compte de la portée de la définition que le législateur donne de la

These realities, coupled with the possibility that young persons may see or read that material permitted by the placement restrictions, justify a specific restriction on material that could be appealing to young persons. Brand-preference advertising is permitted in publications sent by mail to an identified adult (s. 22(2)(*a*)) or with an adult readership of at least 85 percent (s. 22(2)(*b*)). These publications may nevertheless be read by young persons. The purpose of s. 22(3), in this context, is to prevent advertising in these publications that "could be" appealing to young people, as opposed to the general adult population. Section 22(3) simply forbids presenting this type of advertising in a way that could have a particular appeal to young persons. Given the sophistication and subtlety of tobacco advertising practices in the past, as demonstrated by the record in this case, Parliament cannot be said to have gone farther than necessary in blocking advertising that might influence young persons to start smoking.

Finally, s. 22(3) meets the requirement of proportionality of effects. The prohibited speech is of low value. Information about tobacco products and the characteristics of brands may have some value to the consumer who is already addicted to tobacco. But it is not great. On the other hand, the beneficial effects of the ban for young persons and for society at large may be significant. The placement restrictions may mean that the majority of people seeing the advertising prohibited by s. 22(3) are adults. The restrictions may impose a cost in terms of the information and brand-preference advertising they may be able to receive. But that cost is small; all that is prohibited is advertising that could be specifically appealing to young people. Moreover, the vulnerability of the young may justify measures that privilege them over adults in matters of free expression. Thus in *Irwin Toy*, at p. 982, the Court

« publicité préférentielle », qui pourrait bien permettre la publicité destinée aux jeunes. L'information peut, elle aussi, revêtir différentes formes. Ces réalités, conjuguées à la possibilité que les jeunes puissent voir ou lire le matériel autorisé par les dispositions restreignant le placement des publicités, justifient d'assujettir à une restriction particulière le matériel qui pourrait être attrayant pour les jeunes. La publicité préférentielle est permise dans les publications qui sont expédiées par courrier à un adulte désigné par son nom (al. 22(2)*a*)) ou dont au moins 85 p. 100 des lecteurs sont des adultes (al. 22(2)*b*)). Ces publications peuvent néanmoins être lues par des jeunes. Dans ce contexte, le par. 22(3) vise à empêcher que ces publications contiennent de la publicité qui « pourrait » être attrayante pour les jeunes, par opposition à la population adulte en général. Le paragraphe 22(3) interdit simplement de présenter cette forme de publicité d'une manière qui pourrait être particulièrement attrayante pour les jeunes. Compte tenu de la complexité et de la subtilité des pratiques qui — comme le démontre le dossier en l'espèce — ont été adoptées antérieurement dans le domaine de la publicité des produits du tabac, on ne saurait prétendre que le législateur est allé plus loin que nécessaire en interdisant la publicité qui pourrait inciter les jeunes à commencer à fumer.

94 Enfin, le par. 22(3) satisfait à l'exigence de proportionnalité des effets. L'activité expressive interdite a peu de valeur. L'information concernant les produits du tabac et les caractéristiques des marques peut avoir une certaine valeur pour le consommateur qui a déjà développé une dépendance au tabac. Mais cette valeur n'est pas très grande. Par contre, les effets bénéfiques de l'interdiction pour les jeunes et la société en général peuvent être considérables. Les restrictions en matière de placement de publicités peuvent faire en sorte que la majorité des personnes qui voient la publicité interdite par le par. 22(3) sont des adultes. Elles peuvent avoir une incidence sur la publicité informative et la publicité préférentielle qu'ils peuvent recevoir. Toutefois, cette incidence est peu importante; ce qui est interdit, c'est uniquement la publicité qui pourrait être particulièrement attrayante pour les jeunes. En

upheld a stipulation that the late hour of advertising did not create a presumption that it was not aimed at children, with the observation that such a stipulation "makes clear that children's product advertising, if presented in a manner aimed to attract children, is not permitted even if adults form the largest part of the public likely to see the advertisement".

outre, la vulnérabilité des jeunes peut justifier la prise de mesures qui, en matière de liberté d'expression, les favorisent par rapport aux adultes. Ainsi, dans l'arrêt *Irwin Toy*, p. 982, la Cour a confirmé la validité d'une disposition prévoyant que l'heure tardive à laquelle un message publicitaire était diffusé ne faisait pas présumer qu'il n'était pas destiné aux enfants, tout en faisant observer que cette disposition « dit clairement qu'une publicité pour un produit destiné aux enfants présentée de façon à attirer l'attention des enfants est interdite même si le public susceptible de la voir est composé en majeure partie d'adultes ».

95 I conclude that the limit on free expression imposed by s. 22(3), properly interpreted, is justified as reasonable under s. 1 of the *Charter*.

Je conclus que la restriction de la liberté d'expression imposée par le par. 22(3), correctement interprété, est justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

4. *Lifestyle Advertising*

4. *Publicité de style de vie*

96 Section 22(3) carves out from permitted information and brand-preference advertising under s. 22(2) two types of advertising: advertising that could appeal to young persons, just considered, and lifestyle advertising.

Le paragraphe 22(3) exclut de la publicité informative et de la publicité préférentielle qu'autorise le par. 22(2) deux formes de publicité : la publicité qui pourrait être attrayante pour les jeunes, que je viens d'examiner, et la publicité de style de vie.

97 Section 22(4) defines lifestyle advertising as follows:

Le paragraphe 22(4) définit ainsi la publicité de style de vie :

"lifestyle advertising" means advertising that associates a product with, or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life such as one that includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring.

« publicité de style de vie » Publicité qui associe un produit avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre.

98 It is agreed that this provision infringes the s. 2(*b*) guarantee of freedom of expression. The manufacturers, however, argue that it is overbroad and ask that it be struck down. Alternatively, they ask that the definition of lifestyle be restricted to the lifestyles specifically referred to in s. 22(4).

L'on s'entend pour dire que cette disposition porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*). Les fabricants soutiennent toutefois que sa portée est excessive et demandent son annulation. Subsidiairement, ils demandent que la définition de style de vie soit limitée aux styles de vie mentionnés expressément au par. 22(4).

99 The trial judge, Denis J., detailed the industry practice of using appeals to various lifestyles as a means of selling tobacco products. Different lifestyles are directed to different segments of the

Le juge Denis, siégeant en première instance, a expliqué en détail la pratique de l'industrie consistant à utiliser l'attrait exercé par divers styles de vie pour vendre des produits du tabac. Différents

population. Women and young persons rank high among those targeted by this type of advertising. The advertising is highly sophisticated. Some associate a product with a romanticized lifestyle, such as the cowboy image of the "Marlboro man". Other advertising may evoke elements of a more ordinary lifestyle, for example, the image of a cup of coffee or a bath, coupled with a cigarette. Sometimes the cigarette disappears altogether; only the bath or cup of coffee is shown, connected discreetly with a particular brand name. Denis J. upheld the ban on lifestyle advertising on the basis that despite its references to images and emotions, it was sufficiently clear to permit a court to interpret it in a particular case.

The Court of Appeal divided on the issue. The majority (Brossard and Rayle JJ.A.) upheld the ban. Parliament, in its view, was justified in employing a broad definition in order to cover creative forms of advertising that might not fit within a more traditional definition of lifestyle advertising. In dissent, Beauregard J.A. argued that it may be impossible to advertise certain products without evoking a positive or negative emotion about a lifestyle already associated with those products.

I conclude that properly interpreted, the ban on lifestyle advertising in s. 22(3) constitutes a reasonable and demonstrably justified limit on the right of free expression.

As with the other provisions challenged in these appeals, the first task is one of interpretation. Some background may be helpful. In *RJR*, the majority agreed that on the evidence presented in that case, a prohibition on lifestyle advertising (but not information and brand-preference advertising) could have been considered minimally impairing (*per* McLachlin J., at para. 164; *per* Iacobucci J., at para. 191). This was based on the understanding that lifestyle advertising invariably seeks to

styles de vie s'adressent à différentes couches de la population. Les femmes et les jeunes représentent un pourcentage important de la population qui est visée par cette forme de publicité. Les annonces publicitaires sont très subtiles. Certaines associent un produit à un style de vie romantique, telle l'image de cowboy de « l'homme Marlboro ». D'autres peuvent évoquer des aspects d'un style de vie plus ordinaire, telle l'image d'une tasse de café ou d'un bain, combinée à une cigarette. Parfois, la cigarette y est complètement absente; on ne montre que le bain ou la tasse de café, en l'associant discrètement à une marque particulière. Le juge Denis a conclu à la validité de l'interdiction de la publicité de style de vie pour le motif que, même s'il fait appel à des images et à des émotions, cette forme de publicité est assez claire pour qu'un tribunal puisse l'interpréter dans un cas particulier.

100 La Cour d'appel était partagée à cet égard. Les juges majoritaires (les juges Brossard et Rayle) ont confirmé la validité de l'interdiction. Selon eux, le législateur était fondé à recourir à une définition large pour englober les formes de publicité créative qui pourraient ne pas être visées par une définition plus traditionnelle de la publicité de style de vie. Le juge Beauregard, dissident, a estimé qu'il peut être impossible de faire la promotion de certains produits sans évoquer une émotion positive ou négative au sujet d'un style de vie déjà associé à ces produits.

101 Je conclus que, correctement interprétée, l'interdiction que le par. 22(3) établit à l'égard de la publicité de style de vie constitue une restriction de la liberté d'expression qui est raisonnable et dont la justification peut être démontrée.

102 Comme dans le cas des autres dispositions contestées dans les présents pourvois, il faut d'abord se livrer à un exercice d'interprétation. Un certain contexte peut être utile. Dans l'arrêt *RJR*, la Cour à la majorité a convenu que, compte tenu de la preuve qui lui avait été soumise, l'interdiction de la publicité de style de vie (mais non de la publicité informative et de la publicité préférentielle) aurait pu être considérée comme une atteinte minimale (la juge McLachlin, par. 164; le juge Iacobucci,

increase overall tobacco consumption, not just to inform existing smokers.

103 The Attorney General of Canada asserts that s. 22 is Canada's response to the "guidelines" of the Court. However, the *Tobacco Act* departs in important respects from the template discussed in *RJR*, making direct comparisons inconclusive.

104 First, the Act defines "lifestyle" differently than did the discussion in *RJR*. The definition of lifestyle advertising alluded to in *RJR* was broad, unencumbered by the references to "glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring" found in the Act. Moreover, the Court in *RJR* focused on advertising that "associates" a product with a way of life, and made no references to advertising that "evokes a positive or negative emotion about or image of" a way of life, as found in the *Tobacco Act*.

105 Second, the *Tobacco Act* defines brand-preference advertising more broadly than the Court did in *RJR*. In *RJR*, brand-preference advertising was restricted in that it had to be aimed only at existing smokers, inducing them to switch brands, and was restricted to colour, design and package appearance (*per* La Forest J., relying on the definition used in the Court of Appeal ([1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4th) 289, *per* Brossard J.A.). The *Tobacco Act*, by contrast, simply defines brand-preference advertising as "advertising that promotes a tobacco product by means of its brand characteristics". This means that the window for permissible advertising opened by s. 22(2) is broader than it would have been had the narrower *RJR* definition of brand preference been adopted.

106 These differences mean that direct comparisons cannot be made between the lifestyle provisions of the *Tobacco Act* and the impact of *RJR*'s

par. 191). Cela reposait sur l'idée que la publicité de style de vie vise toujours à accroître l'usage global du tabac, et non seulement à informer les personnes qui fument déjà.

Le procureur général du Canada affirme que l'art. 22 est la réponse du Canada aux « directives » de la Cour. Cependant, la *Loi sur le tabac* s'écarte, à d'importants égards, du modèle analysé dans l'arrêt *RJR*, ce qui rend peu concluante toute comparaison directe.

Premièrement, la Loi donne à l'expression « style de vie » une définition différente de celle figurant dans l'analyse effectuée dans l'arrêt *RJR*. La définition de la publicité de style de vie à laquelle faisait allusion l'arrêt *RJR* était large et ne comportait aucune des mentions de « prestige, [. . .] loisirs, [. . .] enthousiasme, [. . .] vitalité, [. . .] risque ou [. . .] audace » contenues dans la Loi. En outre, dans l'arrêt *RJR*, la Cour s'est concentrée sur la publicité qui « associe » un produit à une façon de vivre, et n'a fait aucune mention de la publicité qui « évoque une émotion ou une image, positive ou négative », au sujet d'une façon de vivre, comme le fait la *Loi sur le tabac*.

Deuxièmement, la *Loi sur le tabac* définit la publicité préférentielle plus largement que l'a fait la Cour dans l'arrêt *RJR*. Dans cet arrêt, la publicité préférentielle était limitée en ce sens qu'elle ne devait être destinée qu'aux personnes qui fument déjà, afin de les inciter à changer de marque, et qu'elle ne visait que la couleur, le design et la présentation de l'emballage (le juge La Forest, se fondant sur la définition utilisée par la Cour d'appel ([1993] R.J.Q. 375, le juge Brossard). Par contre, la *Loi sur le tabac* définit simplement la publicité préférentielle comme la « [p]ublicité qui fait la promotion d'un produit du tabac en se fondant sur les caractéristiques de sa marque ». Cela signifie que le par. 22(2) ouvre plus grand la porte à cette forme de publicité que ne l'aurait fait la définition stricte de l'arrêt *RJR*, si elle avait été adoptée.

Ces différences signifient qu'aucune comparaison directe ne saurait être faite entre les dispositions relatives à la publicité de style de vie

conclusions on brand preference on the scope of lifestyle advertising. The majority's approval of brand-preference advertising in *RJR* was premised not only on different evidence, but on different definitions of pivotal concepts. The broad space s. 22(2) allows for permitted advertising must be taken into account in determining whether the claw-back in s. 22(3) is overbroad. It follows that the Attorney General's argument that s. 22(3) must be valid because it represents Parliament's response to the "guidelines" the Court offered in *RJR* oversimplifies the matter. Our focus must be on the structure and wording of the *Tobacco Act*, not on what was said in *RJR* on different facts and different definitions of the central concepts.

contenues dans la *Loi sur le tabac* et l'incidence que les conclusions de l'arrêt *RJR* sur la publicité préférentielle ont sur la portée de la publicité de style de vie. Dans l'arrêt *RJR*, l'approbation de la publicité préférentielle par les juges majoritaires reposait non seulement sur une preuve différente, mais aussi sur d'autres définitions de concepts cruciaux. La place importante que le par. 22(2) accorde à la publicité autorisée doit être prise en considération pour déterminer si l'exception prévue au par. 22(3) a une portée excessive. Il s'ensuit que l'argument du procureur général, selon lequel il faut reconnaître la validité du par. 22(3) parce qu'il constitue la réponse du législateur aux « directives » données par la Cour dans l'arrêt *RJR*, est simpliste. Il faut se concentrer sur la structure et le libellé de la *Loi sur le tabac*, et non sur ce qui a été dit dans l'arrêt *RJR* au sujet de faits différents et d'autres définitions de concepts cruciaux.

How, then, is lifestyle advertising in s. 22(3) to be construed? First, the scheme of s. 22 as a whole must be considered. We start with the fact that s. 22(2) permits information and brand-preference advertising. Information advertising is relatively clear: it consists of factual information about the product. This does not exclude, however, the possibility that information may be so presented that it evokes a lifestyle. Brand-preference advertising under the Act is even broader. As noted above, the Act did not adopt the narrow concept of brand-preference advertising set forth in *RJR*. Rather, it adopted a definition of "advertising that promotes a tobacco product by means of its brand characteristics". As the Canadian Cancer Society argues, the concept of a "brand" is associated with a lifestyle; in marketing, brands are intangible images, usually associated with particular lifestyles.

107 Comment alors faut-il interpréter la publicité de style de vie mentionnée au par. 22(3)? Il faut d'abord examiner l'économie de l'ensemble de l'art. 22 et partir du fait que le par. 22(2) autorise la publicité informative et la publicité préférentielle. La publicité informative est une notion relativement claire : elle consiste à donner de l'information factuelle sur le produit. Cependant, cela n'écarte pas la possibilité que l'information soit présentée d'une façon qui évoque un style de vie. La publicité préférentielle prévue par la Loi a une portée encore plus large. Comme je l'ai déjà souligné, la Loi n'a pas retenu le concept strict de la publicité préférentielle énoncé dans l'arrêt *RJR*. Elle a plutôt défini cette forme de publicité comme étant la « [p]ublicité qui fait la promotion d'un produit du tabac en se fondant sur les caractéristiques de sa marque. » Comme le fait valoir la Société canadienne du cancer, la notion de « marque » est associée à un style de vie; en matière de commercialisation, la marque est une image intangible et est habituellement associée à un style de vie particulier.

After broadly permitting information and brand-preference advertising under s. 22(2), the Act goes on to claw back lifestyle advertising as described in s. 22(4). In other words, s. 22(2) permits advertising that is associated with a way of life, as well as

108 Après avoir autorisé de manière générale, au par. 22(2), la publicité informative et la publicité préférentielle, la Loi exclut ensuite la publicité de style de vie définie au par. 22(4). Autrement dit, le par. 22(2) autorise la publicité associée à une façon

advertising that evokes images and emotions, but s. 22(3) removes this permission.

109 The first part of the definition of lifestyle advertising in s. 22(4) is unproblematic. Combined with s. 22(3), it removes advertising that associates a product with a way of life from the broad ambit of s. 22(2). This exclusion, discussed in *RJR*, is well understood. The next phrase, however, presents difficulties: "or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life". What does this add? Beauregard J.A. argued that any advertisement that evokes an image or emotion about a way of life must necessarily "associate" a product with that way of life.

110 We must, however, attempt to find a meaning for this phrase, on the rule that the legislator does not speak in vain: *Carrières Ste-Thérèse*. That meaning emerges from an appreciation of the problem Parliament was tackling in relation to lifestyle advertising. The express provision that lifestyle advertising need only evoke an emotion or image may be seen as aimed at precluding arguments that to constitute lifestyle advertising, there must be a link, on the face of the advertisement, between the tobacco product and a way of life. While advertising that associates a tobacco product with a way of life will arguably evoke an emotion or an image, it is not clear that advertising evoking an emotion or an image will invariably associate a tobacco product with a lifestyle. A lifestyle image in an advertisement might be aimed at evoking an emotion or image which subliminally evokes a particular tobacco product, for example. Charged with an offence, the advertiser might raise the defence that the advertisement did not "associate" the lifestyle with the product, arguing that there is no evidence of a link between the product and the lifestyle in the advertisement. The phrase "or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life" would defeat such an argument. It is true that "associates" can be read as including even subliminal or subtle influences. But it can also be read more narrowly. Expressly including lifestyle

de vivre, de même que la publicité qui évoque des émotions et des images, mais le par. 22(3) retire cette autorisation.

La première partie de la définition de la publicité de style de vie figurant au par. 22(4) ne pose aucun problème. Conjuguée au par. 22(3), elle exclut du champ d'application général du par. 22(2) la publicité qui associe un produit à une façon de vivre. Cette exclusion, analysée dans l'arrêt *RJR*, a un sens bien connu. Les termes qui suivent présentent cependant des difficultés : « ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre ». Qu'ajoutent-ils? Le juge Beauregard estimait que toute publicité qui évoque une image ou une émotion au sujet de cette façon de vivre doit nécessairement « associer » un produit à cette façon de vivre.

Nous devons toutefois tenter de trouver un sens à ces termes, conformément à la règle selon laquelle le législateur ne parle pas pour ne rien dire : *Carrières Ste-Thérèse*. Ce sens ressort d'une appréciation du problème auquel s'attaquait le législateur relativement à la publicité de style de vie. La disposition expresse selon laquelle la publicité de style de vie n'a qu'à évoquer une émotion ou une image peut être perçue comme visant à écarter les arguments voulant que, pour constituer de la publicité de style de vie, le message doit à première vue présenter un lien entre le produit du tabac et une façon de vivre. Bien qu'on puisse soutenir que la publicité qui associe un produit du tabac à une façon de vivre évoque une émotion ou une image, il n'est pas certain que la publicité qui évoque une émotion ou une image associe toujours un produit du tabac à un style de vie. Par exemple, il se pourrait que, dans une publicité, une image de style de vie ait pour objet d'évoquer une émotion ou une image qui évoque elle-même, de manière subliminale, un certain produit du tabac. Le publicitaire accusé d'une infraction pourrait faire valoir comme moyen de défense que la publicité n'« associait » pas le style de vie au produit et qu'il n'y a ainsi aucune preuve qu'elle établissait un lien entre les deux. Les termes « ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre » permettraient de

advertising that evokes emotions and images makes it clear that even advertising that does not appear on its face to connect a lifestyle with a tobacco product is prohibited if it subliminally connects a tobacco product with a lifestyle.

réfuter cet argument. Il est vrai que le verbe « associe » peut être interprété comme visant même les influences subliminales ou subtiles. Cependant, il peut aussi être interprété d'une manière plus restrictive. L'inclusion expresse de la publicité de style de vie qui évoque des émotions et des images indique clairement que même la publicité qui ne semble pas à première vue relier un style de vie à un produit du tabac est interdite si elle évoque un style de vie de manière subliminale.

The phrase "evokes a positive or negative emotion . . . or image" should not, however, be read so broadly as to encompass every perceptual impression. It should be interpreted in a way that leaves room for true information and brand-preference advertising, which s. 22(2) permits. This brings to mind the definition of brand-preference advertising used in *RJR*, which was confined to existing smokers and restricted to the colour, design and appearance of the packaging. It is possible to argue that a colour or image evokes an emotion in some highly abstract, artistic sense. Parliament, however, was concerned with emotions and images that may induce people to start to use or to increase their use of tobacco. Parliament used these terms in the context of its purpose — to prevent the increase of tobacco consumption through advertising and to confine permissible advertising to hard, factual data directed to confirmed smokers. The provision should be construed accordingly.

111 Les termes « évoque une émotion ou une image, positive ou négative » ne devraient toutefois pas recevoir une interprétation large au point d'englober toutes les impressions perceptives. Il faudrait les interpréter d'une manière qui laisse place à la véritable publicité informative ou préférentielle, qui est autorisée par le par. 22(2). Cela rappelle la définition de la publicité préférentielle utilisée dans l'arrêt *RJR*, qui visait seulement les personnes qui fument déjà, ainsi que la couleur, le design et la présentation de l'emballage. On peut faire valoir que, d'une façon très abstraite et artistique, une couleur ou une image évoque une émotion. Cependant, le législateur se souciait des émotions et des images qui peuvent inciter les gens à commencer à fumer ou à accroître leur usage du tabac. Le législateur a utilisé ces termes dans le cadre de son objectif — empêcher l'accroissement de l'usage du tabac résultant de la publicité et limiter la publicité autorisée à des données factuelles précises qui sont destinées aux fumeurs invétérés. La disposition devrait être interprétée en conséquence.

The reference to "positive or negative" emotion poses a further difficulty. One would expect lifestyle advertising to evoke a positive emotion about the lifestyle and the use of the product. However, it is not beyond the ingenuity of advertisers to rely on negative emotions to subtly persuade. A lifestyle depiction that sends messages of non-smokers being left out of the crowd or being seen as unsophisticated comes to mind.

112 La mention de l'émotion « positive ou négative » soulève une autre difficulté. On s'attendrait à ce que la publicité de style de vie évoque une émotion positive au sujet du style de vie et de l'utilisation du produit en question. Toutefois, les publicitaires ne manquent pas d'ingéniosité lorsqu'il s'agit de convaincre subtilement en suscitant des émotions négatives. On peut penser à la représentation d'un style de vie qui transmet le message que les non-fumeurs sont laissés pour compte ou perçus comme des gens non raffinés.

Finally, what is the effect of qualifying "way of life" in s. 22(4) with the words, "such as one that

113 Enfin, quel est l'effet de l'utilisation des termes « tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la

includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring"? The words "such as" indicate that "way of life" is not limited by the terms that follow. Rather, they are to be read as illustrations of lifestyle advertising.

114 Read in this way, the prohibition on lifestyle advertising is reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As with the other challenged provisions, the pressing and substantial nature of Parliament's objective is beyond challenge. The record is replete with examples of lifestyle advertisements promoting tobacco products. It amply establishes the power of such advertisements to induce non-smokers to begin to smoke and to increase tobacco consumption among addicted smokers. It also establishes the sophistication and subtlety of such advertising. Lifestyle advertising spans the spectrum from the bold association of the Marlboro man with cowboy culture to the subtle suggestion emerging from a cup of coffee or a bath scene that evokes tobacco use through learned prior imagery.

115 The sophistication and subtlety of lifestyle advertising are reflected in the means Parliament has chosen to deal with it. A ban on lifestyle advertising must catch not only clear associations, but subtle subliminal evocations. Hence the inclusion of advertising that "evokes a positive or negative emotion . . . or image". There is a rational connection between this provision and Parliament's objective. Minimal impairment is also established. True information and brand-preference advertising continues to be permitted under s. 22(2). Such advertising crosses the line when it associates a product with a way of life or uses a lifestyle to evoke an emotion or image that may, by design or effect, lead more people to become addicted or lead people who are already addicted to increase their tobacco use. Finally, the proportionality of the effects is clear. The suppressed expression — the inducement of increased tobacco consumption — is of low value, compared with the significant

vitalité, le risque ou l'audace » pour qualifier l'expression « façon de vivre » au par. 22(4)? Le mot « tels » indique que la « façon de vivre » n'est pas limitée par les termes qui suivent. Ces termes doivent plutôt être considérés comme illustrant des formes de publicité de style de vie.

Interprétée de cette façon, l'interdiction de la publicité de style de vie est raisonnable et sa justification peut être démontrée au sens de l'article premier de la *Charte*. Comme dans le cas des autres dispositions contestées, le caractère urgent et réel de l'objectif du législateur est incontestable. Le dossier regorge d'exemples de publicité de style de vie faisant la promotion de produits du tabac. Il démontre amplement que cette forme de publicité a le pouvoir d'inciter les non-fumeurs à commencer à fumer et d'accroître l'usage du tabac chez les personnes qui ont développé une dépendance au tabac. Il démontre également toute la complexité et la subtilité de cette forme de publicité. La publicité de style de vie va de la simple association de l'homme Marlboro à la culture cowboy à la suggestion subtile émanant d'une tasse de café ou d'une scène de bain qui évoque l'usage du tabac grâce à des images déjà acquises.

La complexité et la subtilité de la publicité de style de vie se reflètent dans les moyens que le législateur a choisis pour s'y attaquer. L'interdiction de cette forme de publicité doit non seulement viser les associations évidentes, mais aussi les évocations subliminales subtiles, d'où l'inclusion de la publicité qui « évoque une émotion ou une image, positive ou négative ». Il existe un lien rationnel entre la disposition en question et l'objectif du législateur. L'existence d'une atteinte minimale est également établie. La véritable publicité informative ou préférentielle continue d'être autorisée au par. 22(2). Ces formes de publicité cessent d'être autorisées lorsqu'elles associent un produit à une façon de vivre ou recourent à un style de vie qui évoque une émotion ou une image qui, de par son objet ou son effet, est susceptible d'amener plus de gens à commencer à fumer ou d'amener les personnes qui fument déjà à accroître leur usage du tabac. Enfin, la proportionnalité des effets est évidente.

benefits in lower rates of consumption and addiction that the ban may yield.

The challenge of dealing with today's sophisticated advertising of tobacco products is not insignificant. The distinction between information and brand-preference advertising directed to market share, on the one hand, and advertising directed to increased consumption and new smokers, on the other, is difficult to capture in legal terms. Parliament in its wisdom has chosen to take the task on. Properly interpreted, the law it has adopted meets the requirements of justification under s. 1 of the *Charter*.

5. *Sponsorships*

Tobacco manufacturers have a long tradition of sponsoring sporting and cultural events and facilities as a means of promoting their product and, they would argue, acting as good corporate citizens. Parliament, in the *Tobacco Act*, has chosen to ban the promotion of these sponsorships. The question is whether that ban is constitutional.

Section 24 of the Act bans the display of tobacco-related brand elements or names in promotions that are used, directly or indirectly, in the "sponsorship of a person, entity, event, activity or permanent facility". Section 25 goes further and prohibits the display of tobacco-related brand elements or names on a permanent facility, if the brand elements or names are thereby associated with a sports or cultural event or activity. Together, these sections mean that tobacco manufacturers are not permitted to use their brand elements or names to sponsor events, nor to put those brand elements or names on sports or cultural facilities.

L'activité expressive supprimée — l'incitation à un usage accru du tabac — a peu de valeur par rapport aux effets bénéfiques importants de la réduction de l'usage du tabac et de la dépendance à celui-ci qui peut résulter de l'interdiction.

116 Le défi que représente la lutte contre la publicité subtile moderne des produits du tabac n'est pas négligeable. La distinction qui existe entre les publicités informative et préférentielle destinées à gagner une part du marché, d'une part, et la publicité destinée à accroître l'usage du tabac et le nombre de nouveaux fumeurs, d'autre part, est difficile à traduire en termes juridiques. Dans sa sagesse, le législateur a décidé de s'y mettre. Correctement interprétée, la mesure législative qu'il a adoptée satisfait aux exigences de justification prévues à l'article premier de la *Charte*.

5. *Commandites*

117 Les fabricants de produits du tabac ont depuis longtemps l'habitude de commanditer des manifestations et des installations culturelles et sportives afin de promouvoir leurs produits et, ont-ils affirmé, de se comporter en bons citoyens. Dans la *Loi sur le tabac*, le législateur a choisi d'interdire la promotion de ces commandites. La question est de savoir si cette interdiction est constitutionnelle.

118 L'article 24 de la Loi interdit d'utiliser, directement ou indirectement, un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur le matériel relatif à la « promotion d'une personne, d'une entité, d'une manifestation, d'une activité ou d'installations permanentes ». L'article 25 va plus loin et interdit d'apposer un élément de marque d'un produit du tabac ou du nom d'un fabricant sur des installations permanentes, si l'élément ou le nom est de ce fait associé à une manifestation ou à une activité sportive ou culturelle. Ensemble, ces dispositions signifient que les fabricants de produits du tabac ne peuvent ni utiliser leurs éléments de marque ou leur nom pour commanditer des manifestations, ni apposer leurs éléments de marque ou leur nom sur des installations sportives ou culturelles.

119 Two questions arise for consideration. The first is whether the general ban on sponsorship is constitutional. Since it clearly limits freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*, the only issue is whether it has been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

120 The trial judge, Denis J., correctly held that sponsorship promotion is essentially lifestyle advertising in disguise. If lifestyle advertising is prohibited, sponsorship provides an alternative means for tobacco companies to associate their products with glamour, recreation, etc. The Court of Appeal unanimously upheld this conclusion, going so far as to state that ss. 24 and 25 were possibly redundant as they are but particular applications of the ban on lifestyle advertising.

121 The prohibition of sponsorship promotion is rationally connected to the legislative goal for the same reasons as for the prohibition on lifestyle advertising. Similarly, since the ban on lifestyle advertising is accepted as minimally impairing, so is the ban on sponsorship. A finding of minimal impairment is reinforced by the fact that Parliament phased in the ban over five years so that it would not have a disruptive impact. I would also note that, contrary to their assertions, the manufacturers are not prohibited from sponsoring anything; they are only prohibited from using the fact of their sponsorship to gain publicity.

122 The second question, the use of corporate names in sponsorship, is more complicated. The majority of the Court of Appeal found that this ban constituted an unjustified intrusion on free expression, and declared inoperative the words "or the name of a tobacco manufacturer" in ss. 24 and 25, thereby allowing the use of corporate names in sponsorship promotion and on facilities, except if the corporate name refers, directly or

Deux questions se posent. La première est de savoir si l'interdiction générale des commandites est constitutionnelle. Étant donné que cette interdiction restreint clairement la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, il ne reste qu'à déterminer si sa justification a été démontrée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Denis, siégeant en première instance, a conclu à juste titre que la promotion de commandite est essentiellement une publicité de style de vie déguisée. Si la publicité de style de vie est interdite, la commandite, quant à elle, offre aux cigarettiers un autre moyen d'associer leurs produits au prestige, aux loisirs, etc. La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité cette conclusion, allant même jusqu'à affirmer que les art. 24 et 25 pouvaient être redondants du fait qu'ils ne représentent que des applications particulières de l'interdiction de la publicité de style de vie.

L'interdiction de la promotion de commandite est rationnellement liée à l'objectif législatif pour les mêmes raisons que l'est l'interdiction de la publicité de style de vie. De même, étant donné que l'interdiction de la publicité de style de vie est reconnue comme étant une atteinte minimale, l'interdiction des commandites est elle aussi reconnue comme telle. Une conclusion à l'existence d'une atteinte minimale est renforcée par le fait que le législateur a échelonné l'application de cette interdiction sur une période de cinq ans pour éviter qu'elle ait un effet perturbateur. Je tiens également à souligner que, contrairement à ce que prétendent les fabricants, il ne leur est pas interdit de commanditer quoi que ce soit; il leur est seulement interdit de se servir de leur commandite à des fins publicitaires.

La deuxième question, l'utilisation de dénominations sociales dans des commandites, est plus complexe. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que cette interdiction constituait une atteinte injustifiée à la liberté d'expression et ont déclaré inopérants les mots « ou le nom d'un fabricant » figurant aux art. 24 et 25, autorisant de ce fait l'utilisation des dénominations sociales dans la promotion de commandite et sur des installations,

indirectly, to a tobacco brand name (Brossard and Rayle JJ.A.).

sauf si la dénomination renvoie, directement ou indirectement, à une marque de produit du tabac (les juges Brossard et Rayle).

In the view of the majority, a corporate name in an event program or on a building might not evoke or promote a product, raising concerns of rational connection. (It may be noted that the final order entered is narrower than the reasons for judgment and is confined to company names that are not used as brand names.)

123 Selon les juges majoritaires, il se pourrait qu'une dénomination sociale apposée dans un programme d'activité ou sur un édifice n'évoque pas un produit ou n'en fasse pas la promotion, ce qui soulève la question du lien rationnel. (On peut noter que l'ordonnance finale qui a été rendue est plus restrictive que les motifs de jugement et se limite aux dénominations sociales qui ne servent pas de marques de fabrique.)

Beauregard J.A. dissented, arguing that the only reason a corporation would affix its name to a building would be to evoke that brand or name of the product, and that therefore the ban was justified.

124 Le juge Beauregard, dissident, a affirmé que la seule raison pour laquelle une société apposerait son nom sur un immeuble serait d'évoquer la marque ou le nom de son produit, et que, par conséquent, l'interdiction était justifiée.

I agree with Beauregard J.A. that the prohibition on using corporate names in sponsorship promotion and on sports or cultural facilities is justified.

125 Je partage l'opinion du juge Beauregard selon laquelle l'interdiction de l'utilisation des dénominations sociales dans la promotion de commandite et sur des installations sportives ou culturelles est justifiée.

Parliament's objective, once again, is clearly pressing and substantial. As found by Denis J., the evidence establishes that as restrictions on tobacco advertising tightened, manufacturers increasingly turned to sports and cultural sponsorship as a substitute form of lifestyle promotion. Placing a tobacco manufacturer's name on a facility is one form such sponsorship takes. The prohibition on sponsorship by means of names on facilities in s. 25 only applies to facilities used for sports or cultural activities, not for all facilities. The aim of curbing such promotion justifies imposing limits on free expression.

126 Là encore, l'objectif du législateur est manifestement urgent et réel. Comme l'a conclu le juge Denis, la preuve démontre que, au fur et à mesure qu'étaient renforcées les restrictions de la publicité sur le tabac, les fabricants se sont tournés vers la commandite d'activités sportives et culturelles pour remplacer la promotion de style de vie. Apposer le nom d'un fabricant de produits du tabac sur une installation est une forme de commandite de cette nature. L'interdiction de la promotion au moyen de dénominations sur des installations, prévue à l'art. 25, ne s'applique qu'aux installations utilisées pour des activités sportives ou culturelles, et non à toutes les installations. L'objectif consistant à enrayer cette forme de promotion justifie d'imposer des limites à la liberté d'expression.

Nor is the means chosen to achieve the objective disproportionate. The element of rational connection is made out. Placing a corporate name on a list of sponsors or on a sports or cultural facility may promote the use of tobacco in a number

127 Le moyen choisi pour atteindre cet objectif n'est pas non plus disproportionné. L'élément du lien rationnel est établi. Inscrire une dénomination sociale sur une liste de commanditaires ou l'apposer sur une installation sportive ou culturelle peut

of ways. This is clear when the corporate name is connected with the brand name of a tobacco product. (The appellant argued that all the respondents have brand names that include portions of their corporate names; the respondents did not contradict this.) But even where there is no overt connection between the corporate name and the brand name of a tobacco product, the corporate name may serve to promote the sale of the tobacco product. Connections may be established in a variety of ways. The corporate name may, without referencing a brand name, nevertheless contain a reference to tobacco. Or the corporate name may have historically been associated with tobacco. The evidence established the tobacco industry's practice of using shell corporations as an element in brand identification. Associations between the parent company and the shell company may persist in the public mind. As a result, the corporate name in the sponsorship promotion or on the building or facility may evoke a connection with the shell company and its brand.

128 Given the nature of the problem, and in view of the limited value of the expression in issue compared with the beneficial effects of the ban, the proposed solution — a total ban on the use of corporate names in sponsorship promotion, or on sports or cultural facilities — is proportional. And in view of the limited value of the expression in issue compared with the beneficial effects of the ban, proportionality of effects is established.

129 I conclude that the impugned sponsorship provisions are a reasonable limit justified under s. 1 of the *Charter*.

6. *Health Warning Labels*

130 The regulations pursuant to the Act (the *TPIR*) increased the minimum size of the mandatory health warnings on tobacco packaging from 33 percent under the old Act to 50 percent of the

promouvoir l'usage du tabac de plusieurs façons. Cela est évident lorsque la dénomination sociale est liée à la marque de fabrique d'un produit du tabac. (L'appelant a fait valoir que les intimées ont toutes des marques de fabrique constituées en partie de leur dénomination sociale, ce qui n'a pas été démenti par les intimées.) Cependant, même en l'absence d'un lien manifeste entre la dénomination sociale et la marque de fabrique d'un produit du tabac, la dénomination sociale peut servir à promouvoir la vente de ce produit. L'existence d'un lien peut être établie de différentes manières. Il se peut que la dénomination sociale qui ne mentionne pas une marque de tabac fasse néanmoins référence au tabac, ou encore il se peut que la dénomination sociale soit historiquement associée au tabac. La preuve a établi que l'industrie du tabac a l'habitude d'utiliser des sociétés fictives comme élément d'identification de la marque. Les associations entre la société mère et la société fictive peuvent persister dans l'esprit du public. Par conséquent, la dénomination sociale utilisée dans la promotion de commandite ou apposé sur l'immeuble ou l'installation peut évoquer un lien avec la société fictive et sa marque.

Compte tenu de la nature du problème et de la valeur limitée de l'activité expressive en cause par rapport aux effets bénéfiques de l'interdiction, la solution proposée — l'interdiction totale d'utiliser les dénominations sociales dans la promotion de commandite ou de les apposer sur des installations sportives ou culturelles — est proportionnelle. Et compte tenu de la valeur limitée de l'activité expressive en cause par rapport aux effets bénéfiques de l'interdiction, la proportionnalité des effets est établie.

Je conclus que les dispositions contestées relatives aux commandites sont justifiées en tant que limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*.

6. *Les mises en garde*

Le règlement d'application de la Loi (le *RIPT*) a augmenté la taille minimale des mises en garde obligatoires sur les emballages des produits du tabac, la faisant passer de 33 p. 100, selon l'ancienne Loi, à

principal display surfaces. The question is whether this constitutes an infringement of s. 2(*b*) and, if so, whether that infringement is justified.

The question of whether the mandatory warning requirement infringes s. 2(*b*) is not easily answered. The Attorney General argues that s. 2(*b*) is not infringed, claiming that it neither deprives the manufacturers of a vehicle for communicating their message, nor limits the form of expression. He relies on *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 279-80, where Wilson J. stated: "If a law does not really deprive one of the ability to speak one's mind or does not effectively associate one with a message with which one disagrees, it is difficult to see how one's right to pursue truth, participate in the community, or fulfil oneself [— the values protected by s. 2(*b*) — are] denied." The regulations under the *TPIR* permit the manufacturers to present the health warnings, not as their messages, but as messages from Health Canada. The manufacturers still have half the package to convey such messages as they choose, and they are not confined to a particular size or style of package that might inhibit that ability. As a result, the Attorney General argues, the manufacturers have not shown that they are prevented from conveying messages of their choice on their packaging. Not having discharged this burden, they have not established a breach of their freedom of expression, he concludes.

However, this Court has taken a broad view of "expressive activity" for s. 2(*b*) cases. In *Irwin Toy*, the Court went so far as to say that parking a car could be an expressive activity. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1184, Lamer J. stated that in some circumstances, silence could constitute expressive activity. To hold that minor restrictions or requirements with respect to packaging violate the s. 2(*b*) guarantee of freedom of expression might be to trivialize the guarantee. However, the requirement that manufacturers place the

la moitié de la principale surface exposée. Il s'agit de déterminer si cette mesure contrevient à l'al. 2*b*) et, dans l'affirmative, si cette contravention est justifiée.

131 Il n'est pas facile de répondre à la question de savoir si l'exigence impérative d'une mise en garde contrevient à l'al. 2*b*). Le procureur général prétend qu'il n'y a pas de contravention à l'al. 2*b*) et que l'exigence n'a pas pour effet de priver les fabricants d'un moyen de communiquer leur message, ni de limiter la forme d'expression. Il se fonde sur l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 279-280, dans lequel la juge Wilson a affirmé : « Si une loi ne prive pas vraiment une personne de la capacité de dire son opinion ou ne l'associe pas effectivement à un message qu'elle désapprouve, il est difficile de voir comment elle est privée de son droit de rechercher la vérité, de jouer un rôle dans la collectivité ou de se réaliser [— les valeurs protégées par l'al. 2*b*)]. » Les dispositions du *RIPT* permettent aux fabricants de présenter la mise en garde, non pas comme étant leur message, mais comme étant celui de Santé Canada. Ils disposent toujours de la moitié de l'emballage pour transmettre des messages de leur choix, et ils ne sont pas limités à une taille ou à un style particulier d'emballage qui pourrait les empêcher de le faire. C'est pourquoi, selon le procureur général, les fabricants n'ont pas démontré qu'il leur est interdit de transmettre des messages de leur choix sur leurs emballages. Étant donné qu'ils ne se sont pas acquittés de ce fardeau, ils n'ont pas établi l'existence d'une atteinte à leur liberté d'expression, conclut-il.

132 Toutefois, notre Cour a retenu une conception large de l'« activité expressive » dans les affaires relatives à l'al. 2*b*). Dans l'arrêt *Irwin Toy*, elle est allée jusqu'à dire que stationner une voiture pouvait constituer une activité expressive. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1184, le juge Lamer a affirmé que, dans certaines circonstances, le silence pouvait constituer une activité expressive. Conclure que des restrictions ou exigences mineures en matière d'emballage violent la garantie de liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*) risque de banaliser

government's warning on one half of the surface of their package arguably rises to the level of interfering with how they choose to express themselves. I therefore conclude that s. 2(*b*) is infringed by the warning requirements in general, and specifically the requirement that 50 percent of the principal display surfaces of the package be devoted to the warnings.

133 This leaves the question of whether the infringement is justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. I conclude that it is.

134 Parliament's objective in requiring that a large part of packaging be devoted to a warning is pressing and substantial. It is to inform and remind potential purchasers of the product of the health hazards it entails. This is designed to further Parliament's larger goal of discouraging tobacco consumption and preventing new smokers from taking up the habit. The importance of warnings is reinforced by the trial judge's finding that consumers and the general public are not well informed on the dangers of smoking.

135 The evidence as to the importance and effectiveness of such warnings establishes a rational connection between Parliament's requirement for warnings and its objectives of reducing the incidence of smoking and of the disease and death it causes. In the course of the previous proceedings dealing with the ban on tobacco advertising, this Court unanimously held that "both parties agree that past studies have shown that health warnings on tobacco product packages do have some effects in terms of increasing public awareness of the dangers of smoking and in reducing the overall incidence of smoking in our society": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, *per* Sopinka and Cory JJ., at p. 353; see also *RJR*, McLachlin J., at para. 158. A mass of evidence in the intervening years supports this conclusion.

cette garantie. Toutefois, on pourrait soutenir que l'exigence que les fabricants apposent la mise en garde du gouvernement sur la moitié de la surface exposée de leur emballage constitue un obstacle à la façon dont ils choisissent de s'exprimer. Je conclus donc qu'en général les exigences de mise en garde contreviennent à l'al. 2*b*), et plus particulièrement celle voulant que la mise en garde occupe la moitié de la principale surface exposée de l'emballage.

Reste à savoir si cette contravention est justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Je conclus que oui.

L'objectif que le législateur vise en exigeant qu'une bonne partie de l'emballage soit consacrée à une mise en garde est urgent et réel. La mise en garde vise à rappeler aux acheteurs potentiels les dangers que le produit présente pour la santé. Elle contribue ainsi à la réalisation de l'objectif général du législateur qui consiste à décourager l'usage du tabac et à empêcher les gens de commencer à fumer. L'importance des mises en garde est renforcée par la conclusion du juge de première instance selon laquelle les consommateurs et l'ensemble de la population ne sont pas bien informés des dangers du tabagisme.

La preuve concernant l'importance et l'efficacité des mises en garde démontre l'existence d'un lien rationnel entre l'exigence du législateur que des mises en garde soient apposées et son objectif de diminution de l'usage du tabac, ainsi que des maladies et des décès qui en résultent. Dans des affaires antérieures portant sur l'interdiction de la publicité des produits du tabac, la Cour a conclu à l'unanimité que « les deux parties ont reconnu que des études réalisées dans le passé ont démontré que les mises en garde apposées sur les emballages de produits du tabac produisent des résultats en ce qu'ils sensibilisent davantage le public aux dangers du tabagisme et contribuent à réduire l'usage général du tabac dans notre société » : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les juges Sopinka et Cory, p. 353; voir aussi l'arrêt *RJR*, la juge McLachlin, par. 158. Depuis lors, une preuve abondante est venue étayer cette conclusion.

If further evidence were required of the rationality of Parliament's requirement that warnings occupy 50 percent of product packaging, it is supplied by the manufacturers' response to the increase from 33 percent to 50 percent of the principal display surfaces. The evidence reveals that they saw the increase as a threat and sought to meet it by devising counter-strategies to minimize the overall impact of the warnings.

Regarding minimal impairment, the question is whether the requirement for warning labels, including their size, falls within a range of reasonable alternatives. The manufacturers argue that the increase from 33 percent to 50 percent of the package cannot be justified. However, the evidence established that bigger warnings may have a greater effect. Parliament is not required to implement less effective alternatives: *RJR*, at paras. 160 and 163.

The reasonableness of the government's requirement is supported by the fact that Australia, Belgium, Switzerland, Finland, Singapore and Brazil require warnings at least as large as Canada's, and the minimum size in the European Union is 48 percent of the package. The *WHO Framework Convention on Tobacco Control* stipulates that warning labels "should" cover at least 50 percent and "shall" cover at least 30 percent of the package.

Finally, proportionality of effects is established. The benefits flowing from the larger warnings are clear. The detriments to the manufacturers' expressive interest in creative packaging are small.

I conclude that the requirement that 50 percent of the principal display surfaces be devoted to a warning of the health hazards of the product is a reasonable measure demonstrably justified in our society and is constitutional under s. 1 of the *Charter*.

136 La réaction des fabricants à l'exigence du législateur que la mise en garde occupe non plus 33 p. 100 mais la moitié de la principale surface exposée de l'emballage démontre encore plus la rationalité de cette exigence. La preuve révèle que les fabricants ont perçu cette augmentation comme une menace et qu'ils ont cherché à y faire face au moyen de stratégies destinées à réduire l'incidence globale des mises en garde.

137 Quant à l'atteinte minimale, la question est de savoir si l'exigence des mises en garde, en ce qui concerne leur taille notamment, se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Les fabricants soutiennent qu'il est injustifiable d'augmenter, de 33 p. 100 à la moitié, la surface qu'elles doivent occuper sur l'emballage. Toutefois, la preuve a démontré que des mises en garde de plus grande dimension peuvent avoir une plus grande influence. Le législateur n'a pas à appliquer des mesures moins efficaces : *RJR*, par. 160 et 163.

138 Le caractère raisonnable de l'exigence du gouvernement est étayé par le fait que l'Australie, la Belgique, la Suisse, la Finlande, Singapour et le Brésil prescrivent des mises en garde au moins aussi grandes que celles requises au Canada, et que l'Union européenne exige qu'elles occupent au moins 48 p. 100 de l'emballage. La *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* stipule que les mises en garde « devraient » couvrir au moins la moitié de l'emballage, mais pas moins de 30 p. 100.

139 Enfin, la proportionnalité des effets est établie. Les effets bénéfiques des mises en garde de plus grande dimension sont manifestes. Les effets négatifs sur l'intérêt que les fabricants ont à s'exprimer de manière créative sur l'emballage de leurs produits sont négligeables.

140 J'estime que l'exigence que la moitié de la principale surface exposée de l'emballage soit occupée par une mise en garde contre les dangers que le produit présente pour la santé est une mesure raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre de notre société et qu'elle est constitutionnelle au regard de l'article premier de la *Charte*.

VI. Conclusion

141 I conclude that the impugned provisions of the *Tobacco Act* and the *TPIR*, properly interpreted, are constitutional in their entirety. I would therefore allow the Attorney General's appeals, dismiss the manufacturers' cross-appeals and restore the order of the trial judge. Costs are awarded to the Attorney General of Canada in this Court and in the Court of Appeal.

142 The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 18, 19, 20, 22, 24 and 25 of the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

3. Do the provisions of the *Tobacco Products Information Regulations*, SOR/2000-272, governing the size of the mandatory messages infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

APPENDIX A

Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13

PURPOSE

4. [Purpose of Act] The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health

VI. Conclusion

Je conclus que, correctement interprétées, les dispositions contestées de la *Loi sur le tabac* et du *RIPT* sont constitutionnelles en entier. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois du procureur général, de rejeter les pourvois incidents des fabricants et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance. Le procureur général a droit à ses dépens devant notre Cour et la Cour d'appel.

Voici la réponse qui est donnée aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 18, 19, 20, 22, 24 et 25 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, en totalité ou en partie, ou par leur effet combiné, contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. Les dispositions du *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac*, DORS/2000-272, qui régissent la taille des messages obligatoires, contreviennent-elles à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

ANNEXE A

Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13

OBJET

4. [Santé publique] La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans

problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(*a*) to protect the health of Canadians in light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(*b*) to protect young persons and others from inducements to use tobacco products and the consequent dependence on them;

(*c*) to protect the health of young persons by restricting access to tobacco products; and

(*d*) to enhance public awareness of the health hazards of using tobacco products.

. . .

PART IV

PROMOTION

18. (1) [Definition of "promotion"] In this Part, "promotion" means a representation about a product or service by any means, whether directly or indirectly, including any communication of information about a product or service and its price and distribution, that is likely to influence and shape attitudes, beliefs and behaviours about the product or service.

(2) [Application] This Part does not apply to

(*a*) a literary, dramatic, musical, cinematographic, scientific, educational or artistic work, production or performance that uses or depicts a tobacco product or tobacco product-related brand element, whatever the mode or form of its expression, if no consideration is given directly or indirectly for that use or depiction in the work, production or performance;

(*b*) a report, commentary or opinion in respect of a tobacco product or a brand of tobacco product if no consideration is given by a manufacturer or retailer, directly or indirectly, for the reference to the tobacco product or brand in that report, commentary or opinion; or

(*c*) a promotion by a tobacco grower or a manufacturer that is directed at tobacco growers, manufacturers, persons who distribute tobacco products or retailers but not, either directly or indirectly, at consumers.

le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale et, plus particulièrement :

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant, de façon indiscutable, un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac;

d) de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé.

. . .

PARTIE IV

PROMOTION

18. (1) [Définition de « promotion »] Dans la présente partie, « promotion » s'entend de la présentation, par tout moyen, d'un produit ou d'un service — y compris la communication de renseignements sur son prix ou sa distribution —, directement ou indirectement, susceptible d'influencer et de créer des attitudes, croyances ou comportements au sujet de ce produit ou service.

(2) [Application] La présente partie ne s'applique pas :

a) aux œuvres littéraires, dramatiques, musicales, cinématographiques, artistiques, scientifiques ou éducatives — quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression — sur ou dans lesquelles figure un produit du tabac ou un élément de marque d'un produit du tabac, sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie, directement ou indirectement, pour la représentation du produit ou de l'élément de marque dans ces œuvres;

b) aux comptes rendus, commentaires et opinions portant sur un produit du tabac ou une marque d'un produit du tabac et relativement à ce produit ou à cette marque, sauf si un fabricant ou un détaillant a donné une contrepartie, directement ou indirectement, pour la mention du produit ou de la marque;

c) aux promotions faites par un tabaculteur ou un fabricant auprès des tabaculteurs, des fabricants, des personnes qui distribuent des produits du tabac ou des détaillants, mais non directement ou indirectement auprès des consommateurs.

19. [Prohibition] No person shall promote a tobacco product or a tobacco product-related brand element except as authorized by this Act or the regulations.

20. [False promotion] No person shall promote a tobacco product by any means, including by means of the packaging, that are false, misleading or deceptive or that are likely to create an erroneous impression about the characteristics, health effects or health hazards of the tobacco product or its emissions.

21. (1) [Testimonials or endorsements] No person shall promote a tobacco product by means of a testimonial or an endorsement, however displayed or communicated.

(2) [Depiction of person] For the purposes of subsection (1), the depiction of a person, character or animal, whether real or fictional, is considered to be a testimonial for, or an endorsement of, the product.

(3) [Exception] This section does not apply to a trade-mark that appeared on a tobacco product for sale in Canada on December 2, 1996.

22. (1) [Advertising] Subject to this section, no person shall promote a tobacco product by means of an advertisement that depicts, in whole or in part, a tobacco product, its package or a brand element of one or that evokes a tobacco product or a brand element.

(2) [Exception] Subject to the regulations, a person may advertise a tobacco product by means of information advertising or brand-preference advertising that is in

(*a*) a publication that is provided by mail and addressed to an adult who is identified by name;

(*b*) a publication that has an adult readership of not less than eighty-five per cent; or

(*c*) signs in a place where young persons are not permitted by law.

(3) [Lifestyle advertising] Subsection (2) does not apply to lifestyle advertising or advertising that could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons.

(4) [Definitions] The definitions in this subsection apply in this section.

19. [Interdiction] Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, sauf dans la mesure où elle est autorisée par la présente loi ou ses règlements.

20. [Promotion trompeuse] Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac, y compris sur l'emballage de celui-ci, d'une manière fausse ou trompeuse ou susceptible de créer une fausse impression sur les caractéristiques, les effets sur la santé ou les dangers pour celle-ci du produit ou de ses émissions.

21. (1) [Attestations et témoignages] Il est interdit de faire la promotion d'un produit du tabac, y compris sur l'emballage de celui-ci, au moyen d'attestations ou de témoignages, quelle que soit la façon dont ils sont exposés ou communiqués.

(2) [Représentation] Pour l'application du paragraphe (1), la représentation d'une personne, d'un personnage ou d'un animal, réel ou fictif, est considérée comme une attestation ou un témoignage.

(3) [Exception] Le présent article ne s'applique pas aux marques de commerce qui figurent sur un produit du tabac en vente au Canada le 2 décembre 1996.

22. (1) [Publicité] Il est interdit, sous réserve des autres dispositions du présent article, de faire la promotion d'un produit du tabac par des annonces qui représentent tout ou partie d'un produit du tabac, de l'emballage de celui-ci ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, ou qui évoquent le produit du tabac ou un élément de marque d'un produit du tabac.

(2) [Exception] Il est possible, sous réserve des règlements, de faire la publicité — publicité informative ou préférentielle — d'un produit du tabac :

a) dans les publications qui sont expédiées par le courrier et qui sont adressées à un adulte désigné par son nom;

b) dans les publications dont au moins quatre-vingt-cinq pour cent des lecteurs sont des adultes;

c) sur des affiches placées dans des endroits dont l'accès est interdit aux jeunes par la loi.

(3) [Publicité de style de vie] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la publicité de style de vie ou à la publicité dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait être attrayante pour les jeunes.

(4) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

"brand-preference advertising" means advertising that promotes a tobacco product by means of its brand characteristics.

« publicité de style de vie » Publicité qui associe un produit avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace ou qui évoque une émotion ou une image, positive ou négative, au sujet d'une telle façon de vivre.

"information advertising" means advertising that provides factual information to the consumer about

(*a*) a product and its characteristics; or

(*b*) the availability or price of a product or brand of product.

« publicité informative » Publicité qui donne au consommateur des renseignements factuels et qui porte :

a) sur un produit ou ses caractéristiques;

b) sur la possibilité de se procurer un produit ou une marque d'un produit ou sur le prix du produit ou de la marque.

"lifestyle advertising" means advertising that associates a product with, or evokes a positive or negative emotion about or image of, a way of life such as one that includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring.

« publicité préférentielle » Publicité qui fait la promotion d'un produit du tabac en se fondant sur les caractéristiques de sa marque.

23. [Packaging] No person shall package a tobacco product in a manner that is contrary to this Act or the regulations.

23. [Emballage] Il est interdit d'emballer un produit du tabac d'une manière non conforme à la présente loi et aux règlements.

24. [Prohibition — sponsorship promotion] No person may display a tobacco product-related brand element or the name of a tobacco manufacturer in a promotion that is used, directly or indirectly, in the sponsorship of a person, entity, event, activity or permanent facility.

24. [Interdiction — promotion de commandite] Il est interdit d'utiliser, directement ou indirectement, un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur le matériel relatif à la promotion d'une personne, d'une entité, d'une manifestation, d'une activité ou d'installations permanentes.

25. [Prohibition — name of facility] No person may display a tobacco product-related brand element or the name of a tobacco manufacturer on a permanent facility, as part of the name of the facility or otherwise, if the tobacco product-related brand element or name is thereby associated with a sports or cultural event or activity.

25. [Interdiction — élément ou nom figurant dans la dénomination] Il est interdit d'utiliser un élément de marque d'un produit du tabac ou le nom d'un fabricant sur des installations permanentes, notamment dans la dénomination de celles-ci, si l'élément ou le nom est de ce fait associé à une manifestation ou activité sportive ou culturelle.

26. (1) [Accessories] Subject to the regulations, a manufacturer or retailer may sell an accessory that displays a tobacco product-related brand element.

26. (1) [Accessoires] Sous réserve des règlements, le fabricant ou le détaillant peut vendre, à titre onéreux, un accessoire sur lequel figure un élément de marque d'un produit du tabac.

(2) [Promotion] No person shall promote an accessory that displays a tobacco product-related brand element except in the prescribed manner and form and in a publication or place described in paragraphs 22(2)(*a*) to (*c*).

(2) [Promotion] Il est interdit de faire la promotion d'accessoires sur lesquels figure un élément de marque d'un produit du tabac sauf selon les modalités réglementaires et dans les publications ou les endroits mentionnés aux alinéas 22(2)*a*) à *c*).

27. [Non-tobacco product displaying tobacco brand element] No person shall furnish or promote a tobacco product if any of its brand elements is displayed on a

27. [Articles associés aux jeunes ou à un style de vie] Il est interdit de fournir ou de promouvoir un produit du tabac si l'un de ses éléments de marque figure sur des

non-tobacco product, other than an accessory, or is used with a service, if the non-tobacco product or service

(*a*) is associated with young persons or could be construed on reasonable grounds to be appealing to young persons; or

(*b*) is associated with a way of life such as one that includes glamour, recreation, excitement, vitality, risk or daring.

28. (1) [Exception — tobacco product] Subject to the regulations, a person may sell a tobacco product, or advertise a tobacco product in accordance with section 22, if any of its brand elements is displayed on a non-tobacco product, other than an accessory, or used with a service, if the non-tobacco product or service does not fall within the criteria described in paragraphs 27(*a*) and (*b*).

(2) [Exception — non-tobacco product] Subject to the regulations, a person may promote a non-tobacco product, other than an accessory, that displays a tobacco product-related brand element, or a service that uses a tobacco product-related brand element, to which section 27 does not apply.

29. [Sales promotions] No manufacturer or retailer shall

(*a*) offer or provide any consideration, direct or indirect, for the purchase of a tobacco product, including a gift to a purchaser or a third party, bonus, premium, cash rebate or right to participate in a game, lottery or contest;

(*b*) furnish a tobacco product without monetary consideration or in consideration of the purchase of a product or service or the performance of a service; or

(*c*) furnish an accessory that bears a tobacco product-related brand element without monetary consideration or in consideration of the purchase of a product or service or the performance of a service.

30. (1) [Retail display of tobacco products] Subject to the regulations, any person may display, at retail, a tobacco product or an accessory that displays a tobacco product-related brand element.

(2) [Signs] A retailer of tobacco products may post, in accordance with the regulations, signs at retail that indicate the availability of tobacco products and their price.

articles autres que des produits du tabac — à l'exception des accessoires — ou est utilisé pour des services et que ces articles ou ces services :

a) soit sont associés aux jeunes ou dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient être attrayants pour les jeunes;

b) soit sont associés avec une façon de vivre, tels le prestige, les loisirs, l'enthousiasme, la vitalité, le risque ou l'audace.

28. (1) [Autres articles] Sous réserve des règlements, il est possible de vendre un produit du tabac ou d'en faire la publicité conformément à l'article 22 dans les cas où l'un de ses éléments de marque figure sur des articles autres que des produits du tabac — à l'exception des accessoires — ou est utilisé pour des services qui ne sont pas visés par les alinéas 27*a*) ou *b*).

(2) [Promotion] Sous réserve des règlements, il est possible de promouvoir des articles autres que des produits du tabac — à l'exception des accessoires — portant un élément de marque d'un produit du tabac ou des services utilisant un tel élément qui ne sont pas visés à l'article 27.

29. [Promotion des ventes] Il est interdit au fabricant et au détaillant

a) d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, une contrepartie pour l'achat d'un produit du tabac, notamment un cadeau à l'acheteur ou à un tiers, une prime, un rabais ou le droit de participer à un tirage, à une loterie ou à un concours;

b) de fournir un produit du tabac à titre gratuit ou en contrepartie de l'achat d'un produit ou d'un service ou de la prestation d'un service;

c) de fournir un accessoire sur lequel figure un élément de marque d'un produit du tabac à titre gratuit ou en contrepartie de l'achat d'un produit ou d'un service ou de la prestation d'un service.

30. (1) [Autorisation] Sous réserve des règlements, il est possible, dans un établissement de vente au détail, d'exposer des produits du tabac et des accessoires portant un élément de marque d'un produit du tabac.

(2) [Affiches] Il est possible pour un détaillant, sous réserve des règlements, de signaler dans son établissement que des produits du tabac y sont vendus et d'indiquer leurs prix.

31. (1) [Communication media] No person shall, on behalf of another person, with or without consideration, publish, broadcast or otherwise disseminate any promotion that is prohibited by this Part.

(2) [Exception] Subsection (1) does not apply to the distribution for sale of an imported publication or the retransmission of radio or television broadcasts that originate outside Canada.

(3) [Foreign media] No person in Canada shall, by means of a publication that is published outside Canada, a broadcast that originates outside Canada or any communication other than a publication or broadcast that originates outside Canada, promote any product the promotion of which is regulated under this Part, or disseminate promotional material that contains a tobacco product-related brand element in a way that is contrary to this Part.

32. [Report to Minister] Every manufacturer shall provide the Minister, in the prescribed manner and within the prescribed time, with the prescribed information about any promotion under this Part.

APPENDIX B

Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272

APPLICATION

2. [Retail sale] These Regulations apply to tobacco products that are for retail sale in Canada.

GENERAL

3. (1) [Must be legible] Any written information that is required by these Regulations to be displayed shall be displayed

(*a*) in both official languages, in the same manner; and

(*b*) in a manner that ensures that the information is legible and prominently displayed.

(2) [Health warnings and health information] Health warnings and health information shall

(*a*) except for those set out in subsections 5(4) to (6), be obtained from the Minister and reproduced from electronic images obtained from the electronic files

31. (1) [Médias] Il est interdit, à titre gratuit ou onéreux et pour le compte d'une autre personne, de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, toute promotion interdite par la présente partie.

(2) [Exception] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la distribution en vue de la vente de publications importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger.

(3) [Usage des médias étrangers] Il est interdit à toute personne se trouvant au Canada de faire la promotion, dans une publication ou une émission provenant de l'étranger ou dans une communication, autre qu'une publication ou une émission, provenant de l'étranger, d'un produit à la promotion duquel s'applique la présente partie ou de diffuser du matériel relatif à une promotion contenant un élément de marque d'un produit du tabac d'une manière non conforme à la présente partie.

32. [Renseignements] Le fabricant est tenu de transmettre au ministre les renseignements exigés par les règlements, dans les délais et selon les modalités réglementaires, sur les promotions visées par la présente partie.

ANNEXE B

Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272

CHAMP D'APPLICATION

2. [Vente au détail] Le présent règlement s'applique aux produits du tabac qui sont destinés à la vente au détail au Canada.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

3. (1) [Lisibilité de l'information écrite] L'information écrite qui doit être fournie en vertu du présent règlement, doit être, à la fois :

a) présentée dans les deux langues officielles, de la même façon;

b) lisible et bien en évidence.

(2) [Mises en garde et information de santé] Les mises en garde et l'information de santé doivent, à la fois :

a) sauf celles prévues aux paragraphes 5(4) à (6), être obtenues du ministre et reproduites par imagerie électronique d'après l'infographie qui a été

used by the Minister to generate the source document; and

(*b*) be adapted to meet the requirements of paragraph 5(2)(*b*).

(3) [Colour and clarity] All health warnings and health information shall be reproduced

(*a*) in a colour that is as close as possible to the colour in which they are set out in the source document; and

(*b*) as clearly as possible taking into consideration the method of printing used by the manufacturer.

4. (1) [Attribution] If a manufacturer attributes information that, in accordance with these Regulations, must be displayed, the manufacturer shall do so by displaying only the following under the information, in the same colour as the text of the information and in Universal type in a pitch that is not greater than the smallest pitch used in the attributed information:

(*a*) if the information is in English, the phrase "Health Canada"; and

(*b*) if the information is in French, the phrase "Santé Canada".

(2) [Removal of attribution] Every manufacturer that does not attribute a health warning or health information may remove the attribution contained in the electronic files obtained under paragraph 3(2)(*a*).

HEALTH WARNINGS

5. (1) [Obligation to display] Subject to subsections (4) to (6), every manufacturer of bidis, cigarettes, cigarette tobacco, kreteks, leaf tobacco, chewing tobacco, snuff, tobacco stricks, or pipe tobacco, other than pipe tobacco described in section (6), shall display the applicable health warnings for the tobacco product on every package of the tobacco product that they manufacture, in accordance with this section.

(2) [Manner of display] The health warnings must

(*a*) be displayed in English on one principal display surface and in French on the other principal display surface;

(*b*) occupy at least 50% of the principal display surfaces and be positioned parallel to the top edge of the package, towards the top part of the package as

utilisée par le ministre pour produire le document source;

b) être adaptées pour se conformer aux exigences de l'alinéa 5(2)*b*).

(3) [Couleurs et clarté] La reproduction de toute mise en garde ou de toute information de santé doit être effectuée :

a) d'une part, en des couleurs se rapprochant le plus possible de celles de cette mise en garde ou de cette information dans le document source;

b) d'autre part, avec le plus de clarté possible, compte tenu de la technique d'impression utilisée.

4. (1) [Mention de la source] Le fabricant qui choisit de mentionner la source de toute information qui, en vertu du présent règlement, doit être fournie, fait figurer uniquement la mention ci-après, placée sous l'information et imprimée de la même couleur que celle-ci, en caractères Univers d'un pas qui ne dépasse pas le plus petit pas utilisé dans l'information :

a) lorsque l'information est en anglais, « Health Canada »;

b) lorsqu'elle est en français, « Santé Canada ».

(2) [Effacement de la mention] Le fabricant qui choisit de ne pas mentionner la source d'une mise en garde ou de l'information de santé peut effacer la mention incluse dans les dossiers informatisés obtenus aux termes de l'alinéa 3(2)*a*).

MISES EN GARDE

5. (1) [Obligation de faire figurer] Sous réserve des paragraphes (4) à (6), le fabricant de cigarettes, kreteks, bidis, bâtonnets de tabac, tabac à cigarettes, tabac en feuilles, tabac à pipe, tabac à mâcher, tabac à priser ou cigares, sauf le tabac à pipe visé à l'article 6, doit faire figurer sur chaque emballage de ces produits du tabac, conformément au présent article, l'une des mises en garde prévues pour ce produit du tabac.

(2) [Façon de faire figurer] La mise en garde doit répondre aux conditions suivantes :

a) elle figure en anglais sur l'une des principales surfaces exposées et en français sur l'autre;

b) elle occupe au moins 50 % de la principale surface exposée et est disposée parallèlement au bord supérieur du paquet et vers la partie supérieure de

much as possible while satisfying the requirements of paragraph (*c*), and in the same direction as the other information that is on the package;

(*c*) be displayed on a principal display surface in a manner that ensures that none of the words of the warning will be severed when the package is opened; and

(*d*) be selected, except in the case of bidis, chewing tobacco and snuff, from the formats provided by the Minister for each health warning and based on the shape of the space as determined in accordance with paragraph (*b*).

Appeals allowed and cross-appeals dismissed, with costs.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal JTI-Macdonald Corp.: Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Ltd.: Ogilvy Renault, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

celui-ci, dans la mesure où le permet le respect de l'alinéa *c*), dans le même sens que les autres renseignements figurant sur la surface;

c) elle est disposée sur la principale surface exposée de façon à ce que l'imprimé d'aucun des mots qui en fait partie ne soit pas déchiré à l'ouverture de l'emballage;

d) sauf dans le cas des bidis, du tabac à mâcher et du tabac à priser, son format est choisi parmi les formats fournis par le ministre pour chaque mise en garde, selon la forme de l'espace délimité aux termes de l'alinéa *b*).

Pourvois principaux accueillis et pourvois incidents rejetés, avec dépens.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident JTI-Macdonald Corp. : Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada ltée : Ogilvy Renault, Montréal.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Cancer Society: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du cancer : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Ronald David Baier, George Ollenberger, Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith and Alberta Teachers' Association *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Prince Edward Island, Canadian Teachers' Federation, Alberta Federation of Labour and Public School Boards' Association of Alberta *Interveners*

Ronald David Baier, George Ollenberger, Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith et Alberta Teachers' Association *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants, Alberta Federation of Labour et Public School Boards' Association of Alberta *Intervenants*

INDEXED AS: BAIER *v.* ALBERTA

Neutral citation: 2007 SCC 31.

File No.: 31526.

2006: November 9; 2007: June 29.

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

RÉPERTORIÉ : BAIER *c.* ALBERTA

Référence neutre : 2007 CSC 31.

N° du greffe : 31526.

2006 : 9 novembre; 2007 : 29 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste

employees serving as school trustees — Whether legislation infringes right to equality — Whether occupational status an analogous ground — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

Education law — School authorities — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression or right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

The *Local Authorities Election Act* ("LAEA") governs the proceedings for election to municipal councils and school boards in Alberta. Prior to the amendments at issue here, it restricted school employees from running for election as school trustees only in the jurisdiction in which they were employed. In 2004, the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002* amended the LAEA to restrict school employees from running for election as school trustees anywhere in the province unless they took a leave of absence and then resigned if elected. The appellants sought to have the LAEA amendments declared unconstitutional as violating ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Charter*. The Court of Queen's Bench granted an order that the LAEA amendments were contrary to s. 2(*b*) of the *Charter*, and were not justified under s. 1. The Court of Appeal set aside the decision, concluding that the LAEA amendments do not infringe s. 2(*b*) or 15 of the *Charter*.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The expressive aspects of school trustee candidacy and school trusteeship are sufficient to consider whether s. 2(*b*) of the *Charter* is violated. Section 2 generally imposes a negative obligation on government rather than a positive obligation of protection or assistance. Here, the right claimed is a positive one, as the appellants are seeking access to the statutory platform of school trustee candidacy and school trusteeship. The fact that they had access to this platform prior to the LAEA amendments cannot convert

de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Le statut professionnel constitue-t-il un motif analogue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

Droit de l'éducation — Autorités scolaires — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

La *Local Authorities Election Act* (la « Loi ») régit les modalités d'élection des conseils municipaux et des conseils scolaires en Alberta. Avant les modifications en litige dans le présent pourvoi, la Loi interdisait uniquement aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire au sein du conseil qui les employait. En 2004, la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002* a apporté à la Loi des modifications ayant pour effet d'empêcher les employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province, à moins d'avoir obtenu un congé et de démissionner s'ils sont élus. Les appelants ont demandé que ces modifications soient déclarées inconstitutionnelles, au motif qu'elles contrevenaient à l'al. 2*b*) et au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance portant que les modifications contrevenaient à l'al. 2*b*) de la *Charte* et n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier de celle-ci. La Cour d'appel a annulé cette décision et a conclu que les modifications ne portaient pas atteinte à l'al. 2*b*) ou à l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Charron et Rothstein : Le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice d'une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier l'examen de la question de savoir s'il y a violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'article 2 impose d'une manière générale au gouvernement une obligation négative et non une obligation positive de protection ou d'aide. En l'espèce, le droit invoqué est un droit positif, les appelants cherchant à obtenir l'accès à la tribune d'origine

their claim into a negative one. Since the appellants are making a positive claim, the question is whether their claim meets the grounds for an exception to the general rule that s. 2(*b*) only protects from government interference. [20] [33] [35-36] [43]

Claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. Since the appellants' claim is grounded in access to the particular regime of school trusteeship, it does not meet this first *Dunmore* criterion. Nor does the claim meet the second *Dunmore* factor. The appellants have not established that their practical exclusion from school trusteeship substantially interferes with their ability to express themselves on matters relating to the education system. The LAEA amendments may deprive them of one particular means of expression, but it has not been demonstrated that absent inclusion in this statutory scheme, they are unable to express themselves on education issues. Nor have the appellants proved that the purpose of the LAEA amendments was to infringe their freedom of expression. Because the appellants have not established a substantial interference with their ability to exercise their freedom of expression, it is unnecessary to consider the third *Dunmore* factor. [44] [48] [54]

Using s. 3 of the *Charter* to read down the scope of s. 2(*b*) would stray from the long-standing recognition of the overlapping relationship of various *Charter* rights. A finding that s. 3 does not apply does not foreclose consideration of a claim under s. 2(*b*). Nevertheless, there is no s. 2(*b*) violation in this case. [59-60]

There was no infringement of s. 15(1) of the *Charter*. While there is differential treatment of school employees under the LAEA amendments as compared with municipal employees, this differential treatment is not based on an enumerated or analogous ground. There is no basis for identifying occupational status as an analogous ground on the evidence presented here. Neither the occupational status of school employees nor that of teachers have been shown to be immutable or constructively immutable characteristics. Moreover, school

législative que constituent la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction. Le fait qu'ils aient eu accès à cette tribune avant l'entrée en vigueur des modifications ne saurait transformer le droit qu'ils demandent en un droit négatif. Comme les appelants revendiquent un droit positif, il faut se demander si cette demande satisfait aux critères susceptibles de justifier une exception à la règle générale selon laquelle l'al. 2*b*) n'accorde sa protection qu'en cas d'ingérence du gouvernement. [20] [33] [35-36] [43]

Les demandes contestant le caractère non inclusif d'une mesure législative doivent être fondées sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. Comme la demande des appelants invoque l'accès à un régime légal précis, celui des conseils scolaires, elle ne satisfait pas au premier critère énoncé dans *Dunmore*. Leur demande ne satisfait pas non plus au deuxième critère énoncé dans cet arrêt. Les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation. Les modifications les privent peut-être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Les appelants n'ont pas non plus prouvé que les modifications avaient pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression. Étant donné que les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*. [44] [48] [54]

Le fait d'utiliser l'art. 3 de la *Charte* pour réduire le champ d'application de l'al. 2*b*) dérogerait à la reconnaissance de longue date des chevauchements qui existent entre les divers droits garantis par ce document. Conclure à l'inapplicabilité de l'art. 3 ne fait pas obstacle à l'examen d'une demande fondée sur l'al. 2*b*). Néanmoins, il n'y a pas violation de l'al. 2*b*) en l'espèce. [59-60]

Il n'y a aucune violation du par. 15(1) de la *Charte*. Bien que les modifications entraînent un traitement différent des employés d'écoles par rapport aux employées municipaux, ce traitement différent n'est pas fondé sur un motif énuméré ou analogue. Il n'existe aucune raison, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, de considérer le statut professionnel comme un motif analogue. Il n'a pas été démontré que le statut professionnel des employés d'écoles ou celui des enseignants constitue une caractéristique immuable ou considérée

employees cannot be characterized as a discrete and insular minority. The appellants have not established that the occupational status of school employees is a constant marker of suspect decision making or potential discrimination. [63] [65] [67]

Per Bastarache, LeBel and Abella JJ.: Despite the undeniable breadth of the constitutional guarantee of freedom of expression, the guaranteed freedom does not protect a right to run for office as a school trustee and, if elected, to take part in the management of the school board. At its foundation, the appellants' claim concerns a democratic right that the *Charter* does not protect. The LAEA amendments' ban on school employees running for office and serving as school trustees does not prevent them from expressing views on any subject, let alone education. The appellants seek to secure constitutional protection for a right to be elected to a management role in the local education system of the province of Alberta, but this falls outside the scope of the *Charter* unless the equality rights of s. 15 are engaged. The appellants have not made out their claim of a breach of equality rights in the circumstances of this case. [72] [75] [77]

Per Fish J. (dissenting): The deliberate suppression of political expression by Alberta in this case violates s. 2(*b*) of the *Charter*. A legislature which sets up a system of democratically elected boards to administer a fundamental aspect of government activity may not then exclude a certain category or group of otherwise qualified persons from serving on those boards, without any need to justify that exclusion under s. 1 of the *Charter*. [79] [86]

This Court has traditionally interpreted the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* broadly and the decision in *Dunmore* should not be applied so as to narrow s. 2(*b*). A narrow interpretation of *Dunmore* would allow legislatures, limited only by their obligations under s. 15 of the *Charter*, to systematically deny groups access to statutory platforms of expression otherwise available to the public at large. Rather, *Dunmore* should be viewed in light of this Court's practice of construing freedom of expression broadly and considering limits on expressive activity at the justification stage of the analysis. This is even more important where, as here, political expression

immuable. En outre, les employés d'écoles ne sauraient non plus être qualifiés de minorité distincte et isolée. Les appelants n'ont pas établi que le statut professionnel des employés d'écoles est un indicateur permanent de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. [63] [65] [67]

Les juges Bastarache, LeBel et Abella : En dépit de la large portée que possède indéniablement la liberté d'expression garantie par la Constitution, la liberté garantie ne protège pas le droit des intéressés de briguer un poste de conseiller scolaire et, s'ils sont élus à de tels postes, de participer à la direction du conseil scolaire. À sa base même, la demande des appelants concerne un droit démocratique non protégé par la *Charte*. L'interdiction faite par les modifications aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction n'empêche pas ces personnes d'exprimer des opinions sur quelque sujet que ce soit, particulièrement l'éducation. En l'espèce, il ressort d'un examen réaliste de la demande que celle-ci cherche à doter de la protection de la Constitution le droit de se faire élire à un poste de direction au sein d'une administration scolaire locale dans la province d'Alberta. Toutefois, cette demande ne relève pas de la *Charte*, à moins que ne s'appliquent les droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Dans les circonstances de la présente affaire, les appelants n'ont pas établi l'atteinte aux droits à l'égalité qu'ils invoquent. [72] [75] [77]

Le juge Fish (dissident) : La suppression délibérée de l'expression politique par l'Alberta contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Une assemblée législative qui met en place un système de conseils élus démocratiquement pour administrer un aspect fondamental de l'activité gouvernementale ne saurait ensuite empêcher une catégorie ou un groupe de personnes par ailleurs qualifiées de siéger à ces conseils, sans qu'il soit nécessaire de justifier cette exclusion au regard de l'article premier de la *Charte*. [79] [86]

La Cour a toujours donné une interprétation large à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* et l'arrêt *Dunmore* ne devrait pas être invoqué pour la restreindre. Une interprétation restrictive de cet arrêt permettrait aux législatures, dont l'action ne serait limitée que par les obligations qui leur incombent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, de nier systématiquement à certains groupes l'accès à des tribunes d'expression d'origine législative par ailleurs offertes à l'ensemble de la population. L'arrêt *Dunmore* doit plutôt être considéré au regard de la pratique de notre Cour qui consiste à interpréter largement la liberté d'expression et, dans le cadre de l'analyse, à examiner à l'étape de la justification les

associated with participation in an important democratic institution is involved. [100] [103]

The appellants' claim is grounded in the fundamental, constitutionally protected freedom to express oneself meaningfully on matters related to education. This freedom clearly exists independently of any statutory enactment. Seeking and holding office as a school trustee is a uniquely effective means of expressing one's views on education policy. While diminished effectiveness in conveying a message may not always engage s. 2(*b*), the difference between writing a letter to a trustee and serving as a trustee is not simply one of degree. By prohibiting school employees from participating in school board elections and governance, Alberta has done more than restrict a particular channel of expression. By excluding school employees from running for office, Alberta has substantially interfered with their freedom of expression. [105] [107-109]

Where a legislature establishes a universal and democratic system of local governance and then effectively prohibits the participation in that system of a particular group of otherwise qualified citizens, the state must be required to justify that prohibition. It has not done so in this case. On the first branch of the *Oakes* test, the trial judge was entitled to find, as she did, that Alberta's assertion of a pressing and substantial concern could not succeed, and nothing before this Court permits of a different conclusion. In any event, the LAEA amendments would clearly fail the minimum impairment branch of the *Oakes* test. [110-111] [119-120]

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; **referred to:** *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Native*

restrictions imposées à une activité expressive. Cette façon de faire revêt encore plus d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, il est question de l'expression politique associée à la participation à une importante institution démocratique. [100] [103]

La prétention des appelants se fonde sur la liberté fondamentale — garantie par la Constitution — de s'exprimer utilement sur des questions liées à l'éducation. Il est clair que cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif. Briguer un poste de conseiller scolaire et exercer cette fonction constituent des moyens particulièrement efficaces pour une personne d'exprimer son opinion sur les politiques d'éducation. Bien que la diminution de la capacité de communiquer un message n'entraîne pas toujours l'application de l'al. 2*b*), la différence entre écrire une lettre à un conseiller scolaire et occuper un poste de conseiller n'est pas simplement qu'une question de degré. En interdisant aux employés d'écoles de participer aux élections des conseils scolaires et à la gouvernance de ces institutions, l'Alberta a fait davantage que restreindre une voie particulière d'expression. En empêchant les employés d'écoles de se porter candidats, l'Alberta a substantiellement entravé leur liberté d'expression. [105] [107-109]

Lorsqu'une législature met en place un système universel et démocratique de gouvernance locale, puis interdit ensuite concrètement à un groupe donné de citoyens par ailleurs qualifiés de participer à ce système, on doit exiger de l'État qu'il justifie cette interdiction. Il ne l'a pas fait en l'espèce. Suivant le premier volet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, la juge de première instance était en droit de conclure, comme elle l'a fait, que la préoccupation urgente et réelle invoquée par l'Alberta ne pouvait être retenue, et rien de ce qui a été soumis à notre Cour n'autorise une conclusion différente. Quoi qu'il en soit, il est clair que les modifications ne satisferaient pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse formulée dans *Oakes*. [110-111] [119-120]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts appliqués : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; **arrêts mentionnés :** *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62; *Delisle c. Canada (Sous-procureur*

Women's Assn. of Canada v. Canada, [1994] 3 S.C.R. 627; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By LeBel J.

Referred to: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214.

By Fish J. (dissenting)

Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 877; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), (*d*), 3, 15, 27.
Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, ss. 21, 22.
School Act, R.S.A. 2000, c. S-3.
School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2).

Authors Cited

Cameron, B. Jamie. "The 'Second Labour Trilogy': A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2006, release 1).

général), [1999] 2 R.C.S. 989; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Lavigne c. Syndicat canadien des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1998] 2 R.C.S. 214.

Citée par le juge Fish (dissident)

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), *d*), 3, 15, 27.
Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 21, 22.
School Act, R.S.A. 2000, ch. S-3.
School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2).

Doctrine citée

Cameron, B. Jamie. « The "Second Labour Trilogy" : A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Picard, Costigan and Ritter JJ.A.) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, 269 D.L.R. (4th) 241, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 ABCA 137, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Sulyma J. (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 369 A.R. 159, 123 C.R.R. (2d) 215, [2005] 7 W.W.R. 68, [2004] A.J. No. 1003 (QL), 2004 ABQB 669. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

James T. Casey, Q.C., *Sandra M. Anderson* and *Ayla Akgungor*, for the appellants.

Kurt J. W. Sandstrom and *Alice K. Barnsley*, for the respondent.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Neena Sharma and *E. W. (Heidi) Hughes*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Ruth M. DeMone* and *Sherry E. Gillis*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Allan O'Brien and *Christopher Rootham*, for the intervener the Canadian Teachers' Federation.

Leanne M. Chahley and *Daniel N. Scott*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Dale Gibson, for the intervener the Public School Boards' Association of Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

This case concerns whether legislation that limits the ability of school employees to run for

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Picard, Costigan et Ritter) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, 269 D.L.R. (4th) 241, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 ABCA 137, qui a accueilli l'appel de la décision de la juge Sulyma et rejeté l'appel incident formé contre cette décision (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 369 A.R. 159, 123 C.R.R. (2d) 215, [2005] 7 W.W.R. 68, [2004] A.J. No. 1003 (QL), 2004 ABQB 669. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

James T. Casey, c.r., *Sandra M. Anderson* et *Ayla Akgungor*, pour les appelants.

Kurt J. W. Sandstrom et *Alice K. Barnsley*, pour l'intimée.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Neena Sharma et *E. W. (Heidi) Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Ruth M. DeMone* et *Sherry E. Gillis*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Allan O'Brien et *Christopher Rootham*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants.

Leanne M. Chahley et *Daniel N. Scott*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Dale Gibson, pour l'intervenante Public School Boards' Association of Alberta.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

1 Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de dispositions législatives qui limitent la

election and serve as school trustees in Alberta is constitutional.

2 I agree with the conclusion reached by the Alberta Court of Appeal. The legislation does not infringe s. 2(*b*) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Therefore I would dismiss the appeal.

II. Factual Background

3 The *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21 ("LAEA"), governs the proceedings for election to municipal councils and school boards in Alberta. The LAEA sets out the qualifications required to be a candidate for school trustee. A person may be nominated as a candidate if he or she is eligible to vote, meets certain residency requirements, and is not otherwise ineligible (s. 21).

4 Ineligibility to be nominated as a candidate is dealt with in s. 22 of the LAEA. Prior to the amendments at issue in this appeal, it restricted school employees from running for election as a school trustee only in the jurisdiction in which they were employed ("own-employer restriction"). Any public school employees who wished to seek election to their employing school board were required to take a leave of absence and were deemed to have resigned if elected (ss. 22(1)(b) and 22(9)). There was no requirement to take a leave of absence or to resign if a school employee was elected as a school trustee to any other school board.

5 In 2004, Alberta legislated to expand the "own-employer" restriction into a province-wide restriction on school employees serving as school trustees. The *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23 ("LAEA Amendments"), amended the LAEA by adding a provision stating that, unless on a leave of absence, a person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of *any* school board if that person is employed by *any* school district or division, charter school, or private school in Alberta. If a school employee is ultimately elected as a school trustee,

possibilité pour les employés d'écoles de se porter candidats aux élections pour les postes de conseillers scolaires en Alberta et d'exercer cette fonction.

Je souscris à la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel de l'Alberta. Les dispositions législatives en cause ne contreviennent ni à l'al. 2*b*) ni à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais donc le pourvoi.

II. Contexte factuel

La *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21 (la « Loi »), régit les modalités d'élection des conseils municipaux et des conseils scolaires en Alberta. Elle énonce les conditions requises pour pouvoir se porter candidat à un poste de conseiller scolaire : avoir le droit de voter, remplir certaines conditions de résidence et ne pas être autrement inéligible (art. 21).

Les cas d'inéligibilité sont décrits à l'art. 22 de la Loi. Avant les modifications en litige dans le présent pourvoi, cet article interdisait seulement aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire au sein du conseil qui les employait (« restriction visant l'employeur de l'intéressé »). L'employé d'une école publique qui souhaitait se faire élire au conseil scolaire qui l'employait devait obtenir un congé et il était réputé avoir démissionné s'il était élu (al. 22(1)b) et par. 22(9)). Ces dispositions ne s'appliquaient pas à l'employé qui posait sa candidature ou était élu à un poste de conseiller dans un autre conseil scolaire.

En 2004, l'Alberta a légiféré et élargi la portée de la restriction « visant l'employeur de l'intéressé » de façon à empêcher les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province. La *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »), a en effet modifié la Loi par l'adjonction d'une disposition précisant que n'est pas éligible aux élections pour les postes de conseillers, dans quelque conseil scolaire que ce soit, la personne qui est employée par *quelque* district ou division scolaire, école à charte ou école

s. 22(9) of the LAEA is engaged, which deems the school employee to have resigned his or her position of employment in order to carry out the role of school trustee. There is therefore a deemed resignation even when a school employee is elected to a school board which is not his or her employer.

privée *que ce soit* en Alberta, sauf si elle a obtenu un congé. Si un employé d'école est élu conseiller scolaire, le par. 22(9) de la Loi s'applique : l'employé est réputé avoir démissionné pour exercer sa fonction de conseiller scolaire. Il y a donc démission réputée, même lorsque l'employé d'école est élu dans un conseil scolaire dont il n'est pas l'employé.

The appellants Baier, Ollenberger and McNiff are teachers who, at the time the LAEA Amendments were passed, were serving as school trustees on school boards that did not employ them. The appellant Keith is a teacher who intended to seek election to a school board. The parties agree that "average school trustee remuneration in 2002-2003 was approximately $12,677". According to the chambers judge, in 2004 the appellants Baier, Ollenberger and McNiff had annual salaries as teachers of $71,536.68, $83,626.80 and $69,165.96 respectively. 6

Les appelants Baier, Ollenberger et McNiff sont des enseignants qui, au moment de l'adoption de la Loi modificative, occupaient des postes de conseillers dans des conseils scolaires dont ils n'étaient pas les employés. L'appelante Keith est une enseignante qui voulait tenter de se faire élire à un conseil scolaire. Les parties s'entendent sur le fait que [TRADUCTION] « la rémunération moyenne d'un conseiller scolaire en 2002-2003 s'élevait à environ 12 677 $ ». Selon la juge en chambre, le salaire annuel de chacun des appelants Baier, Ollenberger et McNiff en tant qu'enseignants était respectivement de 71 536,68 $, 83 626,80 $ et 69 165,96 $ en 2004.

The appellants sought to have the LAEA Amendments declared unconstitutional as violating ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Charter*. At the hearing of the appeal in this Court, the appellants conceded the constitutionality of the prior legislation, which prohibited school employees from serving as trustees solely on their own employer boards. It is the blanket restriction from sitting on any school board in the province that they challenge. 7

Les appelants veulent faire déclarer les modifications apportées par la Loi modificative inconstitutionnelles, au motif qu'elles contreviennent à l'al. 2*b*) et au par. 15(1) de la *Charte*. À l'audition du pourvoi, ils ont admis la constitutionnalité de la loi antérieure, qui interdisait seulement aux employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller dans le conseil scolaire qui les employait. C'est l'interdiction générale d'occuper un poste dans tout conseil scolaire de la province qu'ils contestent.

The chambers judge, Sulyma J. granted an order that the LAEA Amendments were contrary to s. 2(*b*) of the *Charter* and were not justified under s. 1. At the Alberta Court of Appeal, Alberta's appeal was allowed. 8

La juge en chambre Sulyma a rendu une ordonnance portant que les modifications apportées par la Loi modificative contrevenaient à l'al. 2*b*) de la *Charte* et n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. L'appel formé par la province contre cette décision a été accueilli par la Cour d'appel de l'Alberta.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Dispositions législatives pertinentes

The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The main provision that the appellants challenge in this appeal is s. 1(2)(a) of the 9

Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Dans le présent pourvoi, les appelants contestent principalement l'al. 1(2)a) de

LAEA Amendments, which amends the LAEA in order to restrict school employees from sitting on any school board in Alberta. This amendment adds to s. 22 of the LAEA the following:

22 . . .

(1.1) A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by

(a) a school district or division,

(b) a charter school, or

(c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

Under the amendments, a school employee may request a leave of absence in order to be a candidate for school trustee and his or her employer must grant that leave of absence (LAEA, ss. 22(5.1) and 22(6.1)). Should the employee not be elected he or she may return to work (LAEA, s. 22(8)). If the employee is elected he or she will be deemed to have resigned as a school employee (LAEA, s. 22(9)).

10 The appellants also challenge s. 1(2)(b) of the LAEA Amendments, which provides that the prior more limited ineligibility provision, the "own-employer restriction", no longer applies to school trustee elections.

11 Section 2(*b*) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

12 Section 15(1) of the *Charter* provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal

la Loi modificative, qui modifie la Loi pour interdire aux employés d'écoles d'occuper un poste dans tout conseil scolaire de l'Alberta. Cette modification a ajouté le texte suivant à l'art. 22 de la Loi :

[TRADUCTION]

22 . . .

(1.1) N'est pas éligible aux élections pour les postes de conseiller d'un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :

a) soit par un district ou une division scolaire;

b) soit par une école à charte;

c) soit par une école privée.

Selon les modifications, un employé d'école peut demander un congé pour se porter candidat à un poste de conseiller scolaire et son employeur est tenu de lui accorder ce congé (par. 22(5.1) et 22(6.1) de la Loi). L'employé non élu peut réintégrer son poste (par. 22(8) de la Loi). Par contre, s'il est élu, l'employé est réputé avoir démissionné de son poste à l'école (par. 22(9) de la Loi).

Les appelants contestent aussi l'al. 1(2)b) de la Loi modificative, suivant lequel la disposition antérieure en matière d'inéligibilité — dont la portée était plus limitée (la « restriction visant l'employeur de l'intéressé ») — ne s'applique plus aux élections de conseillers scolaires.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* dispose :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est ainsi rédigé :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même

benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

IV. Issues

On August 17, 2006, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Judgments Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669

Sulyma J. held that running for office is an activity which conveys or attempts to convey meaning and therefore falls within the scope of the s. 2(*b*) guarantee. She held that the purpose of the amendments did not infringe s. 2(*b*) since the legislation was meant to protect the democratic process by ensuring the business of school boards can be carried on without concerns about conflicts of interest. However, with respect to the effects, Sulyma J. found that given the significant disparity between a teacher's salary and trustee remuneration, forcing teachers to resign from their employment for the duration of their term as trustees rendered

protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Questions en litige

Le 17 août 2006, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes : 13

1. Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du banc de la Reine de l'Alberta* (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669

La juge Sulyma a conclu que le fait de poser sa candidature à une charge publique est une activité qui transmet ou tente de transmettre un message et qui est donc visée par la garantie de l'al. 2*b*). Elle a estimé que l'objet de la Loi modificative ne contrevenait pas à l'al. 2*b*), puisque le texte en question visait à protéger le processus démocratique en faisant en sorte que les conseils scolaires puissent s'acquitter de leur mission sans s'inquiéter de possibles conflits d'intérêts. En ce qui concerne les effets de la Loi modificative, en revanche, la juge Sulyma a statué que, vu l'écart considérable entre le salaire d'enseignant et la rémunération de conseiller, astreindre les 14

illusory any opportunity for teachers to run for office as school trustee under the LAEA Amendments. Unless they gave up teaching, they would be forced to live on the remuneration paid to school trustees, and this was so onerous as to result in a violation of the s. 2(*b*) guarantee.

15 Sulyma J. concluded that the LAEA Amendments could not be saved by s. 1 of the *Charter*. She did not rule on the *Charter* s. 15 claim.

B. *Court of Appeal of Alberta* (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137

16 Alberta appealed Sulyma J.'s findings with respect to s. 2(*b*). The appellants cross-appealed alleging an infringement of s. 15(1).

17 Costigan J.A., for the court, considered whether seeking election to a school board is a fundamental freedom protected by s. 2(*b*) or whether it is a statutory platform for expression. He found that whether to have school board elections and, if so, who can run in those elections, was purely a matter of legislative policy governed by the LAEA Amendments. The appellants' claim of underinclusion was therefore grounded in a statutory regime and not in a fundamental *Charter* freedom. Their exclusion under the LAEA Amendments did not interfere with a fundamental freedom or with the exercise of a constitutional right, and this was not an exceptional case in which the context mandated positive government action under s. 2(*b*). Therefore, he found that the LAEA Amendments did not infringe s. 2(*b*) of the *Charter*.

18 Examining whether the LAEA Amendments infringed s. 15(1) of the *Charter*, Costigan J.A. relied on the test established in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999]

enseignants à démissionner pour la durée du mandat de conseiller rendait illusoire toute possibilité pour eux de poser leur candidature à un tel poste. À moins de renoncer à l'enseignement, ils devraient en effet vivre de la rémunération versée aux conseillers scolaires, ce qui constituait une telle contrainte qu'il en découlait une violation de la garantie de l'al. 2*b*).

La juge Sulyma a conclu que la validité des modifications apportées par la Loi modificative ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Elle ne s'est pas prononcée sur la prétention fondée sur l'art. 15 de la *Charte*.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137

L'Alberta a interjeté appel des conclusions de la juge Sulyma à l'égard de l'al. 2*b*). Les appelants ont quant à eux formé un appel incident, plaidant la violation du par. 15(1).

S'exprimant pour la Cour d'appel, le juge Costigan a examiné la question de savoir si le fait de briguer un poste de conseiller scolaire constitue une liberté fondamentale protégée par l'al. 2*b*) ou une tribune d'origine législative favorisant l'expression. Il a conclu que la décision de tenir des élections pour désigner les conseillers scolaires et la détermination des conditions de candidature étaient de pures questions de politique législative régies par la Loi modificative. L'argument de non-inclusion invoqué par les appelants reposait donc sur un régime légal et non sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. L'exclusion des enseignants prévue par la Loi modificative ne portait pas atteinte à une liberté fondamentale ni à l'exercice d'un droit constitutionnel, et il ne s'agissait pas d'un cas exceptionnel où le contexte commandait des mesures étatiques positives au regard de l'al. 2*b*). Par conséquent, le juge a conclu que les modifications apportées par la Loi modificative ne contrevenaient pas à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Pour trancher la question de savoir si la Loi modificative violait le par. 15(1) de la *Charte*, le juge d'appel Costigan s'est fondé sur le critère établi dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi*

1 S.C.R. 497. He held that the LAEA Amendments "draw a formal distinction between the respondents as school board employees and other Albertans on the basis of the personal characteristic of employment status" (para. 49). However, he found that the appellants' "occupational status is not an analogous ground" (para. 56). Moreover, he held that a distinction on the basis of the teaching occupation does not bring into play prejudice, stereotyping or historical disadvantage, and exclusion from seeking election to a school board did not affect the appellants' dignity. Therefore, the distinction was not discriminatory and there was no infringement of s. 15(1). He allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497. Il a jugé que la Loi modificative [TRADUCTION] « établit une distinction formelle entre les intimés en tant qu'employés des conseils scolaires d'une part et les autres Albertains d'autre part, en raison des caractéristiques personnelles découlant de leur statut professionnel » (par. 49). Il a cependant estimé que le [TRADUCTION] « statut professionnel [des appelants] n'[était] pas un motif analogue » (par. 56). Il a en outre ajouté qu'une distinction fondée sur la profession d'enseignant ne fait pas intervenir de préjugés, de stéréotypes ou de désavantages historiques et que le fait d'empêcher les appelants de briguer un poste de conseiller scolaire ne portait pas atteinte à leur dignité. Partant, la distinction n'était pas discriminatoire et ne contrevenait pas au par. 15(1). Le juge Costigan a accueilli l'appel et rejeté l'appel incident.

VI. Analysis

Freedom of Expression

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, a two-part analysis was established for determining whether a violation of freedom of expression has occurred. The first step asks whether the activity is within the protected sphere of free expression. If the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Once it is established that the activity is protected, the second step asks if the impugned legislation infringes that protection, either in purpose or effect. This analysis has been used in many subsequent cases (e.g. *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083).

While the *Irwin Toy* test defined the scope of freedom of expression broadly, in subsequent cases this Court has clarified that s. 2(*b*) protection is not without limits and that governments should not be required to justify every exclusion or regulation

VI. Analyse

La liberté d'expression

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a établi une analyse en deux temps pour juger s'il y a eu ou non violation de la liberté d'expression. La première étape consiste à déterminer si l'activité en cause relève du champ des activités protégées par la liberté d'expression. Si elle transmet ou tente de transmettre une signification, l'activité possède un contenu expressif et relève à première vue du champ d'application de la garantie. Une fois qu'il est établi que la conduite est protégée, la seconde étape consiste à se demander si, par leur objet ou leur effet, les mesures législatives contestées portent atteinte à cette protection. La Cour a utilisé cette analyse dans de nombreux arrêts subséquents (par exemple, *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083). 19

Bien que le critère établi dans *Irwin Toy* ait défini de façon large la portée de la liberté d'expression, la Cour a précisé dans des arrêts ultérieurs que la protection garantie par l'al. 2*b*) n'est pas illimitée et que les gouvernements ne devraient pas être tenus 20

of expression under s. 1 (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62, at para. 79). In *City of Montréal*, McLachlin C.J. and Deschamps J., for the majority, found that the *method* or *location* of expression may remove it from s. 2(*b*) protection (paras. 56 and 60). For example, with respect to the *method* of expression, s. 2(*b*) does not protect violent expression (*Irwin Toy*, at pp. 969-70), and with respect to *location*, expression on public property may in some circumstances remain outside the protected sphere of s. 2(*b*) (*City of Montréal*, at para. 79). In addition, the Court has held that s. 2 generally imposes a negative obligation on government rather than a positive obligation of protection or assistance (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 26).

21 In *Haig*, this Court considered whether freedom of expression includes a positive right to be provided with a specific means of expression. L'Heureux-Dubé J. for the majority, noted that freedom of expression has typically been conceptualized in terms of negative rights rather than positive entitlements:

> The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(*b*) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones. [p. 1035]

22 That case arose in the context of federal and Quebec referenda concerning proposed constitutional amendments in 1992. Mr. Haig had moved from Ontario to Quebec and was unable to vote in either the federal or Quebec referendum because of different residency requirements in the federal and provincial legislation. He challenged the federal legislation as violating his freedom of expression. The majority held that the right to vote in the referendum was governed by the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, and s. 2(*b*) did not require the government to extend that right to all. L'Heureux-Dubé J. stated:

de justifier au regard de l'article premier chaque exclusion ou réglementation d'une forme d'expression (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62, par. 79). Dans *Ville de Montréal*, s'exprimant pour la majorité, la juge en chef McLachlin et la juge Deschamps ont, conclu que le *lieu* ou le *mode* de l'expression peuvent avoir pour effet de soustraire celle-ci à la protection offerte par l'al. 2*b*) (par. 56 et 60). Ainsi, en ce qui concerne le *mode* d'expression, l'al. 2*b*) ne protège pas la violence comme forme d'expression (*Irwin Toy*, p. 969-970) et, en ce qui a trait au *lieu*, l'expression dans des lieux publics peut, dans certaines circonstances, demeurer hors du champ de protection de l'al. 2*b*) (*Ville de Montréal*, par. 79). La Cour a en outre jugé que l'art. 2 impose d'une manière générale au gouvernement une obligation négative et non une obligation positive de protection ou d'aide (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 26).

Dans l'arrêt *Haig*, la Cour a examiné la question de savoir si la liberté d'expression comporte le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression. Rédigeant l'opinion de la majorité, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué que la liberté d'expression a généralement été conceptualisée en fonction de droits négatifs plutôt que de droits positifs :

> Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix. [p. 1035]

Cette affaire est survenue dans le contexte des référendums fédéral et québécois de 1992 concernant une proposition de modifications constitutionnelles. Monsieur Haig, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison de différences entre les conditions de résidence fixées par les lois fédérale et provinciale applicables. Il a contesté la loi fédérale, plaidant qu'elle portait atteinte à sa liberté d'expression. La majorité a jugé que le droit de voter à un référendum était régi par la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, et que l'al. 2*b*) n'obligeait pas le législateur à étendre ce droit à tous. La juge L'Heureux-Dubé s'est exprimée en ces termes :

The Court is being asked to find that this statutorily created platform for expression has taken on constitutional status. In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(*b*) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law. [Emphasis added; p. 1041.]

On demande à la Cour de conclure que cette tribune créée par la loi pour favoriser l'expression revêt un caractère constitutionnel. À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2*b*) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel. [Je souligne; p. 1041.]

The statutory platform analysis in *Haig* has been followed in a number of subsequent cases which have held that underinclusive legislative schemes or government action did not infringe s. 2. In *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"), the Native Women's Association of Canada alleged that the government's funding of some Aboriginal organizations, along with the opportunity to participate in constitutional discussions, required the government to bestow upon the Association an equal chance for expression of its views, and funding to enable it to do so. The Court determined that there was no positive duty on the government to provide funding to the Association in the circumstances. Sopinka J., for the majority, stated:

23 L'analyse établie dans *Haig* à l'égard des tribunes d'origine législative a été suivie dans une série d'arrêts subséquents, où il a été décidé que des régimes législatifs ou mesures gouvernementales de portée restreinte ne contrevenaient pas à l'art. 2. Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »), l'Association des femmes autochtones du Canada soutenait que le financement par le gouvernement de certaines organisations autochtones ainsi que la possibilité offerte à celles-ci de participer aux discussions constitutionnelles obligeaient le gouvernement à donner à l'Association une chance égale d'exprimer son point de vue et à lui accorder le financement nécessaire à cette fin. La Cour a conclu que le gouvernement n'avait aucune obligation positive de verser des fonds à l'Association dans les circonstances. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a écrit ceci :

[I]t cannot be said that every time the Government of Canada chooses to fund or consult a certain group, thereby providing a platform upon which to convey certain views, that the Government is also required to fund a group purporting to represent the opposite point of view. [p. 656]

[O]n ne saurait dire que, chaque fois que le gouvernement du Canada choisit de financer ou de consulter un certain groupe et lui fournit ainsi une tribune pour faire connaître certaines opinions, il est également tenu de financer un groupe censé représenter le point de vue contraire. [p. 656]

and

Il a également dit ceci :

The freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* does not guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the Government to consult anyone. [p. 663]

La liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. [p. 663]

In *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3, the Court considered

24 Dans *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, la Cour a examiné

legislation, the *Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibiting video lottery terminals ("VLTs"). The legislation also deemed a previous non-binding plebiscite in the Town of Winkler, in which the residents had voted to prohibit VLTs, to be binding. The appellants, owners of the Winkler Inn who relied on VLTs for revenue, claimed that the effect of the "deemed vote" was to deny them the right to vote in a plebiscite under the Act, and therefore violated their freedom of expression. Following *Haig*, the Court held there was no breach of s. 2(*b*). A municipal plebiscite, like a referendum, was a creation of legislation, and any right to vote in it must be found within the language of that legislation.

la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, qui autorisait les municipalités à tenir des référendums décisionnels concernant l'interdiction des appareils de loterie vidéo (« ALV »). Ce texte législatif précisait aussi qu'un référendum consultatif tenu auparavant dans la ville de Winkler, lors duquel les citoyens avaient approuvé l'interdiction des ALV, était réputé être décisionnel. Selon les appelants, propriétaires du Winkler Inn, qui comptaient sur les recettes procurées par les ALV, l'effet de la « présomption de scrutin » les avait privés du droit de voter à un référendum tenu conformément à la loi en cause et avait donc porté atteinte à leur liberté d'expression. Appliquant l'arrêt *Haig*, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2*b*). Comme tout autre référendum, un référendum municipal est une mesure créée par une loi et tout droit de voter à ce référendum doit être prévu par la loi en question.

25 The statutory platform analysis in *Haig* has also been applied in cases raising claims under *Charter* s. 2(*d*) freedom of association. In *Delisle*, the Court considered whether underinclusive labour legislation offended s. 2(*d*) or 2(*b*). Bastarache J., for the majority, found that neither s. 2(*d*) or 2(*b*) required that RCMP officers be included in a statutory labour regime. He made clear that underinclusive legislation would generally not offend s. 2:

L'analyse établi dans *Haig* à l'égard des tribunes d'origine législative a aussi été suivie dans des affaires touchant la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Dans *Delisle*, la Cour devait statuer sur la question de savoir si une mesure législative de portée restreinte en matière de travail contrevenait à l'al. 2*d*) ou à l'al. 2*b*). S'exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a conclu que ni l'al. 2*d*) ni l'al. 2*b*) n'emportait l'obligation d'inclure les agents de la GRC dans un régime législatif en matière de travail. Il a clairement indiqué qu'une loi de portée restreinte ne contrevient généralement pas à l'art. 2 :

> The structure of s. 2 of the *Charter* is very different from that of s. 15 and it is important not to confuse them. While s. 2 defines the specific fundamental freedoms Canadians enjoy, s. 15 provides they are equal before and under the law and have the right to equal protection and equal benefit of the law. The only reason why s. 15 may from time to time be invoked when a statute is underinclusive, that is, when it does not offer the same protection or the same benefits to a person on the basis of an enumerated or analogous ground (on this issue, see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679), is because this is contemplated in the wording itself of s. 15. . . . However, while the letter and spirit of the right to equality sometimes dictate a requirement of inclusion in a statutory regime, the same cannot be said of

> La structure de l'art. 2 de la *Charte* est fort différente de celle de l'art. 15 et il importe de ne pas mélanger les deux. Alors que l'art. 2 définit des libertés fondamentales spécifiques dont bénéficient les Canadiens, l'art. 15 leur assure l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, ainsi qu'un droit égal aux bénéfices de la loi et à sa protection. Si l'art. 15 peut parfois être invoqué lorsqu'une loi a une portée trop restreinte, c'est-à-dire lorsqu'elle n'accorde pas la même protection ou les mêmes avantages à une personne sur la base d'un motif énuméré ou analogue (voir à ce sujet *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679), c'est parce que le texte même de l'art. 15 le prévoit [. . .] Or, si le texte et l'esprit du droit à l'égalité emportent parfois une obligation d'inclusion dans un régime législatif, il en va tout autrement des

the individual freedoms set out in s. 2, which generally requires only that the state not interfere and does not call upon any comparative standard. [para. 25]

Citing Dickson J.'s definition of "freedom" as "the absence of coercion or constraint" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336), Bastarache J. went on to state at para. 26:

It is because of the very nature of freedom that s. 2 generally imposes a negative obligation on the government and not a positive obligation of protection or assistance.

As Bastarache J. stated at para. 27 of *Delisle*, except in exceptional circumstances, ss. 2(*d*) and 2(*b*) require only that Parliament not interfere with these fundamental freedoms.

While *Haig*, *NWAC*, *Siemens* and *Delisle*, found s. 2 was not offended by underinclusive legislation or underinclusive government action and that there was no right to a particular platform for expression, the Court left open the possibility that, in exceptional cases, positive action by government may be called for under s. 2. In *Haig*, for example, L'Heureux-Dubé J. left the door open to positive government action being required in some cases. At p. 1039, she stated:

. . . a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

In *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, a majority of the Court found such an exception to the general rule that s. 2 does not require positive government action. Labour legislation excluding agricultural workers from a protective regime was found to infringe s. 2(*d*). Bastarache J., for the majority,

libertés individuelles prévues à l'art. 2, celui-ci n'imposant généralement qu'une obligation de non-ingérence à l'État et ne faisant appel à aucun critère comparatif. [par. 25]

Reprenant la définition de la « liberté » donnée par le juge Dickson, soit « l'absence de coercition ou de contrainte » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336), le juge Bastarache a ajouté ceci, au par. 26 :

C'est en raison de la nature même de la liberté que l'art. 2 impose généralement une obligation négative au gouvernement et non une obligation positive de protection ou d'aide.

Comme l'a dit le juge Bastarache au par. 27 de l'arrêt *Delisle*, sauf circonstances exceptionnelles, les libertés fondamentales garanties par les al. 2*d*) et 2*b*) n'imposent qu'une obligation de non-ingérence au législateur.

Bien que, dans les arrêts *Haig*, *AFAC*, *Siemens* et *Delisle*, la Cour ait conclu que des lois ou mesures gouvernementales de portée restreinte ne portaient pas atteinte à l'art. 2 et qu'il n'existait pas de droit à telle ou telle tribune destinée à favoriser l'expression, elle n'a pas pour autant exclu que, dans des cas exceptionnels, une mesure gouvernementale positive puisse être exigée par l'art. 2. Dans *Haig*, par exemple, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué, à la p. 1039, que des mesures gouvernementales pourraient être nécessaires dans certains cas : 26

. . . il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

Dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, la Cour à la majorité a conclu à l'existence d'une telle exception à la règle générale selon laquelle l'art. 2 ne requiert pas de mesure gouvernementale positive. Elle a jugé que des mesures législatives en droit du travail qui excluaient les travailleurs agricoles de 27

considered the factors relevant to establishing an exception:

(1) Claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime (para. 24).

(2) The claimant must meet an evidentiary burden of demonstrating that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with activity protected under s. 2 (para. 25), or that the purpose of the exclusion was to infringe such activity (paras. 31-33). The exercise of a fundamental freedom need not be impossible, but the claimant must seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms (para. 25).

(3) The state must be accountable for the inability to exercise the fundamental freedom: "[U]nderinclusive state action falls into suspicion not simply to the extent it discriminates against an unprotected class, but to the extent it substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms" (para. 26).

28 In *Dunmore*, these factors were met. The appellant agricultural workers sought protection for the freedom to establish and maintain an employee association. They were substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without protective legislation. Furthermore, their exclusion from the legislative regime "function[ed] not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences" (para. 35). Agricultural workers were distinguished from the RCMP officers in *Delisle* because RCMP officers were capable of associating despite exclusion from a protective regime. Unlike agricultural workers, for RCMP officers, inclusion in a statutory regime would serve to enhance rather than safeguard their exercise of a fundamental freedom.

l'application d'un régime de protection contrevenaient à l'al. 2*d*). Le juge Bastarache, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a décrit les considérations susceptibles de justifier une exception :

(1) Les arguments fondés sur la non-inclusion doivent reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis (par. 24).

(2) Il incombe au demandeur de démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'art. 2 (par. 25), ou que l'objet de l'exclusion était de faire obstacle à une telle activité (par. 31-33). Il n'est pas nécessaire que l'exercice d'une liberté fondamentale soit impossible, mais le demandeur doit rechercher davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales (par. 25).

(3) L'État doit pouvoir vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale : « [L]a mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l'endroit d'une catégorie non protégée, mais aussi dans la mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

Dans *Dunmore*, ces conditions étaient remplies. Les travailleurs agricoles appelants revendiquaient la protection de leur liberté de constituer et de maintenir une association d'employés. Sans protection légale, ils étaient essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté d'association. De plus, leur exclusion du régime législatif « n'a[vait] pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement » (par. 35). La Cour a établi une distinction entre les travailleurs agricoles et les agents de la GRC, groupe visé dans l'arrêt *Delisle*, au motif que ces derniers avaient la capacité de s'associer malgré leur exclusion d'un régime de protection. Contrairement à la situation des travailleurs agricoles, l'inclusion des agents de la GRC dans le régime légal aurait servi à améliorer l'exercice d'une liberté fondamentale plutôt qu'à protéger cet exercice.

While *Dunmore* concerned freedom of association rather than freedom of expression, the three factors for challenging underinclusive legislation were described as applicable to s. 2 in general. As Bastarache J. noted, *Haig*, *NWAC* and *Delisle* circumscribed, but did not foreclose, the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*. Thus, *Dunmore* makes clear that while claims of underinclusion may raise concerns under *Charter* s. 15 equality rights, in certain cases, underinclusion may offend s. 2 itself.

29 Bien que l'arrêt *Dunmore* portât sur la liberté d'association et non sur la liberté d'expression, la Cour a estimé que les trois conditions requises pour contester des mesures législatives de portée restreinte s'appliquaient à l'art. 2 en général. Comme l'a indiqué le juge Bastarache, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent — mais n'excluent pas — la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte*. Ainsi, l'arrêt *Dunmore* établit clairement que si les arguments fondés sur la non-inclusion sont susceptibles de soulever des questions au regard des droits à l'égalité prévus par l'art. 15 de la *Charte*, des mesures non-inclusives peuvent elles aussi, dans certains cas, porter atteinte à l'art. 2.

In cases where a government defending a *Charter* challenge alleges, or the *Charter* claimant concedes, that a positive rights claim is being made under s. 2(*b*), a court must proceed in the following way. First, it must consider whether the activity for which the claimant seeks s. 2(*b*) protection is a form of expression. If so, then second, the court must determine if the claimant claims a positive entitlement to government action, or simply the right to be free from government interference. If it is a positive rights claim, then third, the three *Dunmore* factors must be considered. As indicated above, these three factors are (1) that the claim is grounded in a fundamental freedom of expression rather than in access to a particular statutory regime; (2) that the claimant has demonstrated that exclusion from a statutory regime has the effect of a substantial interference with s. 2(*b*) freedom of expression, or has the purpose of infringing freedom of expression under s. 2(*b*); and (3) that the government is responsible for the inability to exercise the fundamental freedom. If the claimant cannot satisfy these criteria then the s. 2(*b*) claim will fail. If the three factors are satisfied then s. 2(*b*) has been infringed and the analysis will shift to s. 1.

30 Dans les cas où le gouvernement qui défend une mesure contestée sur le fondement de la *Charte* plaide — ou que l'auteur de la demande fondée sur la *Charte* concède — que les droits positifs revendiqués sont demandés en vertu de l'al. 2*b*), le tribunal doit procéder comme suit. Dans un premier temps, il doit se demander si l'activité pour laquelle le demandeur réclame la protection de l'al. 2*b*) est une forme d'expression. Dans l'affirmative, le tribunal doit, dans un deuxième temps, décider si le demandeur revendique un droit positif à une mesure gouvernementale ou simplement le droit d'être protégé contre l'ingérence du gouvernement. Enfin, troisièmement, s'il s'agit d'une demande d'intervention positive, les trois conditions énoncées dans *Dunmore* doivent être prises en considération : (1) la demande doit reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) le demandeur doit démontrer que l'exclusion du régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*b*) ou que l'objet de l'exclusion était de faire obstacle à une telle activité; (3) l'État doit pouvoir être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. Si le demandeur ne peut satisfaire à ces critères, la demande fondée sur l'al. 2*b*) sera rejetée. Si les trois conditions sont remplies, l'al. 2*b*) a été violé et le tribunal procédera alors à l'analyse fondée sur l'article premier.

VII. Application to the Case

Question 1

Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. *Expressive Activity*

31 The threshold to any s. 2(*b*) claim must be that there is expression involved. The appellants claim that "[s]tanding for election to the office of school trustee and serving as a school trustee" are expressive activities, the restriction of which they claim violates s. 2(*b*) (appellants' factum, at para. 27). These activities, they argue, represent "unique and important opportunities to engage in political debate, persuasion and voting on the governance, funding and management of the public and separate education systems" (*ibid.*). The respondent concedes that seeking nomination for school trustee and some of the activities of school trustees may be characterized as having an expressive nature (respondent's factum, at paras. 1 and 18).

32 It might be said that the expressive nature of school trusteeship is merely incidental, and that school boards are primarily concerned with school management rather than expression. However, there is nothing that requires that the activity in question be purely or predominantly expression to count as expression for s. 2(*b*) purposes (see e.g. *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588).

33 The LAEA Amendments only restrict who has access to the platform of school trusteeship for expressive activity. They do not constrain the expressive activities of those with access to the platform, i.e. those not ineligible to be school trustees. I interpret the appellants' complaint as "I do not have access to school trusteeship to express myself" rather than, "as a school trustee I cannot express a particular view". Expressive activity is in

VII. Application à la présente affaire

Question 1

Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

A. *L'activité expressive*

Pour qu'une demande soit considérée comme relevant de l'al. 2*b*), il faut tout d'abord qu'une forme d'expression soit en cause. Les appelants prétendent que [TRADUCTION] « [l]e fait de se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction » constituent des activités expressives et que les restrictions imposées à l'égard de ces activités contreviennent à l'al. 2*b*). Ils font valoir que ces activités représentent « des possibilités toutes particulières et importantes de débattre politiquement, convaincre et voter relativement à la gouvernance, au financement et à la gestion des systèmes d'éducation publics et séparés » (mémoire des appelants, par. 27). L'intimée reconnaît qu'il est possible d'affirmer que le fait de se porter candidat à un poste de conseiller scolaire et certaines activités des conseillers scolaires possèdent un caractère expressif (mémoire de l'intimée, par. 1 et 18).

Il est possible d'affirmer que le caractère expressif du poste de conseiller scolaire est seulement accessoire, et que les conseils scolaires s'occupent principalement de gestion scolaire plutôt que d'expression. Toutefois, rien n'exige, pour l'application de l'al. 2*b*), que l'activité en cause ait un caractère purement ou principalement expressif (voir, par exemple, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588).

Les restrictions établies par la Loi modificative ne font qu'empêcher certaines personnes d'avoir accès, aux fins d'exercice d'activités expressives, à la tribune que constitue le poste de conseiller scolaire. Elles ne limitent pas les activités expressives de ceux qui ont accès à cette tribune, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas inéligibles comme conseiller scolaire. Selon moi, les appelants se plaignent du fait « qu'ils n'ont pas accès à un poste de conseiller

issue, although what is restricted is the platform on which that expression may take place rather than the content of the expression. I find that the expressive aspects of school trustee candidacy and school trusteeship are sufficient to continue consideration of whether s. 2(*b*) is violated.

B. *Is a Positive Right Claimed?*

Having decided that expression is involved, it must next be determined whether that expression is protected under s. 2(*b*). As previously observed, s. 2(*b*) is not without limits and not every expressive activity is accorded constitutional protection. Alberta submits that the appellants are claiming a positive right, because the activities at issue exist only by virtue of the school board system set up under the *School Act*, R.S.A. 2000, c. S-3, and the trustee election provisions in the LAEA. The appellants claim that they are not seeking a positive right but simply wish to preserve the legislative *status quo ante* in existence since from at least 1961 until the LAEA Amendments were enacted. They ask for the Court's assistance in respect of what they claim is their negative right to be free from a newly imposed government restraint on their freedom of expression, not in respect of a positive right to a particular platform or benefit to which they previously had no access.

To determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity. Making the case for a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement.

scolaire qui leur permettrait de s'exprimer » et non pas « qu'en tant que conseiller scolaire ils n'ont pas le droit d'exprimer tel ou tel point de vue ». Une activité expressive est en cause, mais les restrictions visent la tribune où peut être exercée la forme d'expression plutôt que le contenu de celle-ci. J'estime que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice d'une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier la poursuite de l'examen de la question de savoir s'il y a violation de l'al. 2*b*).

B. *Est-on en présence de la revendication d'un droit positif?*

34 Ayant conclu qu'une forme d'expression est en cause, nous devons maintenant nous demander si celle-ci est protégée par l'al. 2*b*). Nous avons vu que cette disposition n'a pas une portée illimitée et que la Constitution ne protège pas toute activité expressive. L'Alberta fait valoir que les appelants revendiquent un droit positif, étant donné que les activités concernées n'existent qu'en vertu du système des conseils scolaires établi sous le régime de la *School Act*, R.S.A. 2000, ch. S-3, et des dispositions relatives à l'élection des conseillers prévues par la Loi. Les appelants soutiennent qu'ils ne cherchent pas à obtenir un droit positif, mais simplement à faire rétablir la situation législative ayant existé depuis au moins 1961 jusqu'à l'édiction de la Loi modificative. Ils sollicitent l'aide de la Cour à l'égard de ce qu'ils considèrent être leur droit négatif de ne pas être assujettis à de nouvelles mesures gouvernementales restreignant leur liberté d'expression, et non à l'égard d'un droit positif à une tribune ou à un avantage auxquels ils n'avaient pas accès auparavant.

35 Pour déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d'autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. Pour que nous soyons en présence d'un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu'ils seraient autrement libres d'exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement.

36 The appellants in this case make a claim for the government to legislate to enable expressive activity. Their claim is thus a positive one. The appellants seek access to the statutory platform of school trustee candidacy and school trusteeship. The fact that the appellants had access to this statutory platform prior to the LAEA Amendments cannot convert their claim into a negative one. There is no meaningful distinction in this case between a hypothetical situation where the government for the first time provides for elected school boards with provisions to disqualify school employees from running and serving as trustees, and the present situation where pre-existing legislation has been amended to that end. To hold otherwise would mean that once a government had created a statutory platform, it could never change or repeal it without infringing s. 2(*b*) and justifying such changes under s. 1.

Dans la présente affaire, les appelants demandent au gouvernement de légiférer pour permettre une activité expressive. Ils revendiquent donc un droit positif. Ils cherchent à obtenir l'accès à la tribune d'origine législative que constituent la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction. Le fait qu'ils aient eu accès à cette tribune avant l'entrée en vigueur de la Loi modificative ne saurait transformer le droit qu'ils demandent en un droit négatif. Il n'existe pas en l'espèce de distinction significative entre la situation hypothétique où le gouvernement légiférerait pour la première fois sur l'élection de conseils scolaires en précisant que les employés d'écoles ne peuvent briguer un poste de conseiller ni exercer cette fonction, et la situation actuelle où une loi existante a été modifiée à cette fin. Conclure autrement équivaudrait à dire qu'une fois que le gouvernement a légiféré pour créer une tribune, il ne peut jamais la modifier ou la supprimer sans contrevenir à l'al. 2*b*) et devoir justifier de tels changements au regard de l'article premier.

37 In *Dunmore*, the statutory platform at issue had previously been extended to the claimants and had been withdrawn by amending legislation. The Court in that case nonetheless concluded that the claim presented was one of positive entitlement. The same is true in this case. The appellants had previously been included in the statutory scheme in question. The LAEA Amendments excluded them. They now seek inclusion in an underinclusive statutory scheme, the hallmark of a positive rights claim.

Dans l'arrêt *Dunmore*, l'accès à la tribune d'origine législative en cause avait auparavant été étendu aux demandeurs avant de leur être enlevé par une modification législative. La Cour a néanmoins conclu que le droit revendiqué était un droit positif. Il en va de même en l'espèce. Les appelants étaient auparavant inclus dans le régime législatif en cause. La Loi modificative les en a exclus. Aujourd'hui, ils demandent l'inclusion dans un régime législatif dont le champ d'application est restreint, élément qui est une caractéristique d'une demande visant un droit positif.

38 The appellants are asking this Court in effect to constitutionalize the prior regime. Although school boards play an important role in educational governance by carrying out the mandatory and discretionary duties prescribed to them in Alberta by the *School Act*, they are creatures of the provincial government, and their existence is not constitutionally protected. As this Court held in *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15, at paras. 57-58:

Les appelants demandent en fait à la Cour de constitutionnaliser le régime antérieur. Bien que les conseils scolaires de l'Alberta jouent un rôle important en matière de gestion scolaire en s'acquittant des fonctions obligatoires et facultatives qui leur sont attribuées en Alberta par la *School Act*, les conseils sont des émanations du gouvernement provincial et leur existence n'est pas protégée par la Constitution. Comme l'a indiqué notre Cour dans *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15, par. 57-58 :

Subject to s. 93, public school boards as an institution have no constitutional status.

Campbell J. correctly stated the law in this regard in *Ontario Public School Boards' Assn.*, *supra*, at p. 361:

> Municipal governments and special purpose municipal institutions such as school boards are creatures of the provincial government. Subject to the constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* these institutions have no constitutional status or independent autonomy and the province has absolute and unfettered legal power to do with them as it wills.

See also *Alberta Public Schools*, *supra*, at paras. 33 and 34.

Voting and candidacy rights are explicitly protected in s. 3 of the *Charter* but only in relation to the House of Commons and provincial legislatures. The intervener Public School Boards' Association of Alberta submits that school boards as institutions of local government have constitutional status in the "conventional or quasi-constitutional sense". However, it is not for this Court to create constitutional rights in respect of a third order of government where the words of the Constitution read in context do not do so.

The appellants argued that s. 2(*b*) engages the interest of the receiver as well as the sender of expression and that the LAEA Amendments deprive the receiver of the right to decide to hear school employees' messages, and to decide that a particular school employee is or is not the best candidate to serve as trustee. While it may be true that s. 2(*b*) generally includes a right to receive as well as broadcast expression (see e.g. *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para. 26), just as there is no s. 2(*b*) right of access to statutory platforms, there is no s. 2(*b*) right to receive expression through a particular statutory platform.

Sous réserve de l'art. 93, les conseils des écoles publiques n'ont, à titre d'institutions, aucun statut constitutionnel.

Le juge Campbell a bien énoncé le droit à cet égard dans *Ontario Public School Boards' Assn.*, précité, p. 361 :

> [TRADUCTION] Les administrations municipales et les institutions municipales à vocation particulière comme les conseils scolaires sont des créatures du gouvernement provincial. Sous réserve des limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces institutions n'ont aucun statut constitutionnel ni aucune autonomie indépendante, tandis que la province a le pouvoir juridique absolu et sans réserve de les traiter comme elle l'entend.

Voir aussi *Alberta Public Schools*, précité, par. 33-34.

39 Le droit de voter et celui de se porter candidat sont expressément protégés à l'art. 3 de la *Charte*, mais seulement pour les élections législatives fédérales ou provinciales. L'intervenante Public School Boards' Association of Alberta soutient que les conseils scolaires ont, en tant qu'institutions publiques locales, un statut constitutionnel au [TRADUCTION] « sens conventionnel ou quasi-constitutionnel ». Il n'appartient cependant pas à notre Cour de créer des droits constitutionnels à l'égard d'un troisième ordre de gouvernement lorsque, interprété contextuellement, le texte de la Constitution ne le fait pas.

40 Les appelants font valoir que l'al. 2*b*) met en jeu aussi bien l'intérêt du récepteur du message transmis par la forme d'expression que celui de l'émetteur, et que la Loi modificative a pour effet de priver le récepteur du droit de décider d'entendre les messages des employés d'écoles et de juger si tel ou tel employé est ou n'est pas le meilleur candidat pour un poste de conseiller. Bien que l'al. 2*b*) inclue généralement, il est vrai, autant le droit de recevoir le message exprimé que celui de le diffuser (voir, par exemple, *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 26), il ne reconnaît cependant pas de droit d'accès à des tribunes d'origine législative, ni davantage le droit de recevoir un message exprimé au moyen d'une tribune législative donnée.

41 The appellants argue that s. 2(*b*) would be very limited if it applied only to areas unregulated by statute. However, the distinction between positive and negative rights does not rest on whether expression or activity is unregulated by statute, but rather on whether what is sought is positive government legislation or action as opposed to freedom from government restrictions on activity in which people could otherwise freely engage without government enablement. For example, *Libman* involved a successful challenge of legislation that regulated referendum campaign expenditures by providing that only the agents of official "Yes" or "No" committees were permitted to incur or authorize certain expenditures. Those not part of the official committees were thus unable to make expenditures to, for example, publicize their point of view on the referendum. The Court held that their fundamental freedom of expression to incur expenditures in promoting their views was infringed. The activity, incurring expenditures to promote views on the referendum, was regulated by statute, but the claim was a negative one, to be free from statutory restrictions on incurring such expenditures. Thus, the fact that a matter is regulated by statute is not what limits s. 2(*b*) protection. What is limited is a right to a platform under the statute.

Les appelants soutiennent que l'al. 2*b*) n'aurait qu'une portée très limitée s'il ne s'appliquait qu'aux domaines non régis par des textes législatifs. La distinction entre droits positifs et droits négatifs n'a cependant rien à voir avec le fait que le mode d'expression ou l'activité soit ou non réglementé par la loi. Il s'agit de savoir si on cherche à obtenir une mesure législative ou une action positive du gouvernement plutôt qu'à ne pas être assujetti à des restrictions gouvernementales à l'égard d'activités qui autrement pourraient être exercées librement sans besoin d'être habilités à le faire par l'État. Dans *Libman*, par exemple, on a contesté avec succès des dispositions législatives qui régissaient les dépenses faites dans le cadre d'une campagne référendaire et selon lesquelles seuls les agents officiels des comités du « oui » et du « non » pouvaient engager ou autoriser certaines dépenses. Les personnes ne faisant pas partie des comités officiels ne pouvaient pas, de ce fait, effectuer des dépenses pour faire connaître leur point de vue sur le référendum. La Cour a conclu qu'on avait porté atteinte à la liberté d'expression fondamentale de ces personnes d'engager des dépenses pour promouvoir leur point de vue. L'activité — engager des dépenses pour promouvoir un point de vue sur le référendum — était réglementée par la loi, mais le droit revendiqué était un droit négatif : ne pas être assujetti aux restrictions légales relatives à l'engagement de telles dépenses. Ainsi, le fait qu'une question soit régie par un texte législatif n'est pas ce qui limite la protection de l'al. 2*b*). Ce qui est limité est le droit à une tribune relevant du texte législatif.

42 The appellants submit that their claim should have been considered under the *Irwin Toy* test and that the Court of Appeal wrongly applied *Haig* to their case. They argue that the Court of Appeal's approach would allow Alberta to enact legislation forbidding school trustees from criticizing government underfunding of schools. However, challengers to such a law would not be seeking access to a statutory platform. They would be seeking freedom from a constraint placed upon their expression, a typically negative right. Their prior ability to criticize government underfunding would be by virtue, not of their school trusteeship, but their underlying freedom of expression. Their complaint

Les appelants prétendent que leur demande aurait dû être examinée au regard du critère établi dans *Irwin Toy*, mais que la Cour d'appel a à tort appliqué l'arrêt *Haig* à leur situation. L'approche adoptée par la Cour d'appel permettrait selon eux à l'Alberta d'adopter une loi interdisant aux conseillers scolaires de critiquer le sous-financement des écoles par le gouvernement. Toutefois, ceux qui contesteraient une telle mesure législative chercheraient non pas à avoir accès à une tribune d'origine législative, mais plutôt à ne pas être assujettis à une contrainte touchant leur liberté d'expression — un droit négatif typique. La faculté qu'ils auraient eue jusque-là de critiquer le sous-financement gouvernemental

would not be that the legislation is underinclusive and thus would not be considered under the *Haig* line of authority. The case at bar is different. The Court of Appeal was correct in looking to the line of authority based on *Haig* when what was sought was access to a statutory platform.

C. *Are the Dunmore Factors Met Here?*

Having determined that the appellants are making a positive claim that the government legislate their inclusion into the platform of school trusteeship, the question is whether their claim meets the grounds for an exception to the general rule that s. 2(*b*) only protects from government interference. This involves a consideration of the three factors identified by Bastarache J. in *Dunmore* as stated above.

First, claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. In this case, the appellants assert the right to run for election and to serve as school trustees. The appellants argue that the unique role of a school trustee means that when a teacher seeks to be able to run as a school trustee it is a fundamental freedom. However, claiming a unique role is not the same as claiming a fundamental freedom. The appellants' claim, as they have articulated it, is grounded in access to the particular statutory regime of school trusteeship. As such it would not meet the first of the *Dunmore* criteria.

Even if the appellants could meet the first *Dunmore* factor, they would fail at the second. Under the second *Dunmore* criterion, the claimant must demonstrate that exclusion from a statutory

découlerait non pas de leur poste de conseiller scolaire, mais de leur liberté d'expression sous-jacente. Comme leur plainte ne reprocherait pas à la loi d'avoir un champ d'application trop restreint, elle ne serait donc pas examinée au regard de la jurisprudence découlant de l'arrêt *Haig*. La présente affaire est différente. La Cour d'appel a eu raison de se reporter au courant jurisprudentiel fondé sur l'arrêt *Haig*, car ce qui était recherché c'était l'accès à une tribune d'origine législative.

C. *Les conditions établies dans Dunmore sont-elles remplies en l'espèce?*

43 Maintenant qu'il a été jugé que les appelants revendiquent un droit positif, à savoir que le gouvernement leur donne, par voie législative, accès à la tribune que constituent les conseils scolaires, il faut se demander si cette demande satisfait aux critères susceptibles de justifier une exception à la règle générale selon laquelle l'al. 2*b*) n'accorde sa protection qu'à l'égard de l'ingérence du gouvernement. Il est nécessaire pour cela d'examiner les trois conditions mentionnées par le juge Bastarache dans *Dunmore*, qui ont été décrites plus haut.

44 Premièrement, ceux qui contestent le caractère non inclusif d'une mesure législative devraient fonder leur demande sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. En l'espèce, les appelants revendiquent le droit de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction. Ils soutiennent que, en raison du rôle tout à fait particulier du conseiller scolaire, l'enseignant qui souhaite avoir la possibilité de poser sa candidature à un poste de conseiller scolaire revendique une liberté fondamentale. Or, revendiquer un rôle tout à fait particulier n'est pas la même chose que revendiquer une liberté fondamentale. La demande des appelants, telle qu'ils l'ont formulée, se fonde sur l'accès à un régime légal précis, celui des conseils scolaires. Pour cette raison, elle ne satisferait pas au premier critère énoncé dans *Dunmore*.

45 Même si les appelants étaient en mesure de satisfaire au premier critère de l'arrêt *Dunmore*, ils ne parviendraient pas à satisfaire au deuxième, qui oblige le demandeur à démontrer que le fait d'être

regime has the effect of a substantial interference with activity protected under s. 2. The question is whether the LAEA Amendments substantially interfere with the appellants' freedom to express themselves on matters related to the education system.

46 I agree with Sulyma J., the chambers judge, that the effect of the LAEA Amendments will in many cases amount to school employees being practically excluded from school trusteeship. School employees may be unable to afford to resign from their posts in order to serve as trustees. However, the question remaining is whether this exclusion substantially interferes not with *being* a trustee, but with *expression* on matters related to the education system.

47 The appellants submit that there are no "alternatives" to the forms of expression they would enjoy by standing for election to the office of school trustee and serving in that role. Alberta claims that every school employee remains free to express him or herself in relation to school board operations in a myriad of other ways. Such persons, it submits, can participate and make presentations at school board meetings, lobby trustees, sit on school councils, write letters to newspapers, give media interviews, and write to MLAs and other public officials.

48 In my view, the appellants have not established that their practical exclusion from school trusteeship substantially interferes with their ability to express themselves on matters relating to the education system. The LAEA Amendments may deprive them of one particular means of expression, but it has not been demonstrated that absent inclusion in this statutory scheme, they are unable to express themselves on education issues. As Bastarache J. noted in *Delisle* at para. 41, diminished effectiveness in the conveyance of a message does not mean that s. 2(*b*) is violated. There must be substantial interference with the fundamental freedom. School employees may express themselves in many ways

exclu d'un régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'art. 2. La question est de savoir si les modifications apportées par la Loi modificative contreviennent substantiellement à la liberté des appelants de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation.

À l'instar de la juge en chambre Sulyma, j'estime que les modifications apportées par la Loi modificative auront dans de nombreux cas pour effet d'exclure à toutes fins utiles des conseils scolaires les employés d'écoles, puisque ceux-ci n'ont pas nécessairement les moyens de quitter leur emploi pour exercer la fonction de conseiller. Toutefois, il reste à se demander si cette exclusion constitue une entrave substantielle, non pas à *l'exercice* de la fonction de conseiller, mais bien à la *liberté d'expression* sur les questions touchant le système d'éducation.

Selon les appelants, il n'existe pas de « solutions de rechange » aux formes d'expression dont ils bénéficieraient en se portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction. L'Alberta soutient pour sa part que tous les employés d'écoles demeurent libres de s'exprimer d'une foule d'autres façons sur les activités des conseils scolaires. Ils peuvent, dit-elle, participer aux réunions des conseils scolaires et y faire des présentations, faire du lobbying auprès des conseillers, siéger aux comités d'écoles, envoyer des lettres aux journaux, donner des entrevues aux médias, écrire aux députés provinciaux et aux fonctionnaires.

À mon avis, les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation. La Loi modificative les prive peut-être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Comme l'a indiqué le juge Bastarache dans l'arrêt *Delisle*, au par. 41, une transmission moins efficace du message ne signifie pas que l'al. 2*b*) est violé. Il doit exister une entrave substantielle à une liberté fondamentale. Les employés d'écoles peuvent s'exprimer de bien d'autres façons qu'en se

other than through running for election as, and serving as, a school trustee.

While the chambers judge mentioned the "uniqueness" of running for election and trusteeship as a form of expression and that the LAEA Amendments "drastically impair" freedom of expression, this was in the context of her s. 1 analysis (paras. 155 and 157). Having found, in error, that school trusteeship and candidacy were protected expression, her findings on the "uniqueness" of trusteeship were in respect of whether that specific form of expression was minimally impaired. However, the analysis under the second *Dunmore* factor involves a different question. The inquiry is whether *freedom of expression on educational matters*, as a more generally defined fundamental freedom under s. 2(*b*), is substantially interfered with by exclusion from school trusteeship. As stated above, the appellants' ability to be a candidate and serve as a school trustee *is* significantly impaired by the legislation. But school trusteeship in itself is not a protected freedom.

In their factum in this Court, the appellants made brief reference to the purpose of the legislation as infringing s. 2(*b*): "Alberta's purpose was to restrain the Appellants' expressive activities" (para. 60). If it were shown that the purpose of any legislation was to substantially interfere with the exercise of freedom of expression, and not merely a purpose of excluding a group from a particular statutory regime, that legislation might violate s. 2(*b*). As Dickson J. for the majority in *Big M Drug Mart* stated, at p. 334, effects can never be relied on to save legislation with an invalid purpose.

portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction.

49 Bien que la juge en chambre ait souligné le [TRADUCTION] « caractère tout à fait particulier », en tant que forme d'expression, du fait de briguer un poste de conseiller scolaire et de l'exercice de cette fonction, et ait exprimé l'avis que la Loi modificative « porte considérablement atteinte » à la liberté d'expression, elle l'a fait dans le contexte de son analyse fondée sur l'article premier (par. 155 et 157). Ayant à tort conclu que l'exercice de la fonction de conseiller scolaire et le fait de briguer un tel poste étaient des formes d'expression protégées, ses conclusions concernant le « caractère tout à fait particulier » de la fonction de conseiller scolaire portaient sur la question de savoir s'il avait été porté atteinte de façon minimale à cette forme précise d'expression. Son analyse au regard du deuxième critère établi dans l'arrêt *Dunmore* soulève toutefois une question différente — celle de savoir si la *liberté d'expression sur la question touchant l'éducation*, à titre de liberté fondamentale définie d'une façon plus générale et garantie par l'al. 2*b*), est entravée d'une façon substantielle par le fait d'être exclu de la fonction de conseiller scolaire. Comme il a été précisé plus tôt, la capacité des appelants de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction *subit* une atteinte importante du fait des dispositions législatives en cause. Mais l'exercice de la fonction de conseiller scolaire n'est pas en soi une liberté protégée.

50 Dans le mémoire qu'ils ont présenté à la Cour, les appelants mentionnent brièvement que l'objet du texte législatif en cause contrevient à l'al. 2*b*) : [TRADUCTION] « l'objectif de l'Alberta était de restreindre les activités d'expression des appelants » (par. 60). Dans les cas où il est démontré qu'une loi avait pour objet d'entraver d'une façon substantielle l'exercice de la liberté d'expression, et non simplement d'exclure un groupe d'un régime légal précis, il est alors possible que cette loi contrevienne à l'al. 2*b*). Pour reprendre les termes employés par le juge Dickson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, les effets d'une loi ne peuvent jamais être invoqués pour sauvegarder la validité de celle-ci lorsque son objet n'est pas légitime (p. 334).

51 However, the appellants did not support their claim of improper purpose with reference to specific evidence. Elsewhere in their factum they allege that conflict of interest, Alberta's asserted purpose for the legislation, was "simply the 'straw man' to excuse the draconian provisions of the [LAEA Amendments]" (para. 7). In that context they say that the amendments were introduced "hard on the heels of a series of strikes by teachers . . . and a government back-to-work order" that was struck down by the Court of Queen's Bench (para. 8).

Les appelants n'ont toutefois pas invoqué d'éléments de preuve précis au soutien de leur argument fondé sur le caractère illégitime de l'objet des dispositions législatives. Dans un autre passage de leur mémoire, ils prétendent que la prévention des conflits d'intérêts — l'objet de la loi selon l'Alberta — était [TRADUCTION] « simplement le "prétexte" invoqué pour justifier les dispositions draconiennes [de la Loi modificative] » (par. 7). Dans ce contexte, les appelants affirment que les modifications ont été adoptées [TRADUCTION] « juste après une série de grèves d'enseignants [. . .] et un ordre de retour au travail donné par le gouvernement » qui a été annulé par la Cour du Banc de la Reine (par. 8).

52 On the other hand, as indicated, Alberta submits that the purpose of the amendments was avoidance of conflict of interest. Alberta referred to occasions on which the appellants, Ollenberger, McNiff and Baier recused themselves from discussions and voting on collective agreements and salary negotiations.

Comme nous l'avons vu, l'Alberta soutient quant à elle que les modifications avaient pour objet de prévenir les conflits d'intérêts. Elle a mentionné qu'il était arrivé aux appelants Ollenberger, McNiff et Baier de se récuser lors de discussions et de votes sur des conventions collectives et des négociations salariales.

53 The chambers judge found "the purpose of the *LAEA* Amendments . . . does not infringe s. 2(b) as the legislation is meant to protect the democratic process by ensuring the business of school boards can be carried on without concerns about conflicts of interest" (para. 79). The party alleging improper purpose has the onus of demonstrating that to be true (*Delisle*, at para. 76, *per* Cory and Iacobucci JJ.). If there is a connection between the strike, the back to work order and the purpose of the legislation, it is, without more, attenuated. On this basis, I would not interfere with the findings of the chambers judge on this point.

La juge en chambre a conclu que [TRADUCTION] « l'objet de la Loi modificative [. . .] ne contrevient pas à l'al. 2b) puisque les mesures législatives visent à protéger le processus démocratique en faisant en sorte que les conseils scolaires puissent s'acquitter de leur mission sans s'inquiéter de possibles conflits d'intérêts » (par. 79). La partie qui invoque le caractère illégitime de l'objet de la loi contestée a le fardeau d'en faire la preuve (*Delisle*, par. 76, les juges Cory et Iacobucci). S'il existe un lien entre la grève, l'ordre de retour au travail et l'objet des mesures législatives, il est, en l'absence d'éléments de preuve, plutôt mince. Pour cette raison, je ne modifierais pas les conclusions de la juge en chambre à cet égard.

54 The appellants have not met the evidentiary burden of demonstrating that exclusion from the statutory regime permits a substantial interference with their freedom of expression on school board issues or education generally. Rather they seek a particular channel of expression. Nor have the appellants proved that the purpose of the LAEA Amendments was to infringe their freedom of expression. Therefore, their claim does not meet

Les appelants ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait de prouver que leur exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à leur liberté de s'exprimer sur les questions touchant les conseils scolaires ou l'éducation en général. Ils revendiquent plutôt un mode d'expression particulier. Ils n'ont pas non plus prouvé que les modifications apportées par la Loi modificative avait pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression.

the second *Dunmore* factor. Because the appellants have not established a substantial interference with their ability to exercise their freedom of expression, it is unnecessary to consider the third *Dunmore* factor.

Par conséquent, leur demande ne satisfait pas au deuxième critère énoncé dans l'arrêt *Dunmore*. Comme les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*.

55 In finding against the appellants here, I leave open the possibility that there may be exceptional situations where exclusion from a statutory platform interferes substantially with fundamental freedom of expression and meets the *Dunmore* criteria. While s. 2(*b*) does not give a right to a specific statutory platform, so that restricting access to such a platform will not generally offend s. 2(*b*), and while *Dunmore* itself was decided under s. 2(*d*) rather than s. 2(*b*), there may be exceptional cases where exclusion from a platform so substantially interferes with freedom of expression that it may infringe s. 2(*b*). However, the case at bar is not such a case.

55 Quoique je rende une conclusion défavorable aux appelants en l'espèce, je n'écarte pas la possibilité qu'il puisse survenir des situations exceptionnelles où l'exclusion de certaines personnes d'une tribune d'origine législative entraverait d'une façon substantielle leur liberté d'expression fondamentale et satisferait aux critères établis dans l'arrêt *Dunmore*. Bien que l'al. 2*b*) ne confère pas un droit à une tribune d'origine législative en particulier, de sorte que la restriction de l'accès à une telle tribune ne portera généralement pas atteinte à l'al. 2*b*), et bien que l'arrêt *Dunmore* lui-même ait été tranché en fonction de l'al. 2*d*) et non de l'al. 2*b*), il pourrait en effet se présenter des cas exceptionnels où le fait d'exclure des personnes d'une tribune constituerait une entrave substantielle telle à leur liberté d'expression que l'exclusion de ces personnes pourrait violer l'al. 2*b*). Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

D. *Interrelationship of Charter Rights*

D. *Interrelation des droits garantis par la Charte*

56 LeBel J. characterizes the appellants' claim as the "right to take part in the management of Alberta's local education systems", although he concedes that "significant aspects of the role of a school trustee involve . . . expressive activities [which] belong in large part to the class of political expression" (para. 75). Despite this, he argues that freedom of expression is not engaged where the activity is "running for office and serving as a trustee on a school board" because what is fundamentally being claimed is a democratic right not protected by the *Charter*. I understand his idea to be that because the democratic rights enshrined in s. 3 of the *Charter* extend only to Parliamentary and legislative elections, the *Charter* does not protect the right to participate in other elections.

56 Le juge LeBel qualifie le droit revendiqué par les appelants de « droit de participation à la direction des administrations scolaires locales en Alberta », bien qu'il reconnaisse que « [c]ertains aspects importants du rôle de conseiller scolaire impliquent [. . .] [d]es activités expressives [qui] appartiennent dans une large mesure à une catégorie de formes d'expression politique » (par. 75). Malgré cela, il affirme que la liberté d'expression n'est pas en jeu lorsque l'activité dont il est question est « de briguer un poste de conseiller scolaire et [. . .] d'exercer cette fonction », parce que, fondamentalement, ce qui est revendiqué est un droit démocratique non protégé par la *Charte*. Si je comprends bien cet argument, comme les droits démocratiques constitutionnalisés à l'art. 3 de la *Charte* ne s'appliquent qu'aux élections législatives fédérales et provinciales, la *Charte* ne protège pas de droit de participer à d'autres élections.

57 I agree with LeBel J. that the appellants' claim could be characterized as a claim for a democratic right. However, it does not follow that s. 2(*b*) is not engaged. In *Haig*, the right to vote in a referendum was held not to be protected under s. 3. Notwithstanding the unsuccessful s. 3 claim, voting was held to be a form of expression (at p. 1040) and the claim was considered under s. 2(*b*). This approach was followed in *Siemens*, a unanimous decision of this Court (para. 41). Under LeBel J.'s approach, the Court would have held in each of these cases that at its foundation, the claim was for a democratic right which the *Charter* did not protect. Thus, the expressive aspects of voting would have been irrelevant and there would have been no consideration under s. 2(*b*).

58 As LeBel J. concedes, *Charter* rights overlap and cannot be pigeonholed. The interrelationship between the *Charter*'s various rights and freedoms is a long-standing principle that informs *Charter* analysis. As the Court noted in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326:

> Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete. . . . Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que la demande des appelants peut être qualifiée de revendication d'un droit démocratique. Cependant, il ne s'ensuit pas que l'al. 2*b*) ne s'applique pas. Dans l'arrêt *Haig*, il a été jugé que le droit de voter à un référendum n'était pas protégé par l'art. 3. Malgré le rejet de la prétention fondée sur l'art. 3, le droit de voter a été considéré constituer une forme d'expression (p. 1040) et la demande a été examinée au regard de l'al. 2*b*). Cette démarche a été suivie dans l'arrêt *Siemens*, une décision unanime de notre Cour (par. 41). Conformément à l'analyse du juge LeBel, la Cour aurait dans chacun de ces cas conclu que, fondamentalement, la demande sollicitait un droit démocratique qui n'était pas protégé par la *Charte*. En conséquence, les aspects expressifs du droit de vote n'auraient pas été pertinents et il n'y aurait pas eu d'examen fondé sur l'al. 2*b*).

Comme le reconnaît le juge LeBel, les droits garantis par la *Charte* se chevauchent et ne peuvent pas être compartimentés. L'interrelation des divers droits et libertés garantis par la *Charte* est un principe établi depuis longtemps dont il faut tenir compte dans l'analyse de ce texte. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326 :

> Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [. . .] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Accordingly, the scope of one *Charter* right does not circumscribe the scope of another. As La Forest J., writing for himself, Sopinka and Gonthier JJ., articulated in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320:

> [A] person is not deprived of protection under a provision of the *Charter* merely because protection may also be derived under another. The rights overlap in defining Canadian society, and I see no reason for depriving a litigant of success because he has chosen one provision that legitimately appears to cover the matter of which he or she complains, rather than another. That would often be the effect if the individual rights and freedoms were construed as discrete rather than overlapping.

The right to run for elected office is a right protected by s. 3 in the case of legislatures and Parliament. However, s. 3 does not "occupy the field" just because the right claimed in this case involves standing for election. Where both ss. 3 and 2(*b*) are implicated, *each* right must be given effect: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 80, *per* Bastarache J. A finding that s. 3 does not apply does not foreclose consideration of a claim under s. 2(*b*). LeBel J.'s approach strays from the long-standing recognition of the overlapping relationship of various *Charter* rights by using s. 3 to read down the scope of s. 2(*b*) of the *Charter*.

Nevertheless, for the reasons I have given, I would not find a s. 2(*b*) violation in this case. The consistent approach of this Court has been to characterize a claim such as the appellants' as a claim to a platform for expression, which engages s. 2(*b*). The platform approach strikes an appropriate balance by maintaining this Court's traditional broad approach to freedom of expression, without constitutionalizing a positive obligation on governments to provide platforms of expression except in unusual circumstances. I have found that such unusual

Par conséquent, le champ d'application d'un droit reconnu par la *Charte* ne délimite pas le champ d'application d'un autre droit. Comme l'a expliqué le juge La Forest, qui s'exprimait alors pour lui-même et pour les juges Sopinka et Gonthier, dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 320 :

> [O]n ne saurait être privé de la protection garantie par une disposition de la *Charte* pour la simple raison que cette protection peut également découler d'une autre disposition. Il y a chevauchement des droits dans la société canadienne, et je ne vois aucune raison de refuser gain de cause à un justiciable qui a choisi d'invoquer une disposition qui paraît légitimement viser l'objet de sa plainte plutôt qu'une autre. Or tel serait souvent le cas si l'on interprétait les droits et libertés individuels comme distincts plutôt que comme se chevauchant.

59 Le droit de porter candidat à une élection est protégé par l'art. 3 pour ce qui est des élections fédérales et provinciales. Toutefois, l'art. 3 n'« occupe pas tout le champ » du seul fait que le droit revendiqué porte sur l'éligibilité à des élections. Dans les cas où tant l'art. 3 que l'al. 2*b*) sont concernés, il faut donner effet à *chaque* droit : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 80, le juge Bastarache. Le fait de conclure à l'inapplicabilité de l'art. 3 ne fait pas obstacle à l'examen d'une demande fondée sur l'al. 2*b*). L'analyse du juge LeBel déroge à la reconnaissance de longue date des chevauchements qui existent entre les divers droits garantis par la *Charte*, en ce qu'elle utilise l'art. 3 pour réduire le champ d'application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

60 Néanmoins, pour les raisons que j'ai exposées, je n'estime pas qu'il y a violation de l'al. 2*b*) en l'espèce. Les demandes du genre de celle présentée par les appelants ont constamment été qualifiées par notre Cour de demandes sollicitant une tribune d'expression, demandes qui sont visées par l'al. 2*b*). L'analyse relative aux tribunes d'expression permet d'établir un juste équilibre en maintenant la démarche générale traditionnelle appliquée par la Cour à l'égard de la liberté d'expression, sans pour autant constitutionnaliser une obligation positive imposant

circumstances are not present in the appellants' case.

E. *Conclusion on Section 2(b)*

61 The appellants' claim is one of access to a statutory platform. It does not meet the criteria set out in *Dunmore* to warrant an exception to the general rule that freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* does not grant the right to a statutorily created platform for expression. The appellants' s. 2(*b*) claim must therefore be dismissed.

Question 2

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

62 As s. 2(*b*) is not infringed, there is no need to consider s. 1.

Question 3

Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

63 The appellants submit that the LAEA Amendments violate s. 15(1) of the *Charter* by infringing their right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination on the alleged analogous ground of occupational status. There is no need to describe here the steps in a s. 15(1) analysis, which were elaborated by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, at paras. 21-87, and summarized at para. 88, and have been reiterated in many cases since. Applying this approach, I find that there is differential treatment of school employees under the LAEA Amendments, as compared with the comparator group identified by the appellants, which consists of municipal employees. However, this differential treatment is not based on an enumerated or analogous ground.

aux gouvernements de fournir des tribunes d'expression sauf en cas de circonstances inhabituelles. Je conclus que la situation des appelants ne présente pas de telles circonstances inhabituelles.

E. *Conclusion quant à l'al. 2b)*

Les appelants sollicitent l'accès à une tribune d'origine législative. Cette demande ne satisfait pas aux critères énoncés dans *Dunmore* et ne justifie pas de déroger à la règle générale selon laquelle la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte* n'accorde pas un droit d'accès à une tribune créée par la loi pour favoriser l'expression. Par conséquent, la demande des appelants fondée sur l'al. 2*b*) doit être rejetée.

Question 2

Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu l'absence de violation de l'al. 2*b*), il n'est pas nécessaire de considérer l'article premier.

Question 3

Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les appelants soutiennent que les modifications apportées par la Loi modificative violent le par. 15(1) de la *Charte* en portant atteinte à leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur le motif analogue que constitue, selon eux, le statut professionnel. Il est inutile de décrire les étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le juge Iacobucci a exposées en détail dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, aux par. 21-87, puis résumées au par. 88, et qui ont été réitérées dans de nombreux arrêts depuis. Appliquant cette analyse, je conclus que la Loi modificative traite différemment les employés d'écoles et le groupe de comparaison retenu par les appelants, les employées municipaux, mais que ce traitement différent n'est pas fondé sur un motif énuméré ou analogue.

In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13, McLachlin J. (as she then was) and Bastarache J. for the majority discussed how to identify analogous grounds:

> What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. . . . Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

They also stated at para. 8 that analogous grounds "stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination".

I cannot find any basis for identifying occupational status as an analogous ground on the evidence presented in this case. Neither the occupational status of school employees nor that of teachers have been shown to be immutable or constructively immutable characteristics. School employees cannot be characterized as a discrete and insular minority. The appellants have not established that the occupational status of school employees is a constant marker of suspect decision making or potential discrimination.

In *Delisle*, Bastarache J. for the majority, at para. 44, held:

64 Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le juge Bastarache, qui s'exprimaient au nom de la majorité, ont expliqué à quoi peuvent se reconnaître des motifs analogues :

> En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle [. . .] D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

Ils ont ajouté, au par. 8, que les motifs analogues « constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle ».

65 Je ne vois aucune raison, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, de considérer le statut professionnel comme un motif analogue. On n'a pas démontré que le statut professionnel des employés d'écoles ou celui des enseignants constituait une caractéristique immuable ou considérée immuable. On ne saurait non plus qualifier les employés d'écoles de minorité distincte et isolée. Les appelants n'ont pas établi que le statut professionnel des employés d'écoles est un indicateur permanent de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle.

66 Dans l'arrêt *Delisle*, le juge Bastarache, qui s'exprimait alors pour la majorité, a écrit ceci au par. 44 :

. . . the appellant has not established that the professional status or employment of RCMP members are analogous grounds. It is not a matter of functionally immutable characteristics in a context of labour market flexibility. A distinction based on employment does not identify, here, "a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality" (*Corbiere*, at para. 8), in view in particular of the status of police officers in society.

It has not been demonstrated that this reasoning with respect to RCMP officers should not apply to teachers and other school employees.

67 I agree with Costigan J.A. for the Court of Appeal that the appellants have failed to establish that the LAEA Amendments infringe s. 15(1).

Question 4

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

68 As s. 15 is not infringed, there is no need to consider s. 1.

VIII. Conclusion

69 The appeal should be dismissed with costs.

The reasons of Bastarache, LeBel and Abella JJ. were delivered by

70 LEBEL J. — I have read the reasons of my colleagues Rothstein and Fish JJ. While I agree with Rothstein J. that this appeal must be dismissed, I reach this conclusion for different reasons. With respect, I cannot agree that this case engages the protection of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in my view, the appellants' claim must therefore fail.

71 I need not summarize the facts of this case or details of the *School Trustee Statutes Amendment*

. . . l'appelant n'a pas établi que le statut professionnel ou l'emploi des membres de la GRC sont des motifs analogues. Il ne s'agit pas de caractéristiques fonctionnellement immuables dans un contexte de fluidité du marché du travail. La distinction fondée sur l'emploi n'indique pas, ici, « qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle » (*Corbiere*, au par. 8), compte tenu notamment du statut de policier dans la société.

Il n'a pas été démontré que ce raisonnement concernant les agents de la GRC ne devrait pas s'appliquer aux enseignants et autres employés d'écoles.

À l'instar du juge Costigan de la Cour d'appel, j'estime que les appelants n'ont pas établi que les modifications apportées par la Loi modificative contreviennent au par. 15(1).

Question 4

Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu l'absence de violation de l'art. 15, il n'est pas nécessaire de considérer l'article premier.

VIII. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL — J'ai lu les motifs de mes collègues Rothstein et Fish. À l'instar du premier, je suis d'avis que le présent pourvoi doit être rejeté, mais j'arrive à cette conclusion pour des motifs différents. En toute déférence, je ne crois pas que la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* soit en jeu dans la présente affaire et, pour cette raison, la demande des appelants doit à mon avis être rejetée.

Il n'est pas nécessaire que je résume les faits de l'affaire, les dispositions de la *School Trustee*

Act, 2002, S.A. 2002, c. 23 ("LAEA Amendments"), and the legislative scheme at issue in this appeal. They have been discussed thoroughly in my colleagues' comprehensive reasons.

Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »), et le régime législatif en cause dans le présent pourvoi. Mes collègues en ont traité de façon approfondie dans leurs motifs détaillés.

As I see it, the appellants claim a right to participate in a political and managerial function in a democratically elected public body, namely a school board. The question that must be asked is whether the constitutional guarantee of freedom of expression protects a right to run for office as a school trustee and, if elected, to take part in the management of the school board. In my view it does not, despite the undeniable breadth of the guaranteed freedom. It should be noted that no right is asserted under s. 3 of the *Charter*.

72 Selon moi, les appelants demandent le droit de participer, dans un rôle politique et un rôle de direction, aux activités d'un organisme public composé de représentants démocratiquement élus, à savoir un conseil scolaire. La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la liberté d'expression garantie par la Constitution protège le droit des intéressés de briguer un poste de conseiller scolaire et, s'ils sont élus à de tels postes, de participer à la direction du conseil scolaire. Ce n'est pas le cas à mon avis, en dépit de la large portée que possède indéniablement cette liberté. Il convient de signaler qu'aucun droit n'est invoqué en vertu de l'art. 3 de la *Charte*.

This Court has adopted and employed a very expansive definition of expression. In the seminal case on freedom of expression, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968, the majority of the Court explained that "[a]ctivity is expressive if it attempts to convey meaning". That meaning is the content of expression, and s. 2(*b*) protects expressive activities from government-imposed restrictions on content. The protection provided by the s. 2(*b*) guarantee is based on communication. There must be a communicative purpose for an act to qualify as protected expression: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8.

73 Notre Cour a adopté et utilisé une définition très large de la notion d'« expression ». Dans l'arrêt décisif sur la liberté d'expression *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968, la majorité de la Cour a expliqué qu'une « activité est expressive si elle tente de transmettre une signification ». La signification est le contenu de l'expression et l'al. 2*b*) protège les activités expressives contre les restrictions imposées par l'État quant au contenu. La protection offerte par la garantie établie à l'al. 2*b*) est basée sur la notion de communication. Pour qu'un acte puisse être considéré comme une expression protégée, il doit y avoir un objectif de communication : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8.

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the majority of this Court rejected an approach under which the scope of s. 2(*b*) would be narrowed to accommodate the exercise of another *Charter* right (see also *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, *per* Dickson C.J.). *Keegstra* concerned hate speech, which can be considered "pure expression" despite its nature and low value. Any attempt to restrict the scope of s. 2(*b*) in that case would have improperly targeted

74 Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, la majorité de notre Cour a rejeté une approche prônant le resserrement de la portée de l'al. 2*b*) afin de permettre l'exercice d'un autre droit prévu par la *Charte* (voir également *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, le juge en chef Dickson). L'arrêt *Keegstra* portait sur le discours haineux, lequel peut être considéré comme une « expression pure », malgré sa nature et sa valeur médiocre. Toute tentative en vue

the content of expression. It was therefore more appropriate to balance s. 2(*b*) against the guarantee of equality (s. 15) and the recognition of multiculturalism (s. 27) at the s. 1 stage.

de restreindre la portée de l'al. 2*b*) dans ce cas aurait porté atteinte de façon inacceptable au contenu de l'expression. Aussi valait-il mieux mettre en balance l'al. 2*b*) avec la garantie d'égalité (art. 15) et la reconnaissance du multiculturalisme (art. 27) à l'étape de l'analyse relative à l'article premier.

75 The situation in the case at bar is different. The activities at issue are running for office and serving as a trustee on a school board. No doubt some significant aspects of the role of a school trustee involve the communication of ideas about education and the operation of schools. However, that content of expression is not affected by the LAEA Amendments. At its foundation, the appellants' claim concerns a democratic right that the *Charter* does not protect. These expressive activities belong in large part to the class of political expression that this Court has held to be deserving of the highest protection. But political expression is not at issue in the present appeal. The LAEA Amendments' ban on school employees running for office and serving as school trustees does not prevent them from expressing views on any subject, let alone education. What they are being deprived of is not freedom of expression but a claimed right to take part in the management of Alberta's local education systems. In my view, that is not what is contemplated by freedom of expression.

La situation diffère en l'espèce. Les activités en cause sont la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et celle d'exercer cette fonction. Certains aspects importants du rôle de conseiller scolaire impliquent indubitablement la communication d'idées au sujet de l'éducation et du fonctionnement des écoles. Cependant, la Loi modificative ne porte pas atteinte au contenu de cette forme d'expression. À sa base même, la demande des appelants concerne un droit démocratique non protégé par la *Charte*. Ces activités expressives appartiennent dans une large mesure à une catégorie de formes d'expression politique qui, comme l'a jugé notre Cour, méritent la plus haute protection dans une démocratie. Mais ce n'est pas d'expression politique dont il est question ici. L'interdiction faite par la Loi modificative aux employés d'écoles de briguer des postes de conseillers scolaires et d'exercer cette fonction n'empêchent pas ces personnes d'exprimer des opinions sur quelque sujet que ce soit, particulièrement l'éducation. Elles ne sont pas privées de la liberté d'expression mais d'un prétendu droit de participation à la direction des administrations scolaires locales en Alberta. À mon avis, ce n'est pas ce qui est envisagé par la liberté d'expression.

76 Nearly everything people do creates opportunities for expression if "expression" is viewed expansively enough. Other *Charter* rights and freedoms concern activities that could be characterized as expressive. At some point, one must question whether the guarantee of freedom of expression should be viewed so broadly that every human activity with a communicative content might be swept under it. The recourse to the notion of "platforms of expression" and the reliance on the sometimes delicate distinction between positive and negative rights evidence the concerns arising from such a broad definition of freedom of expression and application of s. 2(*b*) of the *Charter*.

La quasi-totalité des activités humaines créent des possibilités d'expression, si l'on donne une acception suffisamment large au mot « expression ». D'autres droits et libertés garantis par la *Charte* ont trait à des activités qui pourraient être qualifiées d'expressives. Il vient un moment où il faut se demander si la garantie devrait vraiment être conçue en termes si généraux qu'elle pourrait englober toute activité humaine ayant un contenu de communication. Le recours à la notion de « tribunes » et le fait de se fonder sur la distinction parfois délicate entre droits positifs et droits négatifs témoignent du malaise suscité par une telle définition et une telle application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Courts should neither hope nor seek to pigeonhole *Charter* rights, which are usually broad and often overlapping. Nevertheless, they are not formless and boundless. Each of them has a part to play within the broad framework of the *Charter*. In the end, it is necessary to determine what the claim is actually about and whether the asserted right is applicable to it. Viewed realistically, the purpose of the claim in the instant case is to secure constitutional protection for a right to be elected to a management role in the local education system of the province of Alberta, but this falls outside the scope of the *Charter* unless the equality rights of s. 15 are engaged. On this last point, I agree that the appellants have not made out their claim of a breach of equality rights in the circumstances of this case.

77 Les tribunaux ne devraient pas essayer de compartimenter les droits prévus par la *Charte*, ni espérer pouvoir le faire. Il s'agit de droits qui possèdent habituellement une large portée et qui, souvent, se recoupent partiellement. Cela ne veut pas dire pour autant qu'ils sont sans forme et sans limites. Chacun de ces droits joue son rôle dans le cadre général de la *Charte*. En définitive, il faut s'interroger et tenter de découvrir sur quoi porte concrètement la demande, et si le droit invoqué s'y rapporte. En l'espèce, il ressort d'un examen réaliste de la demande que celle-ci cherche à doter de la protection de la Constitution le droit de se faire élire à un poste de direction au sein d'une administration scolaire locale dans la province d'Alberta. Toutefois, cette demande ne relève pas de la *Charte*, à moins que ne s'appliquent les droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Sur ce dernier point, je suis d'accord pour conclure que, dans les circonstances de la présente affaire, les appelants n'ont pas établi l'atteinte aux droits à l'égalité qu'ils invoquent.

For these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

78 Pour ces motifs, je rejetterais l'appel, sans dépens.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

This case concerns political expression and the issue is whether its deliberate suppression by Alberta violates s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect for those who see the matter differently, I believe that it does.

79 La présente affaire porte sur l'expression politique et sur la question de savoir si la suppression délibérée de celle-ci par l'Alberta contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec égards pour ceux qui voient les choses différemment, je crois que oui.

Section 2(*b*) of the *Charter* provides that everyone in Canada enjoys, as a fundamental freedom, "freedom of thought, belief, opinion and expression".

80 Suivant l'al. 2*b*) de la *Charte*, chacun au Canada jouit, à titre de liberté fondamentale, de la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ».

In 2004, Alberta enacted legislation effectively prohibiting school employees from seeking election and holding office as trustees of any school board in the province. The appellants are school employees and Alberta acknowledges that "some of the

81 En 2004, l'Alberta a édicté un texte de loi qui a pour effet d'interdire aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction dans tout conseil scolaire de la province. Les appelants sont des employés d'écoles,

activities of school trustees [are of] an expressive nature". There is no dispute that seeking election to a school board and holding office as a school trustee necessarily involve expressive activities.

et l'Alberta reconnaît que [TRADUCTION] « certaines des activités des conseillers scolaires [revêtent] un caractère expressif ». Personne ne conteste que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction impliquent forcément des activités expressives.

82 Indeed, Alberta concedes from the outset that "seeking nomination for school trustee has expressive content" and rests its case, essentially, on the proposition that "freedom of expression under the *Charter* does not require government to create statutory platforms for expression". Here, however, the government has *removed* the appellants from an *existing* platform of expression to which, like other qualified members of the public, they have long had access.

D'ailleurs, l'Alberta admet d'entrée de jeu que [TRADUCTION] « le fait de se porter candidat à un poste de conseiller scolaire a un contenu expressif » et elle invoque essentiellement l'argument voulant que [TRADUCTION] « la liberté d'expression garantie par la *Charte* n'oblige pas le gouvernement à créer par voie législative des tribunes favorisant l'expression ». En l'espèce, cependant, le gouvernement a *retiré* aux appelants l'accès à une tribune d'expression *déjà existante*, à laquelle ceux-ci, à l'instar de tout autre citoyen qualifié, avaient accès depuis longtemps.

83 This was done, Alberta says, "for reasons of policy". But if the appellants' removal from that platform substantially impedes their freedom of expression — as I believe it does — this limitation on the appellants' constitutional rights must be shown by Alberta to be saved by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit that "can be demonstrably justified in a free and democratic society". That, Alberta has not even attempted to do.

Cette mesure a été prise, affirme l'Alberta, [TRADUCTION] « pour des raisons d'intérêt général ». Mais si — comme je le crois — le fait de retirer aux appelants l'accès à cette tribune entrave substantiellement leur liberté d'expression, l'Alberta doit établir que cette restriction des droits constitutionnels des appelants est sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, en tant que limite raisonnable « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Or, la province n'a même pas tenté de faire cette démonstration.

84 In any event, the Court of Appeal held in this case that seeking election is a form of political expression ((2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137). I agree with that conclusion. And it follows inexorably, in my respectful view, that the impugned legislation restricts the appellants' freedom to express themselves politically — a form of expression that is manifestly entitled to the highest degree of constitutional protection.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a conclu en l'espèce que le fait de se porter candidat aux élections constitue une forme d'expression politique ((2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137). Je suis d'accord avec cette conclusion. Et il s'ensuit inexorablement, à mon avis, que les dispositions législatives attaquées restreignent la liberté des appelants de s'exprimer politiquement — une forme d'expression qui commande manifestement le plus haut degré de protection constitutionnelle.

85 A limitation on freedom of expression may in some cases, as in this one, curtail political or democratic rights as well. Whether or not these political or democratic rights enjoy constitutional protection

La limitation de la liberté d'expression peut dans certains cas, tel celui qui nous occupe, restreindre également des droits politiques et démocratiques. Le fait que ces droits politiques et

has no bearing on the protection afforded by s. 2(*b*). Even if it were found that other provisions of the *Charter* might address the appellants' claim, and may even do so more directly, this cannot deprive them of a full analysis of that claim under s. 2(*b*). Where there is an overlap between different constitutional rights, "[e]ach right is distinct and must be given effect": *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 80. And where there is no overlap because only one of the rights is protected by the *Charter*, that right must likewise be given its full constitutional effect.

démocratiques soient protégés ou non par la Constitution n'a aucune incidence sur la protection reconnue par l'al. 2*b*). Même s'il était jugé que d'autres dispositions de la *Charte* sont susceptibles de s'appliquer à l'action des appelants, et le feraient peut-être plus directement encore, cela n'a pas pour effet de priver les appelants d'une analyse approfondie de leur prétention fondée sur l'al. 2*b*). Lorsqu'il y a chevauchement de divers droits constitutionnels, « [c]hacun de ces droits est un droit distinct et il faut lui donner effet » : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 80. Et, dans les cas où il n'y a pas de chevauchement étant donné qu'un seul des droits est protégé par la *Charte*, il faut là aussi donner à ce droit son plein effet constitutionnel.

Framed in terms of constitutional principle, the decisive question on this appeal is whether a legislature which sets up a system of democratically elected boards to administer a fundamental aspect of government activity may then exclude a certain category or group of otherwise qualified persons from serving on those boards, without any need to justify that exclusion under s. 1 of the *Charter*.

86 Énoncée en termes de principes constitutionnels, la question décisive dans le présent pourvoi consiste à décider si une assemblée législative qui met en place un système de conseils élus démocratiquement pour administrer un aspect fondamental de l'activité gouvernementale peut ensuite empêcher une catégorie ou un groupe de personnes par ailleurs qualifiées de siéger à ces conseils, sans qu'il soit nécessaire de justifier cette exclusion au regard de l'article premier de la *Charte*.

For the reasons that follow, I would answer that question in the negative and allow the appeal.

87 Pour les motifs qui suivent, je répondrais par la négative à cette question et j'accueillerais le pourvoi.

II

II

Until 2004, school board employees could not serve in Alberta as trustees of the board that employed them but were otherwise free to run for election and to serve as school trustees. In 2004, following a bitter labour dispute involving school board employees, Alberta enacted the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23 ("LAEA Amendments"). In purpose and effect, the LAEA Amendments bar *all* school employees from seeking election or serving as school trustees for *any* school board in the province, and not just their own employer board.

88 Jusqu'en 2004, les employés des conseils scolaires de l'Alberta n'étaient pas autorisés à siéger au conseil qui les employait, mais autrement ils étaient libres de briguer et d'occuper un tel poste. En 2004, à la suite d'un acrimonieux conflit de travail auquel étaient partie des employés de conseils scolaires, l'Alberta a édicté la loi intitulée *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »). De par son objet et son effet, cette loi interdit à *tous* les employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire ou d'exercer cette fonction dans *tout* conseil scolaire de la province, et pas seulement au sein de celui qui les emploie.

89 The appellants claim that these restrictions on their ability to run for office and serve as school board trustees violate the freedom of expression to which they are constitutionally entitled in virtue of s. 2(*b*) of the *Charter*.

90 As a matter of constitutional principle, the Court has traditionally defined freedom of expression in broad terms and required the government to justify any infringement under s. 1. See, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; and *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569.

91 In *Libman*, a unanimous Court reaffirmed this principled approach in these terms:

> The Court favours a very broad interpretation of freedom of expression in order to extend the guarantee under the Canadian *Charter* to as many expressive activities as possible. Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* (*Irwin Toy*, *supra*, at p. 970; *Zundel*, *supra*, at p. 753). [para. 31]

92 The Court has held in only two cases that exclusion from a platform for expression created by the government did not violate s. 2(*b*): *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"). Neither of these decisions is of particular assistance to Alberta in this case. Nor is *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, with which I shall deal as well.

93 Mr. Haig "fell between the legislative cracks" of a provincial referendum conducted by Quebec and a federal referendum conducted in the nine other provinces. Mr. Haig, who had recently moved from Ontario to Quebec, lacked the residency requirement of both referenda and was therefore unable to vote in either one. The Court found that voting is an expressive activity, but nonetheless dismissed

Les appelants soutiennent que les restrictions ainsi imposées à leur capacité de briguer et d'occuper un poste de conseiller scolaire portent atteinte à la liberté d'expression qui leur est constitutionnellement garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

La Cour a traditionnellement privilégié, comme principe constitutionnel, une définition large de la liberté d'expression et elle a obligé l'État à justifier toute atteinte au regard de l'article premier. Voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; et *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

Dans l'arrêt *Libman*, la Cour a réaffirmé à l'unanimité cette démarche raisonnée en ces termes :

> La Cour favorise une interprétation très large de la liberté d'expression afin d'étendre la garantie de la *Charte* canadienne au plus grand nombre d'activités expressives possibles. À moins que l'expression ne soit communiquée d'une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne (*Irwin Toy*, précité, à la p. 970; *Zundel*, précité, à la p. 753). [par. 31]

Il n'y a que deux arrêts dans lesquels la Cour a jugé que l'exclusion de certaines personnes d'une tribune d'expression créée par l'État n'était pas contraire à l'al. 2*b*) : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »). Ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'est d'un grand secours à l'Alberta en l'espèce. L'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, sur lequel je me pencherai également, ne l'est pas davantage.

Monsieur Haig s'est « trouvé entre deux chaises sur le plan législatif » dans le cadre d'un référendum provincial tenu au Québec et d'un référendum fédéral tenu dans les neuf autres provinces. Ayant récemment quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, il ne répondait pas aux conditions de résidence établies pour ces référendums et n'était donc pas admis à voter ni à l'un ni à l'autre. La Cour

Mr. Haig's appeal on the ground that s. 2(*b*) of the *Charter* does not impose on the government "any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum [or] confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum" (p. 1041). Voting in a referendum, albeit an expressive activity, therefore did not fall within the scope of s. 2(*b*).

a conclu que voter constitue une activité d'expression, mais elle n'en a pas moins rejeté le pourvoi de M. Haig au motif que l'al. 2*b*) de la *Charte* n'impose pas au gouvernement « une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum [ni] ne confère [. . .] à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum » (p. 1041). Bien qu'il constituât une activité d'expression, le fait de voter à un référendum échappait donc au champ d'application de l'al. 2*b*).

Unlike this case, *Haig* involved a referendum for information purposes in which a small number of people were incidentally prevented from voting on a single occasion because the residency requirements of the two referenda did not mirror one another. They were unlikely ever to be affected again in this way, even if the impugned residency requirements remained unchanged. And, again unlike this case, there was no indication that the government had *intentionally* prevented Mr. Haig *or anyone else* from engaging in an expressive activity — in that case, voting in a single referendum.

94 Contrairement à la présente cause, l'affaire *Haig* portait sur un référendum tenu à des fins indicatives et auquel un petit nombre de personnes avaient fortuitement été empêchées de voter à cette seule occasion précise, parce que les conditions de résidence établies pour chacun des référendums n'étaient pas harmonisées. Il était peu probable que cela leur arrive une autre fois, même si les conditions de résidence contestées demeuraient inchangées. Et contrairement aussi à la présente situation, rien n'indiquait que l'État avait *intentionnellement* empêché M. Haig *ou qui que ce soit d'autre* de se livrer à une activité expressive — en l'occurrence voter à un référendum donné.

In the case at bar, by contrast, school board employees, who had recently been involved in a bitter labour dispute with the government, have been permanently and deliberately barred from participation in the governance of school boards throughout the province. This systematic exclusion of otherwise qualified persons from participation in an important institution of local governance raises a far greater concern for protecting freedom of expression than a one-time, incidental inability to vote in an informational referendum.

95 En l'espèce, par contre, les employés de conseils scolaires — qui avaient récemment pris part à un conflit de travail acrimonieux avec le gouvernement — se sont vu interdire de façon permanente et délibérée de participer à la gouvernance des conseils scolaires de l'ensemble de la province. Cette exclusion systématique, qui empêche des personnes par ailleurs qualifiées de participer à une importante institution de gouvernance locale, est bien plus préoccupante du point de vue de la protection de la liberté d'expression qu'une incapacité par ailleurs fortuite et exceptionnelle de voter à un référendum tenu à des fins indicatives.

In *NWAC*, the Court held that s. 2(*b*) did not require the government to provide the Native Women's Association of Canada funding or invite their participation in constitutional discussions. McLachlin J. (as she then was), concurring in the result, found that "the freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of

96 Dans l'arrêt *AFAC*, la Cour a jugé que l'al. 2*b*) n'obligeait pas l'État à soutenir financièrement l'Association des femmes autochtones du Canada ou à l'inviter à participer aux discussions constitutionnelles. Souscrivant au résultat, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu que « la *Charte canadienne des droits et libertés* ne restreint pas la

policy is not constrained by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (p. 668) and that it was therefore unnecessary to consider whether the failure to fund the Association violated s. 2(*b*).

97 No such active support or consultation is sought in this case: The appellants simply ask us instead to set aside a statutory bar adopted by Alberta to deprive them of their longstanding right to express themselves politically by seeking and holding office as school board trustees.

98 Again, allowing this appeal would in no way burden the government with any obligation to fund or consult a particular group or association, or to establish for anyone a previously non-existent platform of expression. It would merely restore to the appellants access to a generally available platform of expression, unless of course their exclusion from it were found to be justified under s. 1 of the *Charter*.

III

99 I turn now to *Dunmore*, which concerned the freedom of association protected by s. 2(*d*) of the *Charter*. As I have demonstrated, the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*), which concerns us here, has until now been broadly interpreted by the Court as a matter of principle. Prior to *Dunmore*, this was not seen to be the case for s. 2(*d*). In the unforgiving words of one commentator,

> the pattern was set in 1987, when a majority of the Supreme Court gave section 2(d) what can only be described as a deadening interpretation. In concluding that associational freedom is an individual right and does not protect collective bargaining or the right to strike, the *Labour Trilogy* relegated the guarantee to irrelevance.
>
> (B. J. Cameron, "The 'Second Labour Trilogy': A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v.*

liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale » (p. 668), et qu'il était donc inutile de se demander si l'omission de financer l'association concernée violait l'al. 2*b*).

Aucune mesure concrète de soutien ni aucune consultation de ce genre ne sont recherchées en l'espèce. Les appelants nous demandent simplement d'annuler une interdiction législative qu'a adoptée l'Alberta dans le but de les priver d'un droit dont ils jouissaient depuis longtemps : celui de s'exprimer politiquement en briguant un poste de conseiller scolaire et en exerçant cette fonction.

La décision d'accueillir le présent pourvoi, rappelons-le, n'imposerait aucunement à l'État quelque obligation que ce soit de financer ou de consulter un groupe ou une association en particulier, ou d'établir pour quiconque une tribune d'expression qui n'existait pas auparavant. Elle redonnerait tout simplement aux appelants l'accès à une tribune d'expression offerte à tous, à moins bien sûr que leur exclusion de cette tribune ne soit jugée justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

III

Je vais maintenant examiner l'arrêt *Dunmore*, qui concernait la liberté d'association protégée par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Comme je l'ai démontré, la Cour a jusqu'ici donné, pour des raisons de principe, une interprétation large à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*), qui nous intéresse en l'espèce. Avant l'arrêt *Dunmore*, on ne considérait pas qu'il en allait de même de l'al. 2*d*). Pour reprendre les termes implacables d'une commentatrice :

> [TRADUCTION] . . . le schéma a été établi en 1987, lorsque les juges majoritaires de la Cour suprême ont donné à l'alinéa 2d) une interprétation dont il faut bien dire qu'elle lui enlevait toute portée. En concluant que la liberté d'association est un droit individuel qui n'offre aucune protection à l'égard de la négociation collective ou du droit de grève, la « trilogie en droit du travail » a relégué la garantie au rang de la non-pertinence.
>
> (B. J. Cameron, « The "Second Labour Trilogy" : A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v.*

Ontario, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67, at p. 69)

I would find it most ironic for the Court's generous interpretation of freedom of association under s. 2(*d*) in *Dunmore* to now be invoked here for the purpose of *narrowing* the Court's traditionally broad interpretation of the historically and conceptually distinct freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*). And in my respectful view we are not bound by the language of *Dunmore* to do so: Even if we characterize the appellants' claim as one of underinclusion, as Rothstein J. does, it would meet the *Dunmore* criteria.

In *Dunmore* the Court identified three considerations which circumscribe claims that an underinclusive statute violates s. 2:

1. "claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime" (para. 24);

2. "a proper evidentiary foundation must be provided before creating a positive obligation under the *Charter*" (para. 25); and

3. "the state [must be] accountable for any inability to exercise a fundamental freedom" (para. 26).

The Court distinguished *Haig* and *NWAC* on the ground that the claimants in those cases had been unable to show that "the fundamental freedom at issue, as opposed to merely their requested statutory entitlement, was impossible to exercise" (para. 25). In *Dunmore*, by contrast, the agricultural worker claimants were not simply seeking inclusion in the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, but protection of their s. 2(*d*) freedom of association.

The criteria identified in *Dunmore* should not be applied narrowly — particularly with respect

Ontario, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67, p. 69)

100 Je trouverais on ne peut plus ironique que l'interprétation libérale donnée par la Cour, dans *Dunmore*, à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) soit maintenant invoquée en l'espèce pour *restreindre* l'interprétation large que la Cour a toujours donnée à la liberté d'expression — distincte sur les plans historique et conceptuel — garantie par l'al. 2*b*). Et, à mon avis, le libellé de l'arrêt *Dunmore* ne nous oblige pas à le faire : même si l'on considérait que la prétention des appelants est fondée sur la non-inclusion, comme le fait le juge Rothstein, elle satisferait néanmoins aux critères énoncés dans *Dunmore*.

101 Dans l'arrêt *Dunmore*, la Cour a dégagé trois considérations qui délimitent la possibilité de prétendre qu'une loi de portée restreinte viole l'art. 2 :

1. « les arguments fondés sur la non-inclusion [doivent reposer] sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis » (par. 24);

2. « la création d'une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié » (par. 25);

3. « l'État [doit] vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale » (par. 26).

102 La Cour a établi une distinction dans le cas des arrêts *Haig* et *AFAC* au motif que, dans ces affaires, les demandeurs avaient été incapables de prouver « l'impossibilité d'exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l'application d'une loi » (par. 25). Dans *Dunmore*, au contraire, les demandeurs — des travailleurs agricoles — ne cherchaient pas seulement à bénéficier de l'application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, mais aussi à obtenir la protection de la liberté d'association que leur garantit l'al. 2*d*).

103 Les critères dégagés dans *Dunmore* ne devraient pas recevoir une application étroite —

to freedom of expression. Unlike this Court's decisions in *Haig* and *NWAC*, a narrow interpretation of *Dunmore* would allow legislatures, limited only by their obligations under s. 15 of the *Charter*, to systematically deny groups access to statutory platforms of expression otherwise available to the public at large. Rather, *Dunmore* should be viewed in light of this Court's practice of construing freedom of expression broadly and considering limits on expressive activity at the justification stage of the analysis. This is even more important where, as here, we are concerned with political expression associated with participation in an important democratic institution.

104 In his careful and extensive reasons, Justice Rothstein finds that this case fails to meet the first two *Dunmore* criteria since, in his view, the appellants are merely seeking access to a particular statutory regime, and have not established substantial interference with a fundamental freedom. In *Dunmore*, Bastarache J. explained the relevant difference this way: In order to succeed, he said, a claimant must seek "more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms" and must "demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a *substantial* interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity" (para. 25 (emphasis in original)).

105 In my view, the appellants' claim is grounded in the fundamental, constitutionally protected freedom to express oneself meaningfully on matters related to education. This freedom clearly exists independently of any statutory enactment. By excluding school employees from the ability to run for and serve as trustees, Alberta has substantially interfered with their ability to exercise this freedom.

106 Justice Rothstein finds that the LAEA Amendments deprive the appellants of only one

particulièrement en ce qui concerne la liberté d'expression. Contrairement aux arrêts *Haig* et *AFAC* de notre Cour, une interprétation restrictive de l'arrêt *Dunmore* permettrait aux législatures, dont l'action ne serait limitée que par les obligations qui leur incombent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, de nier systématiquement à certains groupes l'accès à des tribunes d'expression d'origine législative par ailleurs offertes à l'ensemble de la population. L'arrêt *Dunmore* doit plutôt être considéré au regard de la pratique de notre Cour qui consiste à interpréter largement la liberté d'expression et, dans le cadre de l'analyse, à examiner à l'étape de la justification les restrictions imposées à une activité expressive. Cette façon de faire revêt encore plus d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, il est question de l'expression politique associée à la participation à une importante institution démocratique.

Dans ses motifs soignés et détaillés, le juge Rothstein conclut que la présente affaire ne satisfait pas aux deux premiers critères énoncés dans l'arrêt *Dunmore*, parce que, selon lui, les appelants sollicitent uniquement l'accès à un régime légal précis, et qu'ils n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à l'exercice d'une liberté fondamentale. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache a expliqué la différence pertinente de la façon suivante : pour avoir gain de cause, a-t-il affirmé, le demandeur doit rechercher « davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales » et il doit « démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave *substantielle* à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*d*) » (par. 25 (souligné dans l'original)).

À mon avis, la prétention des appelants se fonde sur la liberté fondamentale, garantie par la Constitution, de s'exprimer utilement sur des questions liées à l'éducation. Or, il est clair que cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif. En déniant aux employés d'écoles la possibilité de briguer et d'occuper le poste de conseiller scolaire, l'Alberta a substantiellement entravé leur capacité d'exercer cette liberté.

Selon le juge Rothstein, la Loi modificative ne prive les appelants que d'une voie particulière pour

particular channel of expression, leaving open a range of alternative means for them to express themselves on education-related issues. School employees remain free, for example, to participate in school board meetings, lobby trustees, sit on school councils, write letters to newspapers, give media interviews, and write to members of the legislature and other public officials.

Seeking and holding office as a school trustee, however, is a *uniquely effective means of expressing one's views on education policy.* It is cold comfort indeed for school employees, who are barred from themselves serving as trustees, to be told that they nonetheless remain free to talk to those who can, or to write letters to their local newspapers. The voices of school employees are simply unlikely to be heard over the din of those who actually run for office and serve if elected.

While diminished effectiveness in conveying a message may not always engage s. 2(*b*), the difference between writing a letter to a trustee and serving as a trustee is not simply one of degree. Active participation in an election and service as a trustee are *qualitatively* different means of expression than simply shouting from the sidelines. Section 2(*b*) is not so restricted as to protect only the latter. As McLachlin C.J. and Major J., dissenting in part, stated in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, at para. 20:

The ability to speak in one's own home or on a remote street corner does not fulfill the objective of the guarantee of freedom of expression, which is that each citizen be afforded the opportunity to present her views for public consumption and attempt to persuade her fellow citizens. Pell J.'s observation could not be more apt: "[s]peech without effective communication is not

s'exprimer, laissant la porte ouverte à toute une gamme d'autres moyens leur permettant de s'exprimer sur les questions touchant l'éducation. Les employés d'écoles demeurent libres, par exemple, de participer aux réunions du conseil scolaire, de faire du lobbying auprès des conseillers scolaires, de siéger à un comité d'école, d'écrire des lettres aux journaux, d'accorder des entrevues aux médias et d'écrire aux députés et autres titulaires de charge publique.

107 Briguer un poste de conseiller scolaire et exercer cette fonction constituent toutefois *des moyens particulièrement efficaces pour une personne d'exprimer son opinion sur les politiques d'éducation.* Pour des employés d'écoles à qui il est interdit d'exercer la fonction de conseiller scolaire, ce n'est assurément pas un grand réconfort de se faire dire qu'ils demeurent néanmoins libres de s'adresser à ceux qui peuvent occuper ce poste ou encore d'écrire des lettres à leurs journaux locaux. Il y a très peu de chances que leurs voix émergent au-dessus de la clameur de ceux qui, eux, posent effectivement leur candidature et exercent la fonction s'ils sont élus.

108 Bien que la diminution de la capacité de communiquer un message n'entraîne pas toujours l'application de l'al. 2*b*), la différence entre écrire une lettre à un conseiller scolaire et occuper un poste de conseiller n'est pas simplement qu'une question de degré. La participation active à une élection pour un poste de conseiller et l'exercice de cette fonction constituent des modes d'expression *qualitativement* différents du simple fait de crier depuis la ligne de touche. La portée de l'al. 2*b*) n'est pas limitée au point de ne protéger que ce dernier moyen. Comme l'ont affirmé la juge en chef McLachlin et le juge Major, dans une opinion partiellement dissidente, dans *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, par. 20 :

La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [TRADUCTION] « [u]n discours

speech but an idle monologue in the wilderness"; see *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), at p. 415.

109 By prohibiting school employees from participating in school board elections and governance, Alberta has done more than restrict a "particular channel" of expression. It has created a system and process grounded in the democratic election of school board trustees. That process has naturally become the focus of public debate regarding education policy. By proceeding then to exclude school employees from running for office, Alberta has "substantially interfered" with their freedom of expression: It has denied them access to the unique platform upon which debate on local education policy is meant mainly and effectively to proceed.

110 Representative democracy is fundamental to our system of government. Where a legislature establishes a universal and democratic system of local governance, and then effectively prohibits the participation in that system of a particular group of otherwise qualified citizens, the state must be required to justify that prohibition.

111 It has not done so in this case.

IV

112 I agree with the trial judge that this violation cannot be justified under s. 1.

113 In this Court, Alberta faces insurmountable obstacles in respect of that finding. First, because it did not appeal the trial judge's decision on this issue; second, because Alberta, understandably in that light, has made no submissions on the issue in this Court; and finally, because Alberta, on the record as we have it, plainly failed to satisfy the four-pronged test laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

sans communication efficace n'est pas un discours, c'est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

En interdisant aux employés d'écoles de participer aux élections des conseils scolaires et à la gouvernance de ces institutions, l'Alberta a fait davantage que restreindre une « voie particulière » d'expression. Elle a mis en place un système et un processus reposant sur l'élection démocratique de conseillers scolaires. Ce processus est naturellement devenu le centre du débat public sur les politiques d'éducation. En empêchant ensuite les employés d'écoles de se porter candidats, l'Alberta a « substantiellement entravé » leur liberté d'expression : elle leur a nié l'accès à la tribune particulière où est censé se dérouler principalement et effectivement le débat sur les politiques d'éducation locales.

La démocratie représentative est un élément fondamental de notre système de gouvernement. Lorsqu'une législature met en place un système universel et démocratique de gouvernance locale, puis interdit ensuite concrètement à un groupe donné de citoyens par ailleurs qualifiés de participer à ce système, on doit exiger de l'État qu'il justifie cette interdiction.

Il ne l'a pas fait en l'espèce.

IV

À l'instar de la juge de première instance, je suis d'avis que cette atteinte n'est pas justifiable au regard de l'article premier.

Devant notre Cour, l'Alberta se heurte à des obstacles insurmontables en ce qui concerne cette conclusion. Premièrement, parce qu'elle n'a pas interjeté appel de la décision de la juge de première instance sur cette question; deuxièmement, parce que, comme on pouvait s'y attendre dans ces conditions, elle n'a présenté aucune observation sur cette question devant notre Cour; enfin, parce que, selon le dossier qui nous a été soumis, elle n'a tout simplement pas réussi à satisfaire à l'analyse en quatre volets énoncée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Alberta asserts as a pressing and substantial concern — the first requirement under *Oakes* — the need to prevent the conflicts of interest inherent in permitting school trustees to make decisions that affect school employees, particularly with respect to collective bargaining.

The prevention of conflicts of interest is doubtless a matter of substantial public importance. And while the assertion by the government of a pressing and substantial concern will normally require little or no evidentiary support, it cannot pass muster where, as in this case, the record demonstrates that the concern asserted is in fact neither pressing nor substantial.

To begin with, school board employees were already prohibited from serving as school trustees for their employer board even before the LAEA Amendments were adopted. Yet, of the 420 school trustees throughout the province, only three were school board employees, and just one other took steps to seek office. Accordingly, fewer than 1 percent of Alberta's school trustees could be exposed, on Alberta's view of the matter, to potential conflicts of interest.

Second, the appellants' uncontradicted evidence demonstrated that potential conflicts arose only two or three times a year and have been adequately dealt with by recusals.

Third, the trial judge found that Alberta presented no reliable evidence on either the frequency of conflicts of interest, or of their impact on decision making.

In short, on the first branch of the *Oakes* test, the trial judge was entitled to find, as she did, that Alberta's assertion of a pressing and substantial concern could not succeed and nothing before this Court permits of a different conclusion.

114 À titre de préoccupation urgente et réelle — la première exigence établie dans *Oakes* —, l'Alberta invoque la nécessité de prévenir les conflits d'intérêts inhérents au fait de permettre aux conseillers scolaires de prendre des décisions touchant les employés d'écoles, particulièrement en matière de négociation collective.

115 La prévention des conflits d'intérêts constitue indubitablement une question d'intérêt public importante. Et bien qu'il soit vrai que, lorsque l'État invoque une préoccupation urgente et réelle, un tel argument ne requiert normalement que peu ou pas de fondement de preuve, celui-ci ne saurait être retenu dans un cas où, comme en l'espèce, le dossier révèle que la préoccupation invoquée n'est dans les faits ni urgente ni réelle.

116 Premièrement, on interdisait déjà aux employés d'un conseil scolaire donné d'exercer la fonction de conseillers au sein de ce conseil avant l'adoption de la Loi modificative. Pourtant, parmi les 420 conseillers scolaires de la province, trois seulement étaient aussi des employés d'un conseil scolaire, et seul un autre avait fait des démarches pour se porter candidat. Moins de 1 pour cent des conseillers scolaires de l'Alberta pouvaient donc être exposés, selon le point de vue de l'Alberta, à des conflits d'intérêts potentiels.

117 Deuxièmement, il ressort de la preuve non contredite présentée par les appelants que des conflits potentiels ne sont survenus que deux ou trois fois l'an seulement, et qu'ils ont été réglés de façon adéquate au moyen de récusations.

118 Troisièmement, la juge de première instance a estimé que l'Alberta n'avait produit aucune preuve digne de foi sur la fréquence des conflits d'intérêts ou sur leur incidence sur la prise de décisions.

119 Bref, suivant le premier volet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, la juge de première instance était en droit de conclure, comme elle l'a fait, que la préoccupation urgente et réelle invoquée par l'Alberta ne pouvait être retenue, et rien de ce qui a été soumis à notre Cour n'autorise une conclusion différente.

120 But even if Alberta's declared objective were to be considered pressing and substantial, the LAEA Amendments would clearly fail the minimum impairment branch of the test laid down in *Oakes*. Legislatures are not bound to adopt the "least impairing" means of furthering pressing and substantial objectives. They cannot, however, interfere with or limit constitutionally protected rights or freedoms in a manner that plainly overshoots the mark. And, as already mentioned, Alberta presented no evidence that the previous legislative scheme, which had been in place for over 40 years, was in any way inadequate to address Alberta's stated concerns.

121 Finally, I note that Alberta permits municipal employees to seek election to the councils of municipalities other than their employer, and no evidence was adduced to explain why they can or should be treated differently in this respect. Nor has *any* of the parties suggested that holding office as a school trustee is more "managerial" than serving as a municipal councillor and subject for that reason to different considerations under either s. 2(*b*) or s. 1 of the *Charter*.

V

122 With respect for those who see the matter differently, I am therefore persuaded that s. 1 of the LAEA Amendments, which violates the freedom of expression afforded Alberta school employees by s. 2(*b*) of the *Charter*, is not justified under s. 1 of the *Charter*.

123 As stated at the outset, I would for all of these reasons allow the appeal with costs, and declare that s. 1 of the LAEA Amendments is of no force and effect.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Prior to the amendments at issue in this appeal, the relevant ineligibility provisions of the *Local*

Mais même si l'objectif déclaré de l'Alberta était jugé urgent et réel, il est clair que la Loi modificative ne satisferait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse formulée dans *Oakes*. Les législatures ne sont pas tenues de recourir aux moyens les « moins attentatoires » pour réaliser des objectifs urgents et réels. Par contre, elles ne peuvent entraver ou restreindre l'exercice des droits ou libertés protégés par la Constitution au-delà de ce qui est nécessaire. Qui plus est, comme je l'ai mentionné plus tôt, l'Alberta n'a présenté aucun élément de preuve établissant que le précédent régime législatif, qui était en place depuis plus de 40 ans, ne permettait pas de répondre aux préoccupations qu'elle a exprimées.

Enfin, je signale que l'Alberta permet aux employés municipaux de se présenter aux élections des conseils municipaux qui ne sont pas leur employeur, et aucune preuve n'a été produite pour expliquer pourquoi ils peuvent être traités différemment à cet égard ou pourquoi ils devraient l'être. De plus, *aucune* des parties n'a prétendu que le poste de conseiller scolaire implique davantage un « rôle de direction » que celui de conseiller municipal et que, pour cette raison, le premier est assujetti à des considérations différentes pour l'application de l'al. 2*b*) ou l'article premier de la *Charte*.

V

Avec égards pour ceux qui voient les choses différemment, je suis donc convaincu que l'art. 1 de la Loi modificative, qui porte atteinte à la liberté d'expression dont jouissent les employés d'écoles de l'Alberta en vertu de l'al. 2*b*) de la *Charte*, n'est pas justifié au regard de l'article premier de la *Charte*.

Comme je l'ai dit au tout début, pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens, et je déclarerais inopérant l'art. 1 de la Loi modificative.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Avant les modifications qui font l'objet du présent pourvoi, les dispositions pertinentes de la *Local*

Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, were as follows:

22(1) A person is not eligible to be nominated as a candidate in any election under this Act if on nomination day

. . .

(b) the person is an employee of the local jurisdiction for which the election is to be held unless the person is on a leave of absence granted under this section;

. . .

(7) An employee who has been granted a leave of absence is subject to the same conditions that apply to taking a leave of absence without pay for any other purpose.

(8) If an employee who has been granted a leave of absence is not elected, the employee may return to work, in the position the employee had before the leave commenced, on the 5th day after election day or, if the 5th day is not a working day, on the first working day after the 5th day.

(9) If an employee who has been granted a leave of absence is declared elected, the employee is deemed to have resigned that position as an employee the day the employee takes the official oath of office as an elected official. . . .

The provisions of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, relevant in this appeal provide:

1(1) The *Local Authorities Election Act* is amended by this section.

(2) Section 22 is amended

(a) by adding the following after subsection (1):

(1.1) A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by

Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, en matière d'inéligibilité étaient rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

22(1) N'est pas éligible lors des élections tenues en vertu de la présente loi la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures,

. . .

b) est employée par l'administration locale où l'élection doit avoir lieu, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article;

. . .

(7) L'employé qui a obtenu un congé est assujetti aux conditions applicables à l'égard des congés non payés pris pour toute autre fin.

(8) L'employé qui a obtenu un congé peut, s'il n'est pas élu, réintégrer le poste qu'il occupait avant le début de son congé le 5e jour qui suit le jour du scrutin s'il s'agit d'un jour ouvrable ou le jour ouvrable suivant dans le cas contraire.

(9) L'employé qui a obtenu un congé et qui est déclaré élu est réputé avoir démissionné de son poste le jour où il prête officiellement serment en qualité d'élu. . .

Voici les dispositions de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, qui sont pertinentes pour le présent pourvoi :

[TRADUCTION]

1(1) La *Local Authorities Election Act* est modifiée par le présent article.

(2) L'article 22 est modifié

a) par l'adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

(1.1) N'est pas éligible lors des élections pour les postes de conseiller d'un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :

(a) a school district or division,

(b) a charter school, or

(c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

(b) in subsection (3) by striking out "Subsection (1)(c) to (f) do not apply" **and substituting** "Subsection (1)(b) to (f) do not apply";

(c) by adding the following after subsection (5):

(5.1) An employee referred to in subsection (1.1) who wishes to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board may apply to his or her employer for a leave of absence without pay on or after July 1 in the year of an election but before the employee's last working day prior to nomination day.

(d) by adding the following after subsection (6):

(6.1) A school district or division, a charter school or a private school shall grant every application it receives under subsection (5.1).

After the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, the relevant provisions of the LAEA as amended read:

22 . . .

(1.1) A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by

(a) a school district or division,

(b) a charter school, or

(c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

. . .

(5.1) An employee referred to in subsection (1.1) who wishes to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board may apply to his

a) soit par un district ou une division scolaire;

b) soit par une école à charte;

c) soit par une école privée.

b) au paragraphe (3), par le remplacement des mots « les alinéas (1)c) à f) ne s'appliquent pas » par les mots « les alinéas (1)b) à f) ne s'appliquent pas »;

c) par l'adjonction, après le paragraphe (5), de ce qui suit :

(5.1) L'employé visé au paragraphe (1.1) qui souhaite se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller d'un conseil scolaire peut demander à son employeur un congé non payé à compter du 1er juillet de l'année où a lieu l'élection, mais avant sa dernière journée de travail précédant le jour de la déclaration des candidatures.

d) par l'adjonction, après le paragraphe (6), de ce qui suit :

(6.1) Le district ou la division scolaire, l'école à charte ou l'école privée fait droit à toute demande reçue en vertu du paragraphe (5.1).

Voici le texte des dispositions pertinentes modifiées après l'adoption de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 :

[TRADUCTION]

22 . . .

(1.1) N'est pas éligible lors des élections pour les postes de conseiller d'un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :

a) soit par un district ou une division scolaire;

b) soit par une école à charte;

c) soit par une école privée.

. . .

(5.1) L'employé visé au paragraphe (1.1) qui souhaite se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller d'un conseil scolaire peut demander à

or her employer for a leave of absence without pay on or after July 1 in the year of an election but before the employee's last working day prior to nomination day.

. . .

(6.1) A school district or division, a charter school or a private school shall grant every application it receives under subsection (5.1).

. . .

(8) If an employee who has been granted a leave of absence is not elected, the employee may return to work, in the position the employee had before the leave commenced, on the 5th day after election day or, if the 5th day is not a working day, on the first working day after the 5th day.

(9) If an employee who has been granted a leave of absence is declared elected, the employee is deemed to have resigned that position as an employee the day the employee takes the official oath of office as an elected official.

(Amendments in bold)

Appeal dismissed, FISH J. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Field, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

son employeur un congé non payé à compter du 1er juillet de l'année où a lieu l'élection, mais avant sa dernière journée de travail précédant le jour de la déclaration des candidatures.

. . .

(6.1) Le district ou la division scolaire, l'école à charte ou l'école privée fait droit à toute demande reçue en vertu du paragraphe (5.1).

. . .

(8) L'employé qui a obtenu un congé peut, s'il n'est pas élu, réintégrer le poste qu'il occupait avant le début de son congé le 5e jour qui suit le jour du scrutin s'il s'agit d'un jour ouvrable ou le jour ouvrable suivant dans le cas contraire.

(9) L'employé qui a obtenu un congé et qui est déclaré élu est réputé avoir démissionné de son poste le jour où il prête officiellement serment en qualité d'élu.

(Modifications indiquées en caractère gras)

Pourvoi rejeté, le juge FISH *est dissident.*

Procureurs des appelants : Field, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Solicitors for the intervener the Canadian Teachers' Federation: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Blair Chahley Seveny, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Public School Boards' Association of Alberta: Dale Gibson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour : Blair Chahley Seveny, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Public School Boards' Association of Alberta : Dale Gibson, Edmonton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2007 Vol. 2

and Tables

Cited as [2007] 2 S.C.R. { i-xlviii 725-939

4e cahier, 2007 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2007] 2 R.C.S. { i-xlviii 725-939

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xvii

Table of Cases Cited xiii

Statutes and Regulations Cited xxxiii

Authors Cited xxxvii

Index 931

Canada *v.* Addison & Leyen Ltd. 793

Taxation — Income tax — Tax liability — Property transferred not at arm's length — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether length of delay before decision to assess taxpayers enough to ground judicial review — Whether regular appeal process could have dealt with tax liability issues — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

Administrative law — Judicial review — Availability — Jurisdiction of Federal Court — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether judicial review available — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

Dell Computer Corp. *v.* Union des consommateurs... 801

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Arbitration — Sale of computer equipment over Internet — Arbitration clause contained in terms and conditions of sale — Consumer instituting class action against seller — Article of book of Civil Code on private international law providing that Quebec authority has jurisdiction to hear action involving consumer contract if consumer has

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xi

Table de la jurisprudence xxiii

Lois et règlements cités xxxv

Doctrine citée xxxvii

Index 935

Canada *c.* Addison & Leyen Ltd. 793

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Obligation fiscale — Transfert de biens avec lien de dépendance — Cotisations établies à l'encontre des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — La longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir des cotisations à l'égard des contribuables suffit-elle à fonder un contrôle judiciaire? — La procédure d'appel normale aurait-elle permis de trancher des questions relatives à l'obligation fiscale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Possibilité de recours — Compétence de la Cour fédérale — Cotisations établies à l'égard des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — Y a-t-il possibilité de recours en contrôle judiciaire? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

Suite à la page suivante

domicile or residence in Quebec, and that waiver of that jurisdiction by consumer may not be set up against consumer — Whether arbitration clause can be set up against consumer — Whether arbitration clause contains foreign element that renders rules on international jurisdiction of Quebec authorities applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

Arbitration — Review of application to refer dispute to arbitration — Whether arbitrator or court has jurisdiction to rule first on parties' arguments on validity or applicability of arbitration clause — Limits of intervention by court in case involving arbitration clause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943.

Contracts — Consumer contract or contract of adhesion — External clause — Electronic commerce — Validity of arbitration clause — Whether arbitration clause that can be accessed by means of hyperlink in contract entered into via Internet is external clause — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1435.

R. *v.* Clayton **725**

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Roadblocks — Search power incidental to investigative detention — Police officers responding to report that prohibited firearms openly displayed in parking lot by blocking exit from lot and preventing two accused from leaving in their vehicle — Officers asking accused to exit vehicle — Officers searching accused — Accused carrying prohibited firearms — Whether police conduct in detaining and searching accused constitutional — Whether search incidental to investigative detention unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9.

Criminal law — Police powers — Search incidental to investigative detention — Whether police officers acting within scope of common law police powers when they detained and searched accused.

Rogers Wireless Inc. *v.* Muroff **921**

Civil procedure — Arbitration — Effect of arbitration clause on court's jurisdiction — Whether court must dispose of any arguments on validity of arbitration clause before referral to arbitration — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 940.1.

Dell Computer Corp. *c.* Union des consommateurs ... 801

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Arbitrage — Vente de matériel informatique par Internet — Clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente — Consommateur intentant un recours collectif contre le vendeur — Disposition du livre du Code civil traitant du droit international privé prévoyant que les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation si le consommateur a son domicile ou sa résidence au Québec et que la renonciation du consommateur à cette compétence ne peut lui être opposée — La clause d'arbitrage est-elle opposable au consommateur? — La clause d'arbitrage comporte-t-elle un élément d'extranéité faisant jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

Arbitrage — Examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage — Qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire a compétence pour statuer, en premier, sur les arguments soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une clause d'arbitrage? — Paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une clause d'arbitrage — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943.

Contrats — Contrat de consommation ou d'adhésion — Clause externe — Commerce électronique — Validité de la clause d'arbitrage — La clause d'arbitrage accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet constitue-t-elle une clause externe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1435.

R. *c.* Clayton **725**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Barrage policier — Pouvoir d'effectuer une fouille accessoirement à une détention aux fins d'enquête — Policiers ayant donné suite à un appel signalant l'exhibition d'armes à feu prohibées dans un stationnement en bloquant la sortie de celui-ci et en empêchant les deux accusés de quitter les lieux à bord de leur véhicule — Accusés pressés par les policiers de descendre du véhicule — Fouille des accusés par les policiers — Découverte d'armes à feu prohibées sur les accusés — La détention et la fouille des accusés étaient-elles constitutionnelles? — La fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9.

Droit criminel — Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — En détenant et en fouillant les accusés, les policiers ont-ils exercé leurs pouvoirs dans les limites établies par la common law?

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Rogers Sans-fil inc. *c.* Muroff 921

Procédure civile — Arbitrage — Effet d'une clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — La cour doit-elle trancher les arguments relatifs à la validité de la clause d'arbitrage avant le renvoi à l'arbitrage? — Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, art. 940.1.

2007 Volume 2

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

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2007

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

ERRATA

[1993] 3 S.C.R., p. 293, line *e*-4 of the French version. Read "je suis d'accord" instead of "je ne suis pas d'accord".

[1995] 3 S.C.R., p. 417, para. 21, line 16 of the English version. Read "causal" instead of "casual".

[1995] 3 S.C.R., p. 592, para. 55, line 17 of the English version. Read "standards of procedures" instead of "standard of procedures".

[2001] 3 S.C.R., p. 1048, para. 25, line 30 of the French version. Read "l'al. 2*d*)" instead of "l'al. 2*b*)".

[2005] 3 S.C.R., p. 490, para. 63, line 8 of the French version. Read "en ce qui" instead of "en qui".

[2006] 2 S.C.R., p. 839, para. 98, line 20 of the French version. Read "inconsidérable" instead of "ineconsidérable".

[1993] 3 R.C.S., p. 293, ligne *e*-4 de la version française. Lire « je suis d'accord » au lieu de « je ne suis pas d'accord ».

[1995] 3 R.C.S., p. 417, par. 21, ligne 16 de la version anglaise. Lire « causal » au lieu de « casual ».

[1995] 3 R.C.S., p. 592, par. 55, ligne 17 de la version anglaise. Lire « standards of procedures » au lieu de « standard of procedures ».

[2001] 3 R.C.S., p. 1048, par. 25, ligne 30 de la version française. Lire « l'al. 2*d*) » au lieu de « l'al. 2*b*) ».

[2005] 3 R.C.S., p. 490, par. 63, ligne 8 de la version française. Lire « en ce qui » au lieu de « en qui ».

[2006] 2 R.C.S., p. 839, par. 98, ligne 20 de la version française. Lire « inconsidérable » au lieu de « ineconsidérable ».

MOTIONS — REQUÊTES

(June 1 to July 15, 2007 - 1er juin au 15 juillet 2007)

1157089 Alberta Ltd. v. C. Keay Investments Ltd., (Alta.), 31911, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.D. c. C.G., (Qué.), 31969, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

A.D. c. C.P., (Qué.), 31908, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Andrews v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31872, leave to appeal refused with costs, 12.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., (F.C.), 31881, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 5.7.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Attorney General of Canada v. Lameman, (Alta.), 31871, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.6.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Attorney General of Ontario v. McNeil, (Ont.) (Crim.), 31852, leave to appeal granted, 5.7.07, autorisation d'appel accordée.

Baldeo v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 31973, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boily c. Ministre de la Justice du Canada, (Qué.) (Crim.), 31946, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Brad-Jay Investment Ltd. v. Greenglass, (Ont.), 31879, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brattas v. 9088-2895 Quebec Inc., (Que.), 31966, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

British Colombia v. Bennett, (B.C.), 31893, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

British Colombia v. Bennett, (B.C.), 31893, leave to cross-appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel incident refusée.

Buntain v. Marine Drive Golf Club, (B.C.), 31907, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 31905, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Chisamore v. CUMIS Life Insurance Co., (B.C.), 31863, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

D.C.V. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31949, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Desjardins sécurité financière, compagnie d'assurance c. Roy, (Qué.), 31874, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Desrochers c. Ministère de l'Industrie du Canada, (C.F.), 31815, leave to appeal granted with costs, 21.6.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Di Iorio c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31959, leave to appeal refused, 7.6.07, autorisation d'appel refusée.

Doe v. The Queen, (Alta.), 31986, leave to appeal refused with costs, 12.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Drouin v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32009, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Durette c. Théberge, (Qué.), 31936, leave to appeal refused, 14.6.07, autorisation d'appel refusée.

Estate of Charles Caron v. Daniska, (Ont.), 31669, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

GeneOhm Sciences Canada Inc. c. bioMérieux Inc., (Qué.), 31922, leave to appeal refused, 14.6.07, autorisation d'appel refusée.

Genex Communications Inc. c. Procureur général du Canada, (C.F.), 31192, leave to appeal refused with costs, 14.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grant v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31892, leave to appeal granted, 21.6.07, autorisation d'appel accordée.

Gunn v. United States of America, (Man.) (Crim.), 31901, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Hawkes v. Prince Edward Island Human Rights Commission, (P.E.I.), 31900, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Hijos v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31913, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hung c. États-Unis d'Amérique, (Qué.), 31924, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Hung c. Gouvernement du Canada, (C.F.), 31920, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Idyllic Acres Holdings Inc. v. Lynch, (Ont.), 31773, leave to appeal refused with costs, 12.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

James v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 31980, leave to appeal granted, 21.6.07, autorisation d'appel accordée.

Javid v. Kurytnik, (B.C.), 31877, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kamloops Daily News v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32064, notice of discontinuance filed, 20.6.07, avis de désistement produit.

Khela v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31933, leave to appeal granted, 21.6.07, autorisation d'appel accordée.

L.O. c. La Reine, (Ont.) (Crim.), 31853, leave to appeal refused, 14.6.07, autorisation d'appel refusée.

Lachance c. Cleyn & Tinker, (Qué.), 31862, leave to appeal refused, 14.6.07, autorisation d'appel refusée.

Lamontagne c. Société de l'assurance automobile du Québec, (Qué.), 31993, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Lamontagne c. Société de l'assurance automobile du Québec, (Qué.), 31994, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Lee v. Strudwick, (Sask.), 31940, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Lessard c. La Reine, (C.F.), 31942, leave to appeal refused, 7.6.07, autorisation d'appel refusée.

Lieu v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31996, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Loughlin v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31899, leave to appeal refused, 7.6.07, autorisation d'appel refusée.

M.S. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31909, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Martin v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32010, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Mastrobuono v. Mastrobuono, (Ont.), 31962, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McCullock v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 31894, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Meikle v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31898, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Messageries de presse Benjamin Inc. v. Publications TVA Inc., (Que.), 31945, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Muir v. Morin, (Ont.), 31987, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Mustapha v. Culligan of Canada Ltd., (Ont.), 31902, leave to appeal granted with costs, 21.6.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Mustapha v. Culligan of Canada Ltd., (Ont.), 31902, leave to cross-appeal granted with costs, 21.6.07, autorisation d'appel incident accordée avec dépens.

Nabors Canada LP v. Appeals Commission, (Alta.), 31848, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

National Steel Car Ltd. v. United Steel Workers of America, Local 7135, (Ont.), 31851, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nazifpour v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 31976, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Ng v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31997, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Oliver v. Severance, (P.E.I.), 31870, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Osmar v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31956, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Porter v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31935, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Prince Edouard Island v. Attorney General of Canada, (P.E.I.), 31887, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. McGraw, (N.B.) (Crim.), 31995, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

Ramkissoon v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31770, leave to appeal refused, 5.7.07, autorisation d'appel refusée.

RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc., (B.C.), 31904, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.6.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Roberts v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 30282, leave to appeal refused, 21.6.07, autorisation d'appel refusée.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc., (F.C.), 31975, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Summit Air Charters Ltd. v. Ellingson, (N.W.T.), 31939, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat des employées et employés professionels-les et de bureau, section locale 571 c. Barreau du Québec, (Qué.), 31947, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

T.L.B. v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31857, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Taillefer c. Clarica, compagnie d'assurance sur la vie, (Qué.), 31978, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Taylor v. The Queen, (F.C.), 31916, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thomlison v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 31843, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Toronto Transit Commission v. Amalgamated Transit Union, Local 113, (Ont.), 31856, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Torsney v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31921, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Turmel v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32011, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Turmel v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32012, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

Turmel v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32013, leave to appeal refused, 12.7.07, autorisation d'appel refusée.

United States Postal Service v. Canada Post Corp., (F.C.), 31906, leave to appeal refused with costs, 28.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Waechter v. Pontus, (N.W.T.), 31896, leave to appeal refused with costs, 21.6.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Walker v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31974, leave to appeal refused, 28.6.07, autorisation d'appel refusée.

Wightman c. Dunn, (Qué.), 31854, leave to appeal refused with costs, 5.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

3464920 Canada Inc., Davis & Company, a partnership v. ... 177
3464920 Canada Inc., Strother v. ... 177

A

Addison & Leyen Ltd., Canada v. ... 793
Alberta, Baier v. ... 673
Alberta, Canadian Western Bank v. ... 3

B

Baier v. Alberta ... 673
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc. ... 86
British Columbia, Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. ... 391
Burrardview Neighbourhood Association v. Vancouver (City) ... 86

C

Canada (Attorney General) v. Imperial Tobacco Canada Ltd. ... 610
Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp. ... 610
Canada (Attorney General) v. Rothmans, Benson & Hedges Inc. ... 610
Canada v. Addison & Leyen Ltd. ... 793
Canadian Western Bank v. Alberta ... 3
Clayton, R. v. ... 725
Couture, R. v. ... 517

D

Davis & Company, a partnership v. 3464920 Canada Inc. ... 177
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs ... 801

H

Hape, R. v. ... 292
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia ... 391

I

Imperial Tobacco Canada Ltd., Canada (Attorney General) v. ... 610

J

JTI-Macdonald Corp., Canada (Attorney General) v. ... 610

L

Lafarge Canada Inc., British Columbia (Attorney General) v. ... 86
London (City) v. RSJ Holdings Inc. ... 588

M

Muroff, Rogers Wireless Inc. v. ... 921

R

R. v. Clayton ... 725
R. v. Couture ... 517
R. v. Hape ... 292
R. v. Teskey ... 267
Rogers Wireless Inc. v. Muroff ... 921

PAGE

Rothmans, Benson & Hedges Inc., Canada (Attorney General) v. 610
RSJ Holdings Inc., London (City) v. 588

S

Strother v. 3464920 Canada Inc. 177

T

Teskey, R. v. 267

PAGE

U

Union des consommateurs, Dell Computer Corp. v. 801

V

Vancouver (City), Burrardview Neighbourhood Association v. 86

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

3464920 Canada Inc., Davis & Company, a partnership c. ... 177
3464920 Canada Inc., Strother c. ... 177

A

Addison & Leyen Ltd., Canada c. ... 793
Alberta, Baier c. ... 673
Alberta, Banque canadienne de l'Ouest c. ... 3

B

Baier c. Alberta ... 673
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta ... 3
Burrardview Neighbourhood Association c. Vancouver (City) ... 86

C

Canada c. Addison & Leyen Ltd. ... 793
Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltd. ... 610
Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp. ... 610
Canada (Procureur général) c. Rothmans, Benson & Hedges Inc. ... 610
Clayton, R. c. ... 725
Colombie-Britannique, Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. ... 391
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ... 86
Couture, R. c. ... 517

D

Davis & Company, a partnership c. 3464920 Canada Inc. ... 177
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs ... 801

H

Hape, R. c. ... 292
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique ... 391

I

Imperial Tobacco Canada Ltd., Canada (Procureur général) c. ... 610

J

JTI-Macdonald Corp., Canada (Procureur général) c. ... 610

L

Lafarge Canada Inc., Colombie-Britannique (Procureur général) c. ... 86
London (Cité) c. RSJ Holdings Inc. ... 588

M

Muroff, Rogers Sans-fil inc. c. ... 921

R

R. c. Clayton ... 725
R. c. Couture ... 517
R. c. Hape ... 292
R. c. Teskey ... 267
Rogers Sans-fil inc. c. Muroff ... 921

PAGE

Rothmans, Benson & Hedges Inc., Canada (Procureur général) c. 610
RSJ Holdings Inc., London (Cité) c. 588

S

Strother c. 3464920 Canada Inc. 177

T

Teskey, R. c. 267

PAGE

U

Union des consommateurs, Dell Computer Corp. c. 801

V

Vancouver (City), Burrardview Neighbourhood Association c. 86

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	38, 78, 150

A

Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs	[2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598	322
Acier Leroux inc. v. Tremblay	[2004] R.J.Q. 839	847
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)	[1997] 2 S.C.R. 581	45, 168
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 S.C.R. 897	43
Armitage v. Nurse	[1997] 2 All E.R. 705	260
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	57, 75
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117	27
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326	31
Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers	[1924] A.C. 328	27
Attorney-General for Ontario v. Winner	[1954] A.C. 541	124
Attorney-General for Ontario v. Winner	[1954] 4 D.L.R. 657	34
Attorney General of Alberta v. Putnam	[1981] 2 S.C.R. 267	48
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	32
Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218	48
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	647
Attorney-General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada	[1978] 2 S.C.R. 211	46
Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltée	[2001] R.J.Q. 173	881

B

B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	707, 776
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	53, 74, 131
Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)	(2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206	58, 75
Bank of Toronto v. Lambe	(1887), 12 App. Cas. 575	28
Banque Nationale du Canada v. Premdev inc.	[1997] Q.J. No. 689 (QL)	847
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	238, 263
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	29, 112, 138
Bisaillon v. Concordia University	[2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19	855, 875
Blackwater v. Plint	[2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58	238
Bolkiah v. KPMG	[1999] 2 A.C. 222	218
Bouzari v. Islamic Republic of Iran	(2004) 71 O.R. (3d) 675	315
Bray v. Ford	[1896] A.C. 44	226
Bristol and West Building Society v. Mothew	[1996] 4 All E.R. 698	260

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	[2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23	39, 68
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	[2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49	28
Brown v. Durham Regional Police Force	(1998), 131 C.C.C. (3d) 1	774
Bureau v. Beauce Société mutuelle d'assurance générale	SOQUIJ AZ-96035006	882

C

C.C.I.C. Consultech International v. Silverman	[1991] R.D.J. 500	847
Canadian Aero Services Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592	206
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	643
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 662	111
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson	[1998] 3 S.C.R. 157	418
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4	324
Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia	[1977] 2 S.C.R. 504	24
Canadian National Railway Co. v. Courtois	[1988] 1 S.C.R. 868	42
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General of British Columbia	[1948] S.C.R. 373	127
Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours	[1899] A.C. 367	43
Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan	[1980] 1 S.C.R. 433	24
Canadian Union of Public Employees v. Nova Scotia Labour Relations Board	[1983] 2 S.C.R. 311	449
Canadian Western Bank v. Alberta	[2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22	98
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534	226, 261
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695	110
Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)	[1986] I.C.J. Rep. 14	319
Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.	[2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36	220
Chan v. Zacharia	(1984), 154 C.L.R. 178	226
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35	463, 488
Chassé v. Union canadienne, compagnie d'assurance	[1999] R.R.A. 165	882
Chiefs of Ontario v. Ontario	(2003), 63 O.R. (3d) 335	216
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	24
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	759
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)	[1990] 2 S.C.R. 838	35
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	41, 138
Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan, Wright & Co.	(1914), 19 C.L.R. 457	57
Compagnie nationale algérienne de navigation v. Pegasus Lines Ltd. S.A.	[1994] Q.J. No. 329 (QL)	847
Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée	[1990] R.J.Q. 2783	833
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	45, 120, 155
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	439, 705
Côté v. Rancourt	[2004] 3 S.C.R. 248, 2004 SCC 58	210
Country Pork Ltd. v. Ashfield (Township)	(2002), 60 O.R. (3d) 529	606

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Coutu v. Jorgensen	(2004), 202 B.C.A.C. 67	221
Coyne v. Broddy	(1887), 13 O.R. 173	121
Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re	(2004), 2 B.L.R. (4th) 109	216
Crocker v. Sipus	(1992), 57 O.A.C. 310	277
Customs Régime between Germany and Austria	(1931), P.C.I.J. Ser. A/B, No. 41	317

D

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	462, 498, 739
Dalimpex Ltd. v. Janicki	(2003), 228 D.L.R. (4th) 179	848
Daniels v. White	[1968] S.C.R. 517	323
De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.	[2006] S.J. No. 210 (QL)	205
de Guzman v. de la Cruz	[2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36	220
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	376, 740, 758
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)	[1999] 2 S.C.R. 989	419, 479, 686
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	[2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34	923, 928
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285	34
Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.	[2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17	819, 871
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	40
Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.	(2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22	205
Dominion Bridge Corp. v. Knai	[1998] R.J.Q. 321	817, 863
Dominion Stores Ltd. v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 844	32
Dubai Aluminium Co. v. Salaam	[2003] 2 A.C. 366	237
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	438
Dunmore v. Ontario (Attorney General)	[2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94	411, 478, 689, 712

E

E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia	[2005] 3 S.C.R. 45, 2005 SCC 60	238
E.D.G. v. Hammer	[2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52	238
Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	25

F

Fondation M. v. Banque X.	BGE 122 III 139 (1996)	846
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	628, 859
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031	48

G

Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.	[1992] 2 S.C.R. 499	912
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	28
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	28
Gosselin v. The King	(1903), 33 S.C.R. 255	541

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne	[1971] S.C.R. 997	316
Great West Saddlery Co. v. The King	[1921] 2 A.C. 91	34
Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)	(1999), 43 O.R. (3d) 9	120
Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)	(2000), 50 O.R. (3d) 641	43, 111, 155
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.	[2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46	834, 871
Gregory Co. v. Imperial Bank of Canada	[1960] C.S. 204	55
Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113	848
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 1 S.C.R. 271	880

H

Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	479, 686, 712
Halifax (City of) v. Halifax Harbour Commissioners	[1935] S.C.R. 215	121
Hamilton Harbour Commissioners v. City of Hamilton	(1976), 21 O.R. (2d) 459	110, 154
Harper v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33	462, 485, 717
Hawkins v. United States	358 U.S. 74 (1958)	544
Hilton v. Barker Booth and Eastwood	[2005] 1 All E.R. 651	207, 249
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	29
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	226, 249
Hogan v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 574	764
Holman v. Green	(1881), 6 S.C.R. 707	159
Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.	(1984), 156 C.L.R. 41	253
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	255, 579
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	377
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	26

I

Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	608
In re Athlumney	[1898] 2 Q.B. 547	879
Indianapolis v. Edmond	531 U.S. 32 (2000)	766
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	40, 73, 145, 628, 685, 707, 712
Island of Palmas Case (Netherlands v. United States)	(1928), 2 R.I.A.A. 829	319
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	109

J

Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	238
Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul	[1952] 1 S.C.R. 292	44, 124
John Deere Plow Co. v. Wharton	[1915] A.C. 330	34
Joseph v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.	SOQUIJ AZ-99036669	882

K

K.L.B. v. British Columbia	[2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51	238

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Kanitz v. Rogers Cable Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 299	916
Kelly v. Cooper	[1993] A.C. 205	218, 253
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	320
Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.	[1999] Q.J. No. 5922 (QL)	847, 881
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31	26, 71
Knowlton v. The Queen	[1974] S.C.R. 443	759

L

La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.	[1992] R.D.J. 273	875
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914	32
Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie	[2000] R.J.Q. 1708	837
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	441, 661, 703
Law Society of British Columbia v. Mangat	[2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67	37, 77, 131
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	410, 684
Lemieux v. 9110-9595 Québec inc.	[2004] Q.J. No. 9489 (QL)	882
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	[1975] 1 S.C.R. 178	48
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	685, 712
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178	321, 374
Lipohar v. The Queen	(1999), 200 C.L.R. 485 [1999] HCA 65	900
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	465
Lloyd v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 645	541

M

M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	133
MacDonald Estate v. Martin	[1990] 3 S.C.R. 1235	205
Mack v. Canada (Attorney General)	(2002), 60 O.R. (3d) 737	315
MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead	(1983), 22 B.L.R. 255	235
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725	884
Martin v. Goldfarb	(1998), 41 O.R. (3d) 161	219
Martineau v. Verreault	[2001] Q.J. No. 3103 (QL)	882
Masson v. Thompson	[1994] R.J.Q. 1032	867
McDonic Estate v. Hetherington (Litigation Guardian of)	(1997), 31 O.R. (3d) 577	237
McKay v. The Queen	[1965] S.C.R. 798	35
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.	[1991] 1 S.C.R. 779	125
Montreal (City of) v. Montreal Harbour Commissioners	[1926] 1 D.L.R. 840	110
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	[2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62	686
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	320
Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg	[1983] 2 S.C.R. 493	900
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6	501
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	52, 131, 150

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE

N

Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	606
Native Women's Assn. of Canada v. Canada	[1994] 3 S.C.R. 627	479, 687, 712
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 S.C.R. 751	32
Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.	[2004] 3 S.C.R. 381, 2004 SCC 66	464
Nocton v. Lord Ashburton	[1914] A.C. 932	223
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh	[2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83	438
Nova Scotia Power Inc. v. Canada	[2004] 3 S.C.R. 53, 2004 SCC 51	121
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	464

O

Ogg-Moss v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 173	773
O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	29
Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)	[2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15	694
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	(1993), 13 O.R. (3d) 389	43
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1028	43
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	33, 98
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	35, 324
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	643, 712

P

Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55	46, 137
Paul v. Paul	[1986] 1 S.C.R. 306	47
Perrault v. Gauthier	(1898), 28 S.C.R. 241	425
Perry v. State of Florida	422 So.2d 957 (1982)	775
Printz v. United States	521 U.S. 898 (1997)	783
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)	[1990] 2 S.C.R. 367	413
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	413

Q

Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	825
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson	(1883), 10 S.C.R. 222	124

R

R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70	418
R. v. Amway Corp.	[1989] 1 S.C.R. 21	541
R. v. Asante-Mensah	[2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38	773
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	536, 571
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	420, 689
R. v. Bryan	[2007] 1 S.C.R. 527, 2007 SCC 12	485
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	284

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	377
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	789
R. v. Cook	[1998] 2 S.C.R. 597	306, 359, 384
R. v. Czibulka	(2004), 189 C.C.C. (3d) 199	572
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	776
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	498, 632
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	122
R. v. Elrick	[1983] O.J. No. 515 (QL)	284
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	377
R. v. F. (W.J.)	[1999] 3 S.C.R. 569	573
R. v. Felawka	[1993] 4 S.C.R. 199	746
R. v. Godoy	[1999] 1 S.C.R. 311	376, 741, 759
R. v. Greening	(1992), 43 M.V.R. (2d) 53	44
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	306, 364, 385
R. v. Hawkins	[1996] 3 S.C.R. 1043	525, 568
R. v. Henry	(1990), 61 C.C.C. (3d) 455	223
R. v. Henry	[2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76.	587
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	739, 758
R. v. Jean	(1979), 7 C.R. (3d) 338	586
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	497, 707, 712
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	561, 572
R. v. Khelawon	[2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57	557, 571
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	378
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257	739, 758
R. v. Lin	[1995] B.C.J. No. 982 (QL)	284
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	637
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	702
R. v. Mann	[2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52	376, 737, 753
R. v. Mapara	[2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23	559
R. v. McGinty	(1986), 1 Y.R. 27	541
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	759
R. v. Murray	(1999), 136 C.C.C. (3d) 197	737, 756
R. v. Neil	[2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70	205, 249
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	644
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	439, 486, 619, 718, 764
R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board	(1963), 38 D.L.R. (2d) 530	121
R. v. Orbanski	[2005] 2 S.C.R. 3, 2005 SCC 37	758
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	279, 284
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	542, 580
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	352
R. v. Shamray	(2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1	223
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	632
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	271, 282, 578
R. v. Simpson	(1993), 12 O.R. (3d) 182	759
R. v. Simpson	(1993), 79 C.C.C. (3d) 482	741

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	572
R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.	(1994), 133 N.S.R. (2d) 50	284
R. v. Speid	(1983), 43 O.R. (2d) 596	221
R. v. Spence	[2005] 3 S.C.R. 458, 2005 SCC 71	780
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	575
R. v. Stenning	[1970] S.C.R. 631	759
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	776
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	776
R. v. Terry	[1996] 2 S.C.R. 207	306, 361, 385
R. v. TNT Canada Inc.	(1986), 37 D.L.R. (4th) 297	45
R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.	[1960] O.R. 497	44
R. v. U. (F.J.)	[1995] 3 S.C.R. 764	564, 574
R. v. Waterfield	[1963] 3 AU E.R. 659	755
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	624
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	764
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	439, 637, 685
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	[2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8	439
Ramrakha v. Zinner	(1994), 157 A.R. 279	214
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	324
Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon	(1976), 11 O.R. (2d) 546	124
Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon	(1976), 66 D.L.R. (3d) 610	44
Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.	(1965), 51 D.L.R. (2d) 716	45
Re Sturmer and Town of Beaverton	(1911), 24 O.L.R. 65	132
Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.	(1964), 15 L.A.C. 161	459
Rees v. Convergia	[2005] Q.J. No. 3248 (QL), 2005 QCCA 353	904
Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences	[1943] S.C.R. 208	315
Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts	[1943] S.C.R. 483	315
Reference re Anti-Inflation Act	[1976] 2 S.C.R. 373	26
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	[2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56	26
Reference re Firearms Act (Can.)	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	26, 746
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529	41, 113
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan	[1948] S.C.R. 248	48
Reference re Newfoundland Continental Shelf	[1984] 1 S.C.R. 86	316
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	324, 413
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	24, 316
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	661
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	65
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200	161
Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.	[1972] S.C.R. 811	44
Richard-Gagné v. Poiré	[2006] Q.J. No. 9350 (QL), 2006 QCCS 4980	882
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	466, 497, 619, 662
Robbie the Pict v. Her Majesty's Advocate	[2003] ScotHC 12	283

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Robertson Building Systems Ltd. v. Constructions de la Source inc.	[2006] Q.J. No. 3118 (QL), 2006 QCCA 461	847
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	[2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13	53, 77, 131
Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.	[1971] S.C.R. 1038	879
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 1 S.C.R. 369	448
Rudder v. Microsoft Corp.	(1999), 2 C.P.R. (4th) 474	916
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	692, 776

S

Saint John (Municipality of) v. Fraser-Brace Overseas Corp.	[1958] S.C.R. 263	315
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	27
Schreiber v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 841	334, 363, 385
Schreiber v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62	324
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	36
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	606
Siemens v. Manitoba (Attorney General)	[2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3	687
Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.	[2002] Q.J. No. 437 (QL)	881
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	321
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	324
Smith v. McInnis	[1978] 2 S.C.R. 1357	250
Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.	[2005] Q.J. No. 9998 (QL)	881
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] S.C.R. 629	120
Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.	(1997), 150 D.L.R. (4th) 24	216
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	316, 433
Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"	[1971] F.C. 263	867

T

Tennant v. Union Bank of Canada	[1894] A.C. 31	15, 74
Terry v. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	766
The Case of the S.S. "Lotus"	(1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10	326
The Parlement Belge	(1880), 5 P.D. 197	320
The Ship "North" v. The King	(1906), 37 S.C.R. 385	315
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	462, 484, 703, 711
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	893
Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada	[1905] A.C. 52	34
Trammel v. United States	445 U.S. 40 (1980)	544
Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria	[1977] 1 Q.B. 529	314
Trociuk v. British Columbia (Attorney General)	[2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34	465
Turgeon v. Dominion Bank	[1930] S.C.R. 67	58

U

U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	685
Uniform Custom Countertops Inc. v. Royal Designer Tops Inc.	[2004] O.J. No. 3090 (QL)	220
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden	[1899] A.C. 580	31
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	348

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	320, 381
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7	324, 381
United States v. Clipper	973 F.2d 944 (1992)	782
V		
Vancouver Sun (Re)	[2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43	695
Venchiarutti v. Longhurst	(1992), 8 O.R. (3d) 422	44
W		
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	439
Warman International Ltd. v. Dwyer	(1995), 128 A.L.R. 201	231
Waxman v. Waxman	(2004), 186 O.A.C. 201	219
Westeel-Rosco Ltd. v. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre	[1977] 2 S.C.R. 238	121
Wewaykum Indian Band v. Canada	[2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79	226, 283
Whitbread v. Walley	[1990] 3 S.C.R. 1273	126, 161
Williams v. Reed	29 F. Cas. 1386 (1824)	218
World LLC v. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.	[1998] Q.J. No. 736 (QL)	881
Z		
Zavarovalna Skupnost Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.	[1983] 1 S.C.R. 283	126
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	321
Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic	[1983] 1 S.C.R. 529	864

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI
	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40 ... 38, 78, 150

A

Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs	[2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598 ... 322
Acier Leroux inc. c. Tremblay	[2004] R.J.Q. 839 ... 847
Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)	(1928), 2 R.I.A.A. 829 ... 319
Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)	[1986] C.I.J. Rec. 14 ... 319
Affaire du « Lotus »	(1927), C.P.J.I. sér. A, no 10 ... 326
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424 ... 413
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)	[1997] 2 R.C.S. 581 ... 45, 168
Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 R.C.S. 897 ... 43
Armitage c. Nurse	[1997] 2 All E.R. 705 ... 260
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada	[1994] 3 R.C.S. 627 ... 479, 687, 712
Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503 ... 57, 75
Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117 ... 27
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326 ... 31
Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers	[1924] A.C. 328 ... 27
Attorney-General for Ontario c. Winner	[1954] A.C. 541 ... 124
Attorney-General for Ontario c. Winner	[1954] 4 D.L.R. 657 ... 34
Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée	[2001] R.J.Q. 173 ... 881

B

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1998] 2 R.C.S. 214 ... 707, 776
Bande indienne Wewaykum c. Canada	[2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79 ... 226
Bande indienne Wewaykum c. Canada	[2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45 ... 283
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31 ... 26, 71
Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)	(2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206 ... 58, 75
Bank of Toronto c. Lambe	(1887), 12 App. Cas. 575 ... 28
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	[2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22 ... 98
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121 ... 53, 74, 131
Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.	[1997] A.Q. n° 689 (QL) ... 847
Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.	[1971] R.C.S. 1038 ... 879
Bazley c. Curry	[1999] 2 R.C.S. 534 ... 238, 263
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749 ... 29, 112, 138

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Bisaillon c. Université Concordia	[2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19	855, 875
Blackwater c. Plint	[2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58	238
Bolkiah c. KPMG	[1999] 2 A.C. 222	218
Bouzari c. Islamic Republic of Iran	(2004), 71 O.R. (3d) 675	315
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 914	32
Bray c. Ford	[1896] A.C. 44	226
Bristol and West Building Society c. Mothew	[1996] 4 All E.R. 698	260
Brown c. Durham Regional Police Force	(1998), 131 C.C.C. (3d) 1	774
Bureau c. Beauce Société mutuelle d'assurance générale	SOQUIJ AZ-96035006	882

C

C.C.I.C. Consultech International c. Silverman	[1991] R.D.J. 500	847
Canadian Aero Services Ltd. c. O'Malley	[1974] R.C.S. 592	206
Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 662	111
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4	324
Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1977] 2 R.C.S. 504	24
Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General of British Columbia	[1948] R.C.S. 373	127
Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours	[1899] A.C. 367	43
Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan	[1980] 1 R.C.S. 433	24
Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.	[1991] 3 R.C.S. 534	226, 261
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta	[1974] R.C.S. 695	110
Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.	[2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36	221
Chan c. Zacharia	(1984), 154 C.L.R. 178	226
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35	463, 488
Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurance	[1999] R.R.A. 165	882
Chiefs of Ontario c. Ontario	(2003), 63 O.R. (3d) 335	216
Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	24
Cloutier c. Langlois	[1990] 1 R.C.S. 158	759
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.	[2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23	39, 68
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	[2005] 2 R.C.S 473, 2005 CSC 49	28
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)	[1990] 2 R.C.S. 838	35
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] R.C.S. 767	41, 137
Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.	(1914), 19 C.L.R. 457	57
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois	[1988] 1 R.C.S. 868	42
Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.	[1994] A.Q. nº 329 (QL)	847
Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée	[1990] R.J.Q. 2783	833
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	45, 120, 155
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	439, 705

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Côté c. Rancourt	[2004] 3 R.C.S. 248, 2004 CSC 58	210
Country Pork Ltd. c. Ashfield (Township)	(2002), 60 O.R. (3d) 529	606
Coutu c. Jorgensen	(2004), 202 B.C.A.C. 67	221
Coyne c. Broddy	(1887), 13 O.R. 173	121
Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re	(2004), 2 B.L.R. (4th) 109	216
Crocker c. Sipus	(1992), 57 O.A.C. 310	277

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	462, 498, 739
Dalimpex Ltd. c. Janicki	(2003), 228 D.L.R. (4th) 179	848
Daniels c. White	[1968] R.C.S. 517	323
de Guzman c. de la Cruz	[2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36	220
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	376, 740, 758
De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.	[2006] S.J. No. 210 (QL)	205
Delisle c. Canada (Sous-procureur général)	[1999] 2 R.C.S. 989	419, 479, 686
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs	[2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34	923, 928
Derrickson c. Derrickson	[1986] 1 R.C.S. 285	34
Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.	[2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17	819, 871
Dick c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 309	40
Dobbin c. Acrohelipro Global Services Inc.	(2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22	205
Dominion Bridge Corp. c. Knai	[1998] R.J.Q. 321	817, 863
Dubai Aluminium Co. c. Salaam	[2003] 2 A.C. 366	237
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350	438
Dunmore c. Ontario (Procureur général)	[2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94	411, 478, 689, 712

E

E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia	[2005] 3 R.C.S. 45, 2005 CSC 60	238
E.D.G. c. Hammer	[2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52	238
Edwards c. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	25
États-Unis c. Burns	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7	324, 381
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	348
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	320, 381

F

Fondation M. c. Banque X.	BGE 122 III 139 (1996)	846
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	628, 859
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique	[1980] 1 R.C.S. 1031	48

G

Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal	[1992] 2 R.C.S. 499	912
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	28

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	28
Gosselin c. The King	(1903), 33 R.C.S. 255	541
Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne	[1971] R.C.S. 997	316
Great West Saddlery Co. c. The King	[1921] 2 A.C. 91	34
Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)	(1999), 43 O.R. (3d) 9	120
Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)	(2000), 50 O.R. (3d) 641	43, 111, 155
GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.	[2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46	834, 871
Gregory Co. c. Imperial Bank of Canada	[1960] C.S. 204	55
Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113	848
Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1977] 1 R.C.S. 271	880

H

Haig c. Canada	[1993] 2 R.C.S. 995	479, 686, 712
Halifax (City of) c. Halifax Harbour Commissioners	[1935] R.C.S. 215	121
Hamilton Harbour Commissioners c. City of Hamilton	(1976), 21 O.R. (2d) 459	110, 154
Harper c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33	462, 485, 717
Hawkins c. United States	358 U.S. 74 (1958)	544
Hilton c. Barker Booth and Eastwood	[2005] 1 All E.R. 651	207, 249
Hodge c. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	29
Hodgkinson c. Simms	[1994] 3 R.C.S. 377	226, 249
Hogan c. La Reine	[1975] 2 R.C.S. 574	764
Holman c. Green	(1881), 6 R.C.S. 707	159
Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.	(1984), 156 C.L.R. 41	253
Housen c. Nikolaisen	[2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33	255, 579
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	377
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	26

I

Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	608
In re Athlumney	[1898] 2 Q.B. 547	879
Indianapolis c. Edmond	531 U.S. 32 (2000)	766
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)	[1990] 2 R.C.S. 367	413
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	40, 73, 145, 628, 685, 707, 712
ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 R.C.S. 752	109

J

Jacobi c. Griffiths	[1999] 2 R.C.S. 570	238
Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul	[1952] 1 R.C.S. 292	44, 124
John Deere Plow Co. c. Wharton	[1915] A.C. 330	34
Joseph c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.	SOQUIJ AZ-99036669	882

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

K

K.L.B. c. Colombie-Britannique	[2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51	238
Kanitz c. Rogers Cable Inc.	(2002), 58 O.R. (3d) 299	916
Kelly c. Cooper	[1993] A.C. 205	218, 253
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	320
Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.	[1999] J.Q. nº 5922 (QL)	847, 881
Knowlton c. La Reine	[1974] R.C.S. 443	759

L

La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.	[1992] R.D.J. 273	875
Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie	[2000] R.J.Q. 1708	837
Lavigne c. Syndicat canadien des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	441, 661, 703
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	410, 684
Law Society of British Columbia c. Mangat	[2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67	37, 77, 131
Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.	[2004] J.Q. nº 9489 (QL)	882
Libman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 178	321, 374
Libman c. Québec (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 569	685, 712
Lipohar c. The Queen	(1999), 200 C.L.R. 485 [1999] HCA 65	900
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	465
Lloyd c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 645	541

M

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	133
Mack c. Canada (Attorney General)	(2002), 60 O.R. (3d) 737	315
MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead	(1983), 22 B.L.R. 255	235
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	[1995] 4 R.C.S. 725	884
Martin c. Goldfarb	(1998), 41 O.R. (3d) 161	219
Martineau c. Verreault	[2001] J.Q. nº 3103 (QL)	882
Masson c. Thompson	[1994] R.J.Q. 1032	867
McDonic Estate c. Hetherington (Litigation Guardian of)	(1997), 31 O.R. (3d) 577	237
McKay c. The Queen	[1965] R.C.S. 798	35
Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.	[1991] 1 R.C.S. 779	125
Montreal (City of) c. Montreal Harbour Commissioners	[1926] 1 D.L.R. 840	110
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	[2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62	686
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	320
Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg	[1983] 2 R.C.S. 493	900
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6	501
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	52, 131, 150

N

Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	607
Nocton c. Lord Ashburton	[1914] A.C. 932	223

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh	[2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83	438
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	464
Nova Scotia Power Inc. c. Canada	[2004] 3 R.C.S. 53, 2004 CSC 51	122

O

Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson	[1998] 3 R.C.S. 157	418
Ogg-Moss c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 173	773
O'Grady c. Sparling	[1960] R.C.S. 804	29
Ontario c. Canadian Pacific Ltd.	(1993), 13 O.R. (3d) 389	43
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1028	43
Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)	[2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15	694
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	643, 712

P

Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 R.C.S. 751	32
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55	46, 137
Paul c. Paul	[1986] 1 R.C.S. 306	47
Perrault c. Gauthier	(1898), 28 R.C.S. 241	425
Perry c. State of Florida	422 So.2d 957 (1982)	775
Printz c. United States	521 U.S. 898 (1997)	783
Procureur général de l'Alberta c. Putnam	[1981] 2 R.C.S. 267	48
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	32
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	647
Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada	[1978] 2 R.C.S. 211	46
Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	48
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	606

Q

Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q. 966	825
Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson	(1883), 10 R.C.S. 222	124

R

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70	418
R. c. Amway Corp.	[1989] 1 R.C.S. 21	541
R. c. Asante-Mensah	[2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38	773
R. c. B. (K.G.)	[1993] 1 R.C.S. 740	536, 571
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	420, 689
R. c. Bryan	[2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12	485
R. c. Burns	[1994] 1 R.C.S. 656	284
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	377
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	789
R. c. Cook	[1998] 2 R.C.S. 597	306, 359, 384

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Czibulka	(2004), 189 C.C.C. (3d) 199	572
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	776
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	498, 632
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée	[1983] 2 R.C.S. 551	122
R. c. Elrick	[1983] O.J. No. 515 (QL)	284
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	377
R. c. F. (W.J.)	[1999] 3 R.C.S. 569	573
R. c. Felawka	[1993] 4 R.C.S. 199	746
R. c. Godoy	[1999] 1 R.C.S. 311	376, 741, 759
R. c. Greening	(1992), 43 M.V.R. (2d) 53	44
R. c. Harrer	[1995] 3 R.C.S. 562	306, 364, 385
R. c. Hawkins	[1996] 3 R.C.S. 1043	525, 568
R. c. Henry	[1990] A.Q. nº 1629 (QL)	223, 587
R. c. Hufsky	[1988] 1 R.C.S. 621	739, 758
R. c. Jean	(1979), 7 C.R. (3d) 338	586
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	497, 707, 712
R. c. Khan	[1990] 2 R.C.S. 531	561, 572
R. c. Khelawon	[2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57	557, 571
R. c. Kokesch	[1990] 3 R.C.S. 3	378
R. c. Ladouceur	[1990] 1 R.C.S. 1257	739, 758
R. c. Lin	[1995] B.C.J. No. 982 (QL)	284
R. c. Lucas	[1998] 1 R.C.S. 439	637
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	702
R. c. Mann	[2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52	376, 753, 737
R. c. Mapara	[2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23	559
R. c. McGinty	(1986), 1 Y.R. 27	541
R. c. Mellenthin	1992] 3 R.C.S. 615	759
R. c. Murray	(1999), 136 C.C.C. (3d) 197	737, 756
R. c. Neil	[2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70	205, 249
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	644
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	439, 486, 619, 718, 764
R. c. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Ontario Food Terminal Board	(1963), 38 D.L.R. (2d) 530	121
R. c. Orbanski	[2005] 2 R.C.S. 3, 2005 CSC 37	758
R. c. S. (R.D.)	[1997] 3 R.C.S. 484	279, 284
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	542, 580
R. c. Seaboyer	[1991] 2 R.C.S. 577.	352
R. c. Shamray	(2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1	223
R. c. Sharpe	[2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2	632
R. c. Sheppard	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26	271, 282, 578
R. c. Simpson	(1993), 79 C.C.C. (3d) 482	741, 759
R. c. Smith	[1992] 2 R.C.S. 915	572
R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.	(1994), 133 N.S.R. (2d) 50	284
R. c. Speid	(1983), 43 O.R. (2d) 596	221
R. c. Spence	[2005] 3 R.C.S. 458, 2005 CSC 71	780

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Starr	[2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40	575
R. c. Stenning	[1970] R.C.S. 631	759
R. c. Stone	[1999] 2 R.C.S. 290	776
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	776
R. c. Terry	[1996] 2 R.C.S. 207	306, 361, 385
R. c. TNT Canada Inc.	(1986), 37 D.L.R. (4th) 297	45
R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.	[1960] O.R. 497	44
R. c. U. (F.J.)	[1995] 3 R.C.S. 764	564, 574
R. c. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	755
R. c. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 R.C.S. 154	624
R. c. Wray	[1971] R.C.S. 272	764
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	439, 637, 685
Ramrakha c. Zinner	(1994), 157 A.R. 279	214
Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon	(1976), 11 O.R. (2d) 546	44, 124
Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.	(1965), 51 D.L.R. (2d) 716	45
Re Sturmer and Town of Beaverton	(1911), 24 O.L.R. 65	132
Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.	(1964), 15 L.A.C. 161	459
Rees c. Convergia	[2005] J.Q. nº 3248 (QL), 2005 QCCA 353	904
Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences	[1943] R.C.S. 208	315
Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts	[1943] R.C.S. 483	315
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] R.C.S. 529	41, 113
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan	[1948] R.C.S. 248	48
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] R.C.S. 200	161
Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche	(1931), C.P.J.I. sér. A/B, no 41	317
Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.	[1972] R.C.S. 811	44
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	324
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	661
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	26
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23	[2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56	26
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	26, 746
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	324, 413
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	24, 316
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	65
Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve	[1984] 1 R.C.S. 86	316
Richard-Gagné c. Poiré	[2006] J.Q. nº 9350 (QL), 2006 QCCS 4980	882
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	466, 497, 619, 662
Robbie the Pict c. Her Majesty's Advocate	[2003] ScotHC 12	283
Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.	[2006] J.Q. nº 3118 (QL), 2006 QCCA 461	847

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	[2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13	53, 77, 131
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369	448
Rudder c. Microsoft Corp.	(1999), 2 C.P.R. (4th) 474	916

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	[2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8	439
Saint John (Municipality of) c. Fraser-Brace Overseas Corp.	[1958] R.C.S. 263	315
Saumur c. City of Quebec	[1953] 2 R.C.S. 299	27
Schreiber c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 841	334, 363, 385
Schreiber c. Canada (Procureur général)	[2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62	324
Scowby c. Glendinning	[1986] 2 R.C.S. 226	36
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	692, 776
SDGMR c. Saskatchewan	[1987] 1 R.C.S. 460	413
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	33, 98
Siemens c. Manitoba (Procureur général)	[2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3	687
Simbol Test Systems Inc. c. Gnubi Communications Inc.	[2002] J.Q. nº 437 (QL)	881
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	321
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	324
Smith c. McInnis	[1978] 2 R.C.S. 1357	250
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	643
Sonox Sia c. Albury Grain Sales Inc.	[2005] J.Q. nº 9998 (QL)	881
Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] R.C.S. 629	120
Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.	(1997), 150 D.L.R. (4th) 24	216
Succession MacDonald c. Martin	[1990] 3 R.C.S. 1235	205
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	35, 324
Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 844	32
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	316, 433
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)	[1983] 2 R.C.S. 311	449
Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire « Angelic Power »	[1971] C.F. 263	867

T

T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	685
Tennant c. Union Bank of Canada	[1894] A.C. 31	15, 74
Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.	[2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66	464
Terry c. Ohio	392 U.S. 1 (1968)	766
The Parlement Belge	(1880), 5 P.D. 197	320
The Ship « North » c. The King	(1906), 37 R.C.S. 385	315
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	462, 484, 703, 711
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	893
Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada	[1905] A.C. 52	34
Trammel c. United States	445 U.S. 40 (1980)	544
Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria	[1977] 1 Q.B. 529	314

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34	465
Turgeon c. Dominion Bank	[1930] R.C.S. 67	58

U

Uniform Custom Countertops Inc. c. Royal Designer Tops Inc.	[2004] O.J. No. 3090 (QL)	220
Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden	[1899] A.C. 580	31
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada	[1975] 1 R.C.S. 178	48
United States c. Clipper	973 F.2d 944 (1992)	782

V

Vancouver Sun (Re)	[2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43	695
Venchiarutti c. Longhurst	(1992), 8 O.R. (3d) 422	44

W

Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	439
Warman International Ltd. c. Dwyer	(1995), 128 A.L.R. 201	231
Waxman c. Waxman	(2004), 186 O.A.C. 201	219
Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre	[1977] 2 R.C.S. 238	121
Whitbread c. Walley	[1990] 3 R.C.S. 1273	126, 161
Williams c. Reed	29 F. Cas. 1386 (1824)	218
World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.	[1998] A.Q. nº 736 (QL)	881

Z

Zavarovalna Skupnost Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.	[1983] 1 R.C.S. 283	126
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	321
Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic	[1983] 1 R.C.S. 529	864

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 391
s. 2(b) 610, 673
s. 2(d) 391
s. 8 725
s. 9 725
s. 15 ..... 391, 673

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 1435 801
art. 3149 801

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25
art. 940.1 ..... 801, 921
art. 943 801

Constitution Act, 1867
s. 91(1A) 86
s. 91(10) 86
s. 91(15) 3
s. 92(13) 3
s. 92(14) 3

H

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2
s. 3 391
s. 4 391
s. 5 391
s. 6 391
s. 7 391
s. 8 391
s. 9 391
s. 10 391

PAGE

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 160 793

L

Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21
s. 22 673

M

Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25,
s. 239 588
s. 273 588

P

Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13
s. 38 588

S

School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23
s. 1(2) 673

T

Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13
s. 18 610
s. 19 610
s. 22 610

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 391
art. 2b) 610, 673
art. 2d) 391
art. 8 725
art. 9 725
art. 15 391

Civil Code du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 1435 801
art. 3149 801

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25
art. 940.1 ..... 801, 921
art. 943 801

H

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2
art. 3 391
art. 4 391
art. 5 391
art. 6 391
art. 7 391
art. 8 391
art. 9 391
art. 10 391

PAGE

L

Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21
art. 22 673

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(1A) 86
art. 91(10) 86
art. 91(15) 3
art. 92(13) 3
art. 91(14) 3

Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25
art. 239 588
art. 273 588

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 160 793

Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13
art. 38 588

Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13
art. 18 610
art. 19 610
art. 22 610

S

School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23
art. 1(2) 673

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2006, release No. 26). 423

Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145. 322

American Law Institute. *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000. 219

Association des banquiers canadiens. *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits et services financiers.* Toronto : Association des banquiers canadiens, 1999. 17

Audit, Bernard. *Droit international privé*, 4e éd. Paris : Économica, 2006. 823

Bachand, Frédéric. "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" (2006), 22 *Arb. Int'l* 463. 832

Bachand, Frédéric. *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. 844

Baggaley, Carman D. *A Century of Labour Regulation in Canada.* Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada. Ottawa: The Council, February 1981. 427

Bakan, Joel, et al., eds. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003. 149

Banks, R. C. I'anson. *Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002. 263

Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369. 629

Baudouin et Jobin : Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. ..... 851, 914

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989. 912

Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail.* Québec : Presses universitaires Laval, 1955. 422

Béguin, Jacques. *L'arbitrage commercial international.* Montréal : Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987. 837

Bentley, Eric. "Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After Verdugo-Urquidez" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329. 367

Bernatchez, Stéphane. « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé* » (2006), 20 *N.J.C.L.* 73. 486

Bienvenu, Pierre. « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B. can./Can. Bar Rev.* 705. 881

PAGE

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. 886

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book I. Oxford: Clarendon Press, 1765. 773

Bouchard, Mario. « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855. 856

Braën, André. *Le droit maritime au Québec.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1992. 123

Brierley, John E. C. "Arbitration Agreements: Articles 2638-2643", in *Reform of the Civil Code,* vol. 3B, *Marine insurance, Carriage by water, Affreightment, Deposit, Loan, Suretyship, Gaming and Wagering, Transaction, Arbitration Agreements, Insurance and Annuities.* Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. ..... 833, 864

Brierley, John E. C. "Quebec's New (1986) Arbitration Law" (1987-88), 13 *Can. Bus L.J.* 58. 835

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto: Edmond Montgomery, 1993. ..... 821, 870

Brierley, John E. C. « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil,* t. 2, *Obligations, contrats nommés.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1067. ..... 833, 864

Brierley, John E. C. « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B. can./ Can. Bar Rev.* 259. 835

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865. 407

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909. 492

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 2, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated September 2006). 459

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. .... 314, 366

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002. 29

Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 330. Cas nos 2166, 2173, 2180 et 2196. « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n° 1. 435

Burgess, Robert, and Geoffrey Morse. *Partnership Law and Practice.* London: Sweet & Maxwell, 1980. 263

Calvert, John R. "Collective Bargaining in the Public Sector in Canada: Teething Troubles or Genuine Crisis?" (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1. 430

Cameron, B. Jamie. "The 'Second Labour Trilogy': A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67. 714

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *L'avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada.* Ottawa : Chambre des communes, 1998. 66

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 10 octobre 1997, p. 766. 115

Canada. Chambre des communes. *Une stratégie maritime nationale.* Rapport du Comité permanent des Transports, 1995. 114

PAGE

Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès verbaux et témoignages*, fascicule nº 43, 22 janvier 1981, p. 69-70. 433

Canada. Commission du droit. *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes.* Ottawa : La Commission, 2001. 544

Canada. Department of Finance. Report of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity.* Ottawa: Department of Finance, 1998. 65

Canada. Department of Finance. Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity.* Background Paper #2. *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition.* Ottawa: Department of Finance, 1998. 66

Canada. Department of Finance. *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985. 65

Canada. Department of Justice. Canadian Firearms Centre. *Firearms, Accidental Deaths, Suicides and Violent Crime: An Updated Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation.* Working Document by Yvon Dandurand. Ottawa: Department of Justice Canada, September 1998. .. 782

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Firearm Statistics: Updated Tables*, by Kwing Hung, Statistical and Methodological Advisor. Ottawa: Department of Justice Canada, January 2006. 781

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relation de travail.* Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1969. 492

Canada. Gendarmerie royale du Canada. GRC Fiches documentaires, Sous-direction des opérations internationales, octobre 2005 (révisé février 2007) (en ligne : www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_iob_f.htm). 386

Canada. Gendarmerie royale du Canada. Revue de la Sous-direction du maintien de la paix internationale, 2004/2005, 2006 (en ligne: www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_f.pdf). 386

Canada. House of Commons. *A National Marine Strategy.* Report of the Standing Committee on Transport, 1995. 114

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., October 10, 1997, p. 766. 115

Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada.* Ottawa: House of Commons, 1998. 66

Canada. Industrie Canada. Bureau de la consommation. *Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs.* Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct. Ottawa : Le Ministère, 1999. 918

Canada. Industry Canada. Office of Consumer Affairs. *Your Internet Business: Earning Consumer Trust.* A guide to consumer protection for on-line merchants. Ottawa: The Department, 1999. 918

Canada. Law Commission. *Beyond Conjugality: Recognizing and supporting close personal adult relationships.* Ottawa: The Commission, 2001. 544

Canada. Ministère de la Justice. Centre canadien des armes à feu. *Armes à feu, décès accidentels, suicides et crimes violents : Recherche bibliographique concernant surtout le Canada.* Document de travail par Yvon Dandurand. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, septembre 1998. 782

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Statistiques sur les armes à feu : Tableaux mis à jour*, par Kwing Hung, conseiller en statistique et méthodologie. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, janvier 2006. 781

PAGE

Canada. Ministère des Finances. Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités.* Document d'information n° 2. *Souplesse d'organisation des institutions financières : un cadre d'intensification de la concurrence.* Ottawa : Ministère des Finances, 1998. 66

Canada. Ministère des Finances. *La réglementation des institutions financières du Canada : Propositions à considérer.* Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985. 65

Canada. Ministère des Finances. Rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités.* Ottawa : Ministère des Finances, 1998. 65

Canada. Royal Canadian Mounted Police. International Peacekeeping Branch Review, 2004/2005, 2006 (online: www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_e.pdf). 366

Canada. Royal Canadian Mounted Police. RCMP Fact Sheet, International Operations Branch, October 2005 (updated February 2007) (online: www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_iob_e.htm). 386

Canada. Sénat. Seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier.* Ottawa : Le Sénat, 1986. 65

Canada. Senate. Sixteenth Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Towards a More Competitive Financial Environment.* Ottawa: The Senate, 1986. 65

Canada. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70. 433

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Homicide in Canada" (2005), 26:6 *Juristat* 1. 780

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. « L'homicide au Canada » (2005), 26:6 *Juristat* 1. 780

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations.* Ottawa: Privy Council Office, 1969. 421

Canadian Bankers Association. *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services.* Toronto: Canadian Bankers Association, 1999. 17

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "appeal". 646

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986. 424

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour law in Canada*, 5th ed. Markham: Butterworths, 2002. 422

Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure.* Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2005. 881

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. 386

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997. 891

Chartrand, Mark. "The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective" (1984), 16 *Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa* 267. 426

Collier, J. G. *Conflict of Laws*, 3rd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2001. 866 866

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865. 407

PAGE

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909. 436

Cornish, W. R., and G. de N. Clark. *Law and Society in England 1750-1950*. London: Sweet & Maxwell, 1989. 423

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2000, « constater ». 885

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. ..... 317, 386, 858, 878

Côté, Pierre-André. The Interpretation of Legislation in Canada, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ..... 317, 386, 858, 878

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994 (feuilles mobiles mises à jour février 2006, envoi nº 17). 859

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 317

Coughlan, Stephen, et al. "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29. ..... 325, 366

Coutu, Michel. *Les libertés syndicales dans le secteur public*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989. 437

Crépeau, Paul-André. « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec: Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*. Montréal : Thémis, 2005, 23. 820

Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027. 884

Currie, Robert J. "Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms" (2004), 27 *Dal. L.J.* 235. 369

Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 4th ed. Oxford: Hart Publishing, 2005. 424

Devlin, Richard F., and Victoria Rees. "Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: from Martin v. Gray to R. v. Neil" (2005), 84 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 433. 223

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, vol. 1, 14th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2006. 822

Doumani, Robert G., and Patricia A. Foran. *Ontario Planning Act and Commentary*, 2004/2005 ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004. 601

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. 636

Elliot, Robin M. "Constitutional Law — Division of Powers — Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance: *Ontario Public Service Employees Union v. Attorney-General for Ontario*" (1988), 67 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 523. 141

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006. ..... 826, 906

Estey, Wilfred M. *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997. 210

Forde, M. "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301. 436

Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 143. 881

Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 426

PAGE

Fudge, Judy, and Harry Glasbeek. "The Legacy of PC 1003" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357. 429

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1991. 422

Gaillard, Emmanuel, and John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague: Kluwer Law International, 1999. ..... 837, 880

Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms.* Toronto: Carswell, 1986, 245. 444

Gautrais, Vincent. *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques.* Québec : Fondation du Barreau du Québec, 2005. 852

Gautrais, Vincent. *Know your law: Guide respecting the management of technology-based documents.* Québec: Fondation du Barreau du Québec, 2005. 852

Gélinas, Fabien. « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz.* Montréal : Thémis, 1995, 471. 36

Gernigon, Bernard, Alberto Odero, and Horacio Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Int'l Lab. Rev.* 33. 436

Gernigon, Bernard, Alberto Odero, et Horacio Guido. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37. 436

Getzler, Joshua. "Am I My Beneficiary's Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law.* Sydney: Lawbook Co., 2005, 239. 261

Gibson, Dale. "Constitutional Law — Freedom of Commercial Expression under the Charter — Legislative Jurisdiction over Advertising — A Representative Ruling: *Attorney General of Quebec* v. *Irwin Toy Limited*" (1990), 69 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 339. 139

Gibson, Dale. "Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism" (1969), 47 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 40. 139

Glenday, Daniel, and Christopher Schrenk. "Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947" (1978), 2 *Alternate Routes* 114. 427

Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669. 907

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, et II, *Règles spécifiques.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. 901

Goode, Roy. "Proprietary Restitutionary Claims", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past Present and Future.* Oxford: Hart Publishing, 1998, 63. 260

Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006. 836

Guillemard, Sylvette. « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, www.ejcl.org/82/abs82-1.html. 897

Guillemard, Sylvette, et Alain Prujiner. « La codification internationale du droit international privé : un échec? » (2005), 46 *C. de D.* 175. 897

PAGE

Harvie, Robert A., and Hamar Foster. "Let the Yanks Do It? The Charter, The Criminal Law and Evidence on a 'Silver Platter'" (2001), 59 *Advocate* 71. 365

Hayton, D. "Unique Rules for a Unique Institution, the Trust", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law.* Sydney: Lawbook Co., 2005, 279. 259

Healy, Patrick. "Investigative Detention in Canada", [2005] *Crim. L.R.* 98. 755

Hill, Jonathan. "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in Patrick Capps, Malcolm Evans and Stratos Konstadinidis, eds., *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives.* Oxford: Hart Publishing, 2003. 897

Hogg, Peter W., Allison A. Bushell Thornton and Wade K. Wright. "*Charter* Dialogue Revisited — Or 'Much Ado About Metaphors'" (2007), 45 *Osgoode Hall L.J.* 1. 621

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985. 140

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002. 498

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1). 28, 120, 136

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1). 350, 707

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. supp. (loose-leaf). Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007. ..... 630, 776

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 155

International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Cases Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196 "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1. ..... 435, 489

Kealey, Greg, ed. *Canada investigates industrialism: The Royal Commission on the Relations of Labor and Capital, 1889 (abridged).* Toronto: University of Toronto Press, 1973. 440

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts.* Edmonton: Juriliber, 1994. 916

Kierstead, Shelley. "Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 98. 832

Kindred, Hugh M., and Phillip M. Saunders. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2006. 318

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2001. 318

Klare, Karl E. "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941" (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265. 429

La Forest, Gérard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution.* Toronto: University of Toronto Press, 1969. ..... 120, 156

Laskin, Bora. "Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War" (1941), 2:3 *Food for Thought* 8. 417

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1969. 56

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, The Law Society of British Columbia, 1993. 198

PAGE

Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411. ..... 38, 139

Lefebvre, Brigitte. « Le contrat d'adhésion » (2003), 105 *R. du N.* 439. 850

Lehmann, Matthias. "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753. 837

Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales.* London: Butterworths, 1975. 759

Lipton, Charles. *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959*, 4th ed. Toronto: NC Press, 1978. 423

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations.* Montréal : Thémis, 2006. 850

Loquin, Éric. « Compétence arbitrale », *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034. France : Éditions Techniques, 1994. 846

Loussouarn, Yvon, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières. *Droit international privé*, 8e éd. Paris : Dalloz, 2004. 826

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, looseleaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006. 258

Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton: Juriliber, 2001. ..... 70, 141

Makarov, Alexander N. "Sources", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law.* New York: Oceana, 1972. 823

Mann, F. A. "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years". In W. Michael Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law.* Brookfield, Vermont: Ashgate/Dartmouth, 1999, 139. 329

Manson, Allan. *Spousal Testimony in Criminal Cases in Canada.* A Report for the Law Commission of Canada, September 2001. 544

Manson, Allan. *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada.* Un rapport préparé pour la Commission du droit du Canada, septembre 2001. 544

Marquis, Louis. « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303. 881

Marquis, Louis. « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill/McGill L.J.* 448. 836

Marquis, Louis. « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993, 447. 836

McDonald, Patrick N. "The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155. 56

Millett, Peter. "Proprietary Restitution", in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law.* Sydney: Lawbook Co., 2005, 309. 261

Monahan, Patrick J. *Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002. 136

Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006. 448

Mustill, Michael John. "Arbitration: History and Background" (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43. 832

PAGE

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte — Observations finales du Comité des droits de l'homme — Canada*, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999. 435

North, Peter, and J. J. Fawcett. *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. London: Butterworths, 1999. 822

Nouveau Petit Robert. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « essentiel », « vital ». 41, 113

O'Connor, M. Rick. *Open Local Government 2: How crucial legislative changes impact the way municipalities do business in Canada*. St. Thomas, Ont.: Municipal World, 2004. 597

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, nº 162, 3e sess., 35e lég., 28 novembre 1994, p. 7978. 598

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People*. Toronto: The Commission, 1980. 597

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, No. 162, 3rd Sess., 35th Parl., November 28, 1994, p. 7978. 597

Ontario. Ministère des Affaires municipales. *Des administrations locales accessibles*. Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1992. 597

Ontario. Ministry of Municipal Affairs. *Open Local Government*. Toronto: Queen's Printer, 1992. 598

Ontario. *Report of the Provincial/Municipal Working Committee on Open Meetings and Access to Information*. Toronto: The Committee, July 1984. 597

Oppenheim's International Law, vol. 1, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London: Longman, 1996. 318

Palmer, Bryan D. *Working-Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991*, 2nd ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1992. 425

Parisien, Serge. « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans Daniel Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique*. Montréal : Thémis, 2003, 175. ... 918

Pechota, Vratislav. "Equality: Political Justice in an Unequal World". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 453. 319

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001. 205

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978. 823

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978. 828

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 46, 1re sess., 33e lég., 16 juin 1986, p. 2975. 833

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 55, 1re sess., 33e lég., 30 octobre 1986, p. 3672. 833

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, nº 134, 2e sess., 33e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970. 906

Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Sainte-Foy, Qué. : Le Comité, 2000. 870

PAGE

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et II. Québec : Publications du Québec, 1993. ..... 822, 874

Québec. Ministère de la Justice. Projet de loi 125 : Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144) (1991). Titre deuxième : *Des conflits de lois* (Art. 3059 à 3110). Chapitre troisième : Du statut des obligations (Art. 3085 à 3108). Québec : Le Ministère, 1991. 895

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil.* Québec : Éditeur officiel, 1978. 823

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires.* Québec : Éditeur officiel, 1978. 828

Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives.* Oxford: Oxford University Press, 2003. 327

Riddall, J. G. *The Law of Industrial Relations.* London: Butterworths, 1981. 423

Rochette, Stéphane. "Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?". Dans *Repères*, EYB 2006REP504. 896

Rose, Joseph B. "Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation" (2004), 59 *IR* 271. 431

Rouillard, Jacques. *Histoire du syndicalisme au Québec : Des origines à nos jours.* Montréal : Boréal, 1989. 423

Sankoff, Peter. "Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility: When Ancient and Modern Doctrines Collide" (2006), 35 C.R. (6th) 43. 584

Saumier, Geneviève. « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure » (1998), 58 *R. du B. can./Can. Bar Rev.* 145. 869

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "essential", "support", "vital". 113

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "essential", "vital". 41

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999. 578

Stewart, Hamish. "Spousal Incompetency and the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411. 542 542

Stribopoulos, James. "In *Search* of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the *Charter*" (2005), 31 *Queen's L.J.* 1. 762

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ..... 323, 859

Talpis, J. A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law.* Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barrreau du Québec, 1993. 825

Talpis, J. A., et G. Goldstein, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1989), 91 *R. du N.* 456. ..... 829, 900

Talpis, J. A., et J.-G. Castel. « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801. 825

PAGE

Talpis, Jeffrey A. "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*" (1994), 96 *R. du N.* 183. 872

Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime.* Montréal: Yvon Blais, 1994. 865

Thompson, Mark. "Wagnerism in Canada: Compared to What?", in Anthony Giles, Anthony E. Smith and Kurt Wetzel, eds., *Proceedings of the XXXIst Conference - Canadian Industrial Relations Association.* Toronto: CIRA, 1995, 59. 427

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991. ..... 836, 865

Thuilleaux, Sabine, et Dean M. Proctor. « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470. 867

Tremblay, Raymond. « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246. 865

Tucker, Eric. "'That Indefinite Area of Toleration': Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77" (1991), 27 *Labour/Le Travail* 15. 425

Tucker, Eric. "The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889" (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277. 422

United Nations. Human Rights Committee. *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant — Concluding observations of the Human Rights Committee — Canada,* U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999. 435

Vermeys, Nicolas W. « Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand "browsewrap" rime avec "arbitrabilité" ». Dans *Repères*, EYB 2005REP375. 907

Villaggi, Jean-Pierre. "La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi: les leçons du droit du travail" (1996), 26 *R.D.U.S.* 355. 450

Vischer, Frank. "Connecting Factors", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law.* New York: Oceana, 1999. 826

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, loose-leaf ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated 2007, release 7). 825

Waters, Donovan W. M. "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., *Gerald V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997.* Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81. 206

Webber, Jeremy. "Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907" (1991), 28 *Labour/Le Travail* 15. 427

Wedderburn, Kenneth William. *The Worker and the Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986. 423

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law.* Toronto: Carswell, 1980. 439

Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307. 33

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974. 567

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961. 542

PAGE

Wildhaber, Luzius. "Sovereignty and International Law". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 425. 318

Wilkins, Kerry. "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. 141

Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford: Clarendon Press, 2003. 260

Wyler, Éric, et Alain Papaux. « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », dans Éric Wyler et Alain Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*. Paris : Éditions A. Pédone, 1999, 239. 822

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Wendell Clayton and Troy Farmer *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, Canadian Association of Chiefs of Police, Canadian Civil Liberties Association, and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* CLAYTON

Neutral citation: 2007 SCC 32.

File No.: 30943.

2006: June 19; 2007: July 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Roadblocks — Search power incidental to investigative detention — Police officers responding to report that prohibited firearms openly displayed in parking lot by blocking exit from lot and preventing two accused from leaving in their vehicle — Officers asking accused to exit vehicle — Officers searching accused — Accused carrying prohibited firearms — Whether police conduct in detaining and searching accused constitutional — Whether search incidental to investigative detention unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9.

Criminal law — Police powers — Search incidental to investigative detention — Whether police officers acting within scope of common law police powers when they detained and searched accused.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Wendell Clayton et Troy Farmer *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des chefs de police, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* CLAYTON

Référence neutre : 2007 CSC 32.

N° du greffe : 30943.

2006 : 19 juin; 2007 : 6 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Barrage policier — Pouvoir d'effectuer une fouille accessoirement à une détention aux fins d'enquête — Policiers ayant donné suite à un appel signalant l'exhibition d'armes à feu prohibées dans un stationnement en bloquant la sortie de celui-ci et en empêchant les deux accusés de quitter les lieux à bord de leur véhicule — Accusés pressés par les policiers de descendre du véhicule — Fouille des accusés par les policiers — Découverte d'armes à feu prohibées sur les accusés — La détention et la fouille des accusés étaient-elles constitutionnelles? — La fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9.

Droit criminel — Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — En détenant et en fouillant les accusés, les policiers ont-ils exercé leurs pouvoirs dans les limites établies par la common law?

A 911 call recorded at 1:22 a.m. reported that four of about ten "black guys" in a parking lot in front of a strip club were openly displaying handguns. The caller identified four vehicles. The dispatcher put out a gun call and a number of police immediately responded. At 1:26 a.m., Constables R and D positioned their police vehicle at the rear exit of the club's parking lot. Almost immediately, a car left the area identified by the 911 caller and drove towards the exit. It was not one of the four cars referred to by the 911 caller. R and D stopped the car at 1:27 a.m. On stopping the car, they observed that the occupants, F and C, were black males. D approached F, the driver, and told him that there had been a gun complaint. He asked F to step out of the car and became concerned for his safety because F protested twice before getting out of the car. He asked F to put his hands on the top of the car. Meanwhile, R approached C and began questioning him. C gave strange and evasive answers and stared straight ahead, avoiding eye contact. He was wearing gloves even though it was not "glove weather". R asked C to get out of the car and to place his hands on the rear of the car. C got out of the car but stood blocking R's visual access to the inside of the car. When R put his hand on C's shoulder to direct him to the back of the car, C shoved R and ran away. D and R chased him while another constable, M, watched F. After police officers in front of the club subdued C, R searched him and found a loaded, prohibited handgun in his pocket. M arrested F for possession of a loaded prohibited weapon. F was searched and a loaded prohibited handgun was found under his jacket.

The trial judge held that the initial stop of both accused was lawful but that their further detention and search violated ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He admitted the guns into evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The accused were convicted of carrying concealed weapons and the possession of loaded, prohibited firearms but appealed successfully to the Court of Appeal on the basis of alleged violations of ss. 8 and 9 of the *Charter*. The evidence of the handguns was excluded by the appellate court and acquittals on all charges were entered.

Held: The appeal should be allowed and the convictions should be restored.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: R and D lawfully

Un appel au 9-1-1 enregistré à 1 h 22 a signalé que quatre de quelque dix « hommes noirs » se trouvant dans un stationnement devant un club de danseuses nues exhibaient des armes de poing. Le citoyen a décrit quatre véhicules. La répartitrice a donné l'alerte, et des policiers ont aussitôt convergé vers l'endroit. À 1 h 26, les agents R et D ont pris position à bord de leur véhicule à la sortie arrière du stationnement. Presque aussitôt, une voiture a quitté le lieu présumé de l'infraction et s'est dirigée vers la sortie. Ce n'était pas l'un des quatre véhicules décrits au 9-1-1. R et D ont intercepté la voiture à 1 h 27. Ils ont alors constaté que les deux occupants, F et C, étaient des hommes de race noire. D s'est approché du conducteur, F, et lui a dit que la présence d'armes à feu avait été signalée. Il lui a demandé de descendre du véhicule. Il a craint pour sa sécurité, car F a refusé deux fois avant de finalement s'exécuter. Il a demandé à F de poser ses mains sur le dessus de la voiture. Dans l'intervalle, R s'était approché de C et avait commencé à l'interroger. C répondait aux questions de manière étrange et évasive et regardait droit devant lui, évitant tout contact visuel. Il portait des gants même si la température ne le justifiait pas. R a demandé à C de descendre et de placer ses mains sur la partie arrière de la voiture. Une fois sorti de l'auto, C empêchait R de voir l'intérieur du véhicule. Lorsque R lui a mis la main à l'épaule pour le diriger vers l'arrière de la voiture, C lui a fait perdre l'équilibre et a pris la fuite. D et R se sont lancés à sa poursuite tandis qu'un autre agent, M, surveillait F. Après que des policiers eurent maîtrisé C devant le club, R l'a fouillé et a découvert dans sa poche une arme de poing prohibée chargée. M a arrêté F pour possession d'une arme prohibée chargée. F a été soumis à la fouille. Une arme de poing prohibée chargée a été trouvée sous sa veste.

Le juge du procès a conclu que les deux accusés avaient été interceptés en toute légalité, mais que leur détention et leur fouille subséquentes avaient été contraires aux art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a refusé d'écarter les armes à titre d'éléments de preuve sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*. Les accusés ont été reconnus coupables de port illégal d'armes dissimulées et de possession d'armes à feu prohibées chargées. La Cour d'appel a cependant accueilli leur appel fondé sur les art. 8 et 9 de la *Charte*. Elle a écarté les armes de poing à titre d'éléments de preuve et elle a prononcé l'acquittement pour tous les chefs d'accusation.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : R et D ont

exercised their common law powers when they detained and searched the accused. There was no violation of ss. 8 or 9 of the *Charter*. [19] [49]

A law authorizing detention is subject to *Charter* scrutiny. The common law regarding police powers of detention requires the state to justify any interference with liberty based on criteria which focus on whether the interference with liberty is necessary given the extent of the risk and the liberty at stake, and no more intrusive than reasonably necessary to address the risk. In determining the boundaries of police powers, caution is required to ensure the proper balance between enabling the police to perform their duties and the accused's liberty and privacy interests. The determination will focus on the nature of the situation, including the seriousness of the offence; the information known to the police about the suspect or the crime; and, the extent to which the detention was reasonably responsive or tailored to these circumstances, including its geographic and temporal scope. This means balancing the seriousness of the risk to public or individual safety with the liberty interests of members of the public to determine whether the nature of the stop is no more intrusive than reasonably necessary. Searches incident to an investigative detention can be justified if the officer believes, on reasonable grounds, that his or her safety, or that of others, is at risk. [21] [26] [29] [31]

In the totality of the circumstances, the initial detention of the accused was reasonably necessary to respond to the seriousness of the offence and the threat to safety inherent in the presence of prohibited weapons in a public place and was temporally, geographically and logistically responsive to the circumstances known to the police. It was a justifiable use of police powers associated with the police duty to investigate the offences described by the 911 caller. The police had reasonable grounds to believe that there were several handguns in a public place. This represented a serious offence, accompanied by a genuine risk of serious bodily harm to the public. Requiring the police to stop only those vehicles described by the 911 caller would impose an unrealistic burden on the police, inconsistent with their duty to respond in a timely manner to the seriousness of the circumstances. [33] [37] [41]

The continued detention of the accused was also justified. The police view that the accused were implicated in the offence under investigation was reasonable. They knew that some people leaving the parking lot would

exercé légalement leurs pouvoirs policiers en common law lorsqu'ils ont détenu et fouillé les accusés. Il n'y a pas eu d'atteinte aux droits garantis aux art. 8 et 9 de la *Charte*. [19] [49]

La règle de droit autorisant la détention doit respecter la *Charte*. Le droit issu de la common law applicable aux pouvoirs de détention des policiers exige de l'État qu'il justifie l'entrave à la liberté en établissant essentiellement qu'elle était nécessaire vu l'étendue du risque et la liberté en jeu et qu'elle n'était attentatoire que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque. Il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d'établir un juste équilibre entre le pouvoir des policiers de s'acquitter de leurs fonctions et le droit des accusés à la liberté et à la vie privée. L'examen tiendra compte de la nature de la situation, y compris la gravité de l'infraction, des renseignements sur le suspect ou sur le crime dont disposaient les policiers et de la mesure dans laquelle la détention était raisonnablement adaptée à ces éléments, notamment en ce qui a trait à l'emplacement et au moment. Il faut donc mettre en balance l'importance du risque pour la sécurité du public en général ou d'une personne en particulier avec le droit à la liberté des citoyens, pour déterminer si l'interception n'a porté atteinte à la liberté que dans la mesure qui était raisonnablement nécessaire. La fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête peut être justifiée lorsque le policier croit, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée. [21] [26] [29] [31]

Vu l'ensemble des circonstances, la détention initiale des accusés constituait une mesure raisonnablement nécessaire eu égard à la gravité de l'infraction et au risque pour la sécurité inhérent à la présence d'armes prohibées dans un lieu public. Aussi, le délai de réaction, la délimitation géographique de l'intervention et les moyens employés étaient adaptés à la situation alors connue des policiers. L'interception initiale constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers liés à l'obligation d'enquêter relativement aux infractions signalées au 9-1-1. Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire à la présence de plusieurs armes de poing dans un lieu public, ce qui constituait une infraction grave et créait un risque réel de préjudice corporel grave pour le public. Compte tenu de la gravité de la situation, il aurait été irréaliste et incompatible avec leur devoir d'agir avec célérité que les policiers interceptent uniquement les véhicules décrits au 9-1-1. [33] [37] [41]

Le maintien en détention des accusés était également justifié. La croyance des policiers que les accusés étaient parties à l'infraction visée par l'enquête était raisonnable. Ils savaient que certaines des personnes

have guns and that the suspects were black males. Both accused came from the scene of the reported crime, in the first vehicle to leave the lot within minutes of the 911 call, and matched the 911 caller's description. [45-47]

D and R's safety concerns justified the searches of both accused as incidental to their lawful investigative detentions. The relevant time for assessing D and R's conduct is the time of the actual search and seizure. By that time, they had the requisite subjective and objective grounds to search the accused. [48-49]

Per Binnie, LeBel and Fish JJ.: On occasion the Crown will argue (as here) that a common law which authorizes police conduct that infringes individual *Charter* freedoms may nevertheless be justified in the larger interest of society. The majority applies the pre-*Charter* test set out in *Waterfield*. However, continued use of the *Waterfield* approach without modification not only adds to the problematic elasticity of common law police powers, but sidesteps the real policy debate in which competing individual and societal interests should be clearly articulated in the established framework of *Charter* analysis. The common law *Waterfield* test should be modified where police claim a common law power that is challenged on *Charter* grounds by requiring a court first to determine whether the power claimed by the police exists at common law, and if so whether the common law would, if valid, authorize police interference with *Charter* rights, and finally whether the interference thus authorized can be justified under s. 1 of the *Charter*. If necessary, the court may also have to determine in a particular case whether the power was exercised reasonably by the police in the totality of the circumstances. [59-61]

Individuals going about their ordinary business should not be blocked by the police and required to account for themselves unless there exists legal authority for the detention. When the police blocked the accused's car, they were implementing a strategy to stop all cars without any criteria to select the drivers to be stopped. The accused were arbitrarily detained within the meaning of s. 9 of the *Charter*. [62] [65-66]

Justification for the accused's arbitrary detention must come from statute or the common law. Here there is no statute and no existing jurisprudence authorized the blockade. The trial judge found that unlike in *Mann* the police here did not have reasonable grounds for individualized suspicion of the accused when they stopped

qui quitteraient le stationnement seraient armées et que les suspects étaient de sexe masculin et de race noire. Les deux accusés sont arrivés du lieu présumé de l'infraction à bord du premier véhicule à quitter le stationnement peu après l'appel au 9-1-1, et ils correspondaient au signalement. [45-47]

Le souci de leur sécurité justifiait D et R de fouiller les deux accusés accessoirement à la détention légale aux fins d'enquête. Le moment à considérer pour apprécier les actes de D et de R est celui de la fouille et de la saisie. Ils avaient alors les motifs subjectifs et objectifs requis. [48-49]

Les juges Binnie, LeBel et Fish : Il arrive que le ministère public fasse valoir (comme en l'espèce) qu'une règle de droit de common law autorisant une mesure policière attentatoire à une liberté individuelle garantie par la *Charte* peut néanmoins être justifiée dans l'intérêt général de la société. Les juges majoritaires appliquent le critère antérieur à la *Charte* établi dans l'arrêt *Waterfield*. Toutefois, recourir encore à ce critère sans quelque modification ajoute non seulement au problème de l'élasticité des pouvoirs policiers en common law, mais esquive aussi le véritable débat de principe où les intérêts opposés de l'individu et de la société doivent être clairement exposés dans le cadre établi de l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans le cas d'un pouvoir policier contesté sur le fondement de la *Charte*, le critère de l'arrêt *Waterfield* devrait être modifié en exigeant que le tribunal détermine d'abord si le pouvoir policier allégué existe en common law puis, dans l'affirmative, s'il autorise l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* et, enfin, si la règle de droit qui autorise l'atteinte peut être justifiée par application de l'article premier de la *Charte*. Au besoin, le tribunal peut devoir en outre se demander si, dans une affaire donnée, le pouvoir policier a été exercé raisonnablement eu égard à « l'ensemble des circonstances ». [59-61]

Les gens qui vaquent à leurs occupations habituelles ne doivent être empêchés de circuler librement et être tenus de rendre des comptes à la police qu'en vertu d'un pouvoir de détention légal. En interceptant la voiture des accusés, les policiers mettaient en œuvre une stratégie consistant à arrêter tous les véhicules sans distinction. Les accusés ont été arbitrairement détenus au sens de l'art. 9 de la *Charte*. [62] [65-66]

La détention arbitraire des accusés doit avoir pour assise une règle de droit d'origine législative ou de common law. En l'espèce, ni la loi ni la jurisprudence n'autorisait l'interception. Le juge du procès a conclu que contrairement à ce qu'exigeait l'arrêt *Mann*, les policiers n'avaient pas eu de motifs raisonnables de

their car. Nor was the initial detention of the accused based on the police power to detain in dangerous circumstances such as when a violent crime has been committed or as in *Murray* when dangerous criminals are in fresh flight. Nor can the police turn to case law that affirms the lawfulness of a blockade in support of road safety because the roadblock in this case had nothing to do with road safety. It is contended that at common law, however, the police may authorize blockades to stop, detain and question motorists where interference with an accused's liberty is reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the police interference. [58] [67-68] [70-71] [81] [84] [86] [98]

At common law, police interference with liberty interests must be necessary to carry out a police duty. Police duties include the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property. Here the police had reasonable grounds to believe that a serious crime had been committed and that the perpetrators might be apprehended by a quick roadblock. Gun calls import a threat to public order and concerns for safety. In this case, the proximity of the roadblock to the reported offence, in place and time, increased the likelihood of effective police action and any interference with exiting motorists was of relatively short duration and of slight inconvenience. The roadblock was authorized at common law. [68-69] [90] [99-100]

The common law ostensibly authorized limited infringement of motorists' *Charter* liberties. The purpose of the roadblock was to determine the whereabouts of guns reported in a 911 call and to obtain information leading to the arrest of those guilty of the reported firearms offences. A law authorizing the roadblock must necessarily include interference with civil liberties of passing motorists to the extent reasonably necessary to achieve the purpose of the blockade. The law afforded the police an initial opening to engage with the motorists who were stopped, and to proceed (or not) according to whatever information emerged from a view of the occupants and the vehicle's interior and some quick screening questions. [72] [97]

The common law authority of detention by a carefully tailored blockade in response to a 911 gun call

soupçonner les accusés lorsqu'ils avaient intercepté leur véhicule. La détention initiale n'avait pas non plus eu pour fondement le pouvoir que confère aux policiers une situation dangereuse lorsque par exemple un crime violent a été perpétré ou, comme dans l'affaire *Murray*, que de dangereux criminels sont depuis peu en cavale. Une décision confirmant la légalité d'un barrage policier dans l'intérêt de la sécurité routière ne saurait être invoquée à l'appui de la mesure prise en l'espèce, car la sécurité routière n'était nullement en cause. On prétend que la common law permet cependant aux policiers d'établir un barrage pour intercepter des automobilistes, les détenir et les interroger lorsque l'entrave à la liberté est raisonnable compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'intérêt public qui sous-tend la mesure policière. [58] [67-68] [70-71] [81] [84] [86] [98]

En common law, l'atteinte à une liberté individuelle par un policier doit être nécessaire à l'exécution de ses obligations, dont le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens. En l'espèce, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu'un crime grave avait été commis et que la mise en place rapide d'un barrage pourrait permettre d'en arrêter les auteurs. L'infraction liée à l'utilisation d'armes à feu menace l'ordre public et constitue un risque pour la sécurité. Dans la présente affaire, la proximité du barrage policier par rapport au lieu présumé de l'infraction et la rapidité de sa mise en place ont accru les chances de réussite de l'intervention policière, et toute atteinte infligée aux automobilistes quittant les lieux a duré relativement peu de temps et n'a causé que peu d'inconvénients. La common law autorisait la mise en place du barrage policier. [68-69] [90] [99-100]

La common law autorisait manifestement une atteinte limitée aux libertés des automobilistes garanties par la *Charte*. L'objectif du barrage était de trouver les armes à feu et de recueillir des renseignements permettant l'arrestation des auteurs des infractions signalées au 9-1-1. La règle de droit qui autorise le barrage doit nécessairement conférer le pouvoir de porter atteinte aux libertés civiles des automobilistes dans la mesure raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de sa mise en place. Elle permettait d'abord de s'adresser à l'automobiliste intercepté, puis de prendre (ou non) d'autres mesures, selon les constatations faites en jetant un coup d'œil aux occupants et à l'intérieur du véhicule et les réponses à de brèves questions de contrôle. [72] [97]

La règle de droit de common law qui confère un pouvoir de détention au moyen d'une mesure (le barrage)

constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* on the rights of the accused guaranteed by s. 9 of the *Charter* to be free of arbitrary detention. Section 1 is the proper place to weigh the accused's individual rights against society's collective rights. The protection of society from the flaunting of illegal handguns in a crowded public place is clearly a pressing and substantial public purpose. An investigation prompted by a gun call engages fundamental issues of public peace and public order. Handguns pose a serious and growing societal danger. The roadblock was a rational response to the 911 gun call. The blockade in this case minimally impaired the accused's right to be free from arbitrary detention. The roadblock was tailored to the information given to the police and anything less than a full blockade would not have served the purpose of the roadblock. The salutary effects of the roadblock exceeded its deleterious effects. [102] [106] [108] [113] [115-118] [122]

On the facts here the police exercised their blockade powers reasonably "in the totality of the circumstances". It would not have been prudent for the police to assume that the people reported by the 911 caller would necessarily leave in the vehicles described by the caller. The police should not be required to rely on an unknown 911 caller's ability to recognize vehicle makes. The blockade involved no more than a brief imposition on the time of motorists departing from the parking lot. The police did not overreach their powers by stopping the accused. [121-122]

The searches of the accused did not violate s. 8 of the *Charter*. By the time C was asked to step out of the car, the police had sufficient individualized suspicion to detain and search him. His appearance corresponded to the 911 call and he was wearing gloves on a warm night explicable by a concern about fingerprints. When C was told police were responding to a gun call he bolted. The gun found when he was searched was properly admitted into evidence. The case of F is more problematic but it would have been unrealistic to treat F as unconnected to C. Both, being black, fit the general description by the 911 caller. F was quickly leaving the parking lot immediately after the gun call in the same car as C. Once sufficient grounds arose to require C to get out of the car and submit to a search for reasons of police safety, it would have been foolhardy for the police to leave F, possibly armed, in the car. There were sufficient grounds for a pat-down search of F for

bien circonscrite prise après que la présence d'armes à feu a été signalée au 9-1-1 constitue, pour les besoins de l'article premier de la *Charte*, une restriction raisonnable du droit des accusés à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. C'est au regard de l'article premier qu'il convient de soupeser les droits individuels des accusés et les droits collectifs de la société. Protéger la société contre l'exhibition d'armes de poing illégales dans un lieu public bondé constitue clairement un objectif urgent et réel. L'enquête déclenchée par un appel signalant la présence d'hommes munis d'armes à feu fait entrer en jeu les notions fondamentales de paix publique et d'ordre public. Les armes de poing représentent un danger de plus en plus grave pour la collectivité. Le barrage policier était une mesure rationnelle pour donner suite à l'appel au 9-1-1. Il a porté atteinte le moins possible au droit des accusés à la protection contre la détention arbitraire. Il a été établi en fonction des renseignements dont disposaient les policiers, et un barrage où tous les véhicules n'auraient pas été interceptés n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif de sa mise en place. Ses effets bénéfiques l'emportaient sur ses effets préjudiciables. [102] [106] [108] [113] [115-118] [122]

En l'espèce, les policiers ont exercé raisonnablement leur pouvoir d'établir un barrage, eu égard à « l'ensemble des circonstances ». Il aurait été imprudent qu'ils supposent que les personnes dénoncées au 9-1-1 repartiraient nécessairement à bord des véhicules décrits lors de l'appel. Ils ne devraient pas avoir à se fier au citoyen anonyme qui compose le 9-1-1 et à son aptitude à identifier une voiture. Le barrage policier a seulement retenu brièvement les automobilistes qui quittaient le stationnement. Les policiers n'ont pas abusé de leur pouvoir en interceptant les accusés. [121-122]

Les fouilles des accusés n'ont pas violé le droit garanti à l'art. 8 de la *Charte*. Au moment où le policier a demandé à C de descendre du véhicule, il avait des soupçons précis suffisants pour le détenir et le fouiller. C correspondait au signalement et portait des gants malgré la chaleur, ce qui donnait à penser qu'il craignait de laisser ses empreintes. Lorsque la police lui a dit que la présence d'armes à feu avait été signalée, il a pris la fuite. Le pistolet trouvé sur lui lors de la fouille a à juste titre été admis en preuve. Le cas de F est moins clair, mais il aurait été déraisonnable de considérer qu'il n'était pas lié à C. Noirs tous les deux, ils répondaient à la description générale donnée au 9-1-1. F quittait rapidement le stationnement dans le même véhicule que C peu après l'appel au centre d'urgence. Une fois qu'ils ont eu des motifs suffisants pour demander à C de descendre de la voiture et de se soumettre à une fouille pour leur sécurité, les policiers auraient commis une

officer safety incidental to his continued detention. His gun thereby disclosed was also properly entered into evidence. [123-124]

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; **referred to**: *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659.

By Binnie J.

Applied: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **discussed:** *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; **distinguished:** *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; **referred to:** *R. v. Orbanski*, [2005] 2 S.C.R. 3, 2005 SCC 37; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Indianapolis v. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000); *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Perry v. State of Florida*, 422 So.2d 957 (1982); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458, 2005 SCC 71; *United States v. Clipper*, 973 F.2d 944 (1992); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9, 24.

imprudence s'ils avaient laissé F dans la voiture alors qu'il était peut-être armé. Une crainte suffisante pour sa sécurité justifiait le policier de fouiller F par palpation accessoirement au maintien de sa détention. L'arme de F a donc elle aussi été régulièrement admise en preuve. [123-124]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; **arrêts mentionnés :** *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659.

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts analysés :** *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; **arrêts mentionnés :** *R. c. Orbanski*, [2005] 2 R.C.S. 3, 2005 CSC 37; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Indianapolis c. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000); *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Perry c. State of Florida*, 422 So.2d 957 (1982); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, 2005 CSC 71; *United States c. Clipper*, 973 F.2d 944 (1992); *Printz c. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, s. 317B.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.S.W.), 2002, No. 103, s. 37.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 1, 4.
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.), 2000, No. 5, s. 26.
Police Powers (Vehicle Interception) Act 2000 (Tas.), 2000, No. 46, s. 5.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42(3).
Summary Offences Act 1953 (S.A.), 1953, s. 74B.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book I. Oxford: Clarendon Press, 1765.
Canada. Department of Justice. Canadian Firearms Centre. *Firearms, Accidental Deaths, Suicides and Violent Crime: An Updated Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation.* Working Document by Yvon Dandurand. Ottawa: Department of Justice Canada, September 1998.
Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Firearm Statistics: Updated Tables*, by Kwing Hung, Statistical and Methodological Advisor. Ottawa: Department of Justice Canada, January 2006.
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Homicide in Canada" (2005), 26:6 *Juristat* 1.
Healy, Patrick. "Investigative Detention in Canada", [2005] *Crim. L.R.* 98.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. supp. (loose-leaf). Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.
Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales.* London: Butterworths, 1975.
Stribopoulos, James. "In *Search* of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the *Charter*" (2005), 31 *Queen's L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Doherty and Lang JJ.A.) (2005), 196 O.A.C. 16, 194 C.C.C. (3d) 289, 27 C.R. (6th) 197, 129 C.R.R. (2d) 82, [2005] O.J. No. 1078 (QL), setting aside the accused's convictions for unlawfully carrying concealed weapons and possessing loaded prohibited firearms. Appeal allowed.

Michal Fairburn and *Lisa Joyal*, for the appellant.

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, art. 317B.
Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (N.S.W.), 2002, No. 103, art. 37.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(3).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 1, 4.
Police Powers and Responsibilities Act 2000 (Qld.), 2000, No. 5, art. 26.
Police Powers (Vehicle Interception) Act 2000 (Tas.), 2000, No. 46, art. 5.
Summary Offences Act 1953 (S.A.), 1953, art. 74B.

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries of the Laws of England*, Book I. Oxford : Clarendon Press, 1765.
Canada. Ministère de la Justice. Centre canadien des armes à feu. *Armes à feu, décès accidentels, suicides et crimes violents : Recherche bibliographique concernant surtout le Canada.* Document de travail par Yvon Dandurand. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, septembre 1998.
Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Statistiques sur les armes à feu : Tableaux mis à jour*, par Kwing Hung, conseiller en statistique et méthodologie. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, janvier 2006.
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. « L'homicide au Canada » (2005), 26:6 *Juristat* 1.
Healy, Patrick. « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. supp. (loose-leaf). Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007.
Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales.* London : Butterworths, 1975.
Stribopoulos, James. « In *Search* of Dialogue : The Supreme Court, Police Powers and the *Charter* » (2005), 31 *Queen's L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Doherty et Lang) (2005), 196 O.A.C. 16, 194 C.C.C. (3d) 289, 27 C.R. (6th) 197, 129 C.R.R. (2d) 82, [2005] O.J. No. 1078 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité des accusés pour les infractions de port illégal d'armes dissimulées et de possession d'armes à feu prohibées chargées. Pourvoi accueilli.

Michal Fairburn et *Lisa Joyal*, pour l'appelante.

Heather A. McArthur and *Mara Greene*, for the respondent Wendell Clayton.

Deepak Paradkar, *Faisal Mirza* and *S. Jay Passi*, for the respondent Troy Farmer.

Robert W. Hubbard and *Marian E. Bryant*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Greg Preston and *Bonnie Bokenfohr*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Jonathan C. Lisus and *Christopher A. Wayland*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Frank Addario and *Jonathan Dawe*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA J. — Within minutes of receiving a 911 call indicating that a number of persons were openly displaying handguns in a strip club's parking lot, the police stopped the first car leaving from the lot's rear exit. The car's two occupants, Wendell Clayton and Troy Farmer, were searched. Each had a loaded semi-automatic handgun, weapons prohibited by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue in this appeal is the constitutionality of the police conduct in stopping and searching Clayton and Farmer.

I. Background

At 1:22 a.m. on Friday, September 24, 1999, a dispatcher received a 911 call from an agitated caller who said he was inside a Coffee Time donut store across the street from the Million Dollar Saloon, a strip club. He said there were about ten "black guys" in the parking lot at the front of the

Heather A. McArthur et *Mara Greene*, pour l'intimé Wendell Clayton.

Deepak Paradkar, *Faisal Mirza* et *S. Jay Passi*, pour l'intimé Troy Farmer.

Robert W. Hubbard et *Marian E. Bryant*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Greg Preston et *Bonnie Bokenfohr*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Jonathan C. Lisus et *Christopher A. Wayland*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Frank Addario et *Jonathan Dawe*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE ABELLA — Quelques minutes après un appel au 9-1-1 signalant la présence de personnes armées dans le stationnement d'un club de danseuses nues, des policiers ont intercepté le premier véhicule à quitter les lieux par l'issue arrière du stationnement. Ses deux occupants, Wendell Clayton et Troy Farmer, ont été fouillés. Chacun d'eux était en possession d'une arme de poing semi-automatique chargée, une arme à feu prohibée au sens du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de leur interception et de leur fouille par les policiers. 1

I. Contexte

Le vendredi 24 septembre 1999 à 1 h 22, une répartitrice du service 9-1-1 a reçu l'appel d'un homme affolé qui se trouvait à la beignerie Coffee Time en face du club de danseuses nues Million Dollar Saloon et qui affirmait qu'une dizaine d'« hommes noirs », dont quatre armés de 2

club and that four of them had handguns "like glocks". He said about their guns that "they had them and took them out and they put them back in all together". He was able to identify four cars in the parking lot because their headlights were on: a black GMC Blazer, a black Jeep Cherokee, a tan-coloured Lexus LS and a white two-door Acura Legend. The Blazer had already left the parking lot when the call was made.

3 At 1:24 a.m., the dispatcher called the police in the area and told them that a 911 caller "can see a bunch of male blacks with guns out front of the Million Dollar ... [C]omplainant saw approximately 10 parties. Four of them with guns". The dispatcher then described the four vehicles, indicating that the Blazer had left. A number of police immediately converged on the club, and set up perimeter surveillance posts around it.

4 There are two entrances to the club's parking lot, one in front and one at the rear. At 1:26 a.m., P.C. Andrew Robson and P.C. Jeff Dickson positioned their vehicle so they could watch the rear exit. The purpose of the "perimeter", according to P.C. Dickson, was to "make sure everything stays inside it". Almost immediately, a black car drove from the front of the building towards the rear exit. P.C. Robson and P.C. Dickson blocked the exit, stopping the car. On stopping the car, they observed that the two occupants were black males.

5 The police got out of their cruiser and approached the car, a Jaguar. It was not one of the four vehicles specifically identified by the 911 caller. P.C. Robson went to the passenger's side where Clayton was sitting and P.C. Dickson approached the driver, Farmer.

6 P.C. Dickson told Farmer that there had been a gun complaint and asked him, for his own safety, to step out of the car. In his words:

For my safety I wanted to — just so I could see around. I could see around, make sure he didn't have — wasn't

pistolets de type « Glock », se trouvaient dans le stationnement devant le club. Il a précisé au sujet des armes : [TRADUCTION] « ils les avaient et les ont sorties puis remises en place tous ensemble ». Il a en outre été en mesure de décrire quatre véhicules dont les phares étaient allumés : un Blazer GMC noir, une Jeep Cherokee noire, une Lexus LS beige et une Acura Legend blanche à deux portières. Le Blazer avait déjà quitté le stationnement au moment de l'appel.

À 1 h 24, la répartitrice a communiqué avec les policiers patrouillant dans le secteur pour leur signaler la présence [TRADUCTION] « d'un groupe d'hommes noirs armés devant le Million Dollar Saloon ... environ dix personnes, dont quatre armées ». Elle a ensuite décrit les quatre véhicules et précisé que le Blazer avait quitté les lieux. Des policiers se sont aussitôt dirigés vers le club et ont établi des postes de surveillance du périmètre.

Le stationnement du club compte deux entrées, l'une à l'avant et l'autre à l'arrière. À 1 h 26, les agents Andrew Robson et Jeff Dickson ont immobilisé leur véhicule de façon à pouvoir surveiller la sortie arrière. Selon l'agent Dickson, la raison d'être du « périmètre » était de faire en sorte que [TRADUCTION] « tout ce qui s'y trouve y demeure ». Presque aussitôt, un véhicule noir se trouvant devant le club s'est dirigé vers la sortie arrière. Les agents Robson et Dickson l'ont intercepté en bloquant la sortie. Ils ont alors constaté que les deux occupants étaient des hommes de race noire.

Les policiers sont descendus de leur autopatrouille et se sont approchés de la voiture, une Jaguar. Il ne s'agissait pas de l'un des quatre véhicules signalés au 9-1-1. L'agent Robson s'est dirigé vers le passager, Clayton, et l'agent Dickson, vers le conducteur, Farmer.

Après lui avoir dit qu'on leur avait signalé la présence d'hommes armés, l'agent Dickson — pour sa propre sécurité — a demandé à Farmer de descendre du véhicule. Voici un extrait de son témoignage :

[TRADUCTION] Pour ma sécurité je voulais — juste pour bien voir. Mieux voir, m'assurer qu'il n'avait pas

holding a gun. And if he stepped out I could see his hands better. Might be able to see anything if there was anything in pockets or anything. So, it's just to see in the car, if there's anything maybe on the seat . . . .

Farmer responded, "You've got to be kidding." P.C. Dickson again asked him to get out of the car. Once again Farmer protested, saying "This is ridiculous." P.C. Dickson asked him a third time and was met with the same response. Farmer finally got out of the car.

Suspicious because of Farmer's reluctance to get out of the car and concerned for his safety, P.C. Dickson asked him to turn around and put his hands on the top of the car. He explained his conduct as follows:

A. After he got out I asked the driver if he could turn around and put his hands on top of the car.

Q. Why? Why did you ask him to do that?

A. For my safety. Like, at this point I had no idea what — just that it's suspicious of what was going on. I wanted to make sure I could see everything first. Like, right away I asked him to turn around. I was going to — I had the full intention, right at that time, to search the driver. I went to put my hand on him.

Q. And why were you planning to search the driver?

A. Just that, this time with the seriousness of the call, and everything with the description, we were just going to see if he was carrying any weapons.

Clayton was in the passenger seat. P.C. Robson told Clayton that their car had been stopped because there had been a gun call and they were looking for guns. Clayton told him that they had just arrived at the club, prompting P.C. Robson to ask why they were leaving. Clayton paused and again said, "But we just got here." When asked if they had seen anything at the front of the club, Clayton repeated, "We just got here."

— qu'il ne portait pas d'arme. Et s'il descendait, je pourrais mieux voir ses mains. J'aurais pu voir s'il y avait quelque chose dans ses poches ou autre chose. Alors, c'est seulement pour voir à l'intérieur de la voiture, s'il y avait quelque chose sur le siège . . .

Farmer a répondu [TRADUCTION] « Vous devez plaisanter? » L'agent Dickson a réitéré sa demande, mais Farmer a encore protesté, disant que c'était ridicule. L'agent Dickson a formulé sa demande une troisième fois et obtenu la même réponse. Finalement, Farmer s'est exécuté.

Rendu méfiant par la réticence de Farmer à descendre du véhicule et soucieux de sa propre sécurité, l'agent Dickson a demandé à Farmer de faire demi-tour et de mettre ses mains sur le dessus de la voiture. Voici comment il a expliqué sa conduite : 7

[TRADUCTION]

R. Une fois le conducteur sorti du véhicule, je lui ai demandé de faire demi-tour et de mettre les mains sur le dessus de la voiture.

Q. Pourquoi? Pourquoi lui avez-vous demandé de le faire?

R. Pour me protéger. C'est que, à ce moment-là, je n'avais aucune idée que — c'est juste que la situation me rendait méfiant. Je voulais d'abord m'assurer de tout voir. C'est pourquoi je lui ai tout de suite demandé de se tourner. J'allais — J'avais la ferme intention, à ce moment-là, de fouiller le conducteur. J'allais le faire.

Q. Et pourquoi comptiez-vous fouiller le conducteur?

R. On voulait juste — vu la gravité de l'appel et compte tenu de la description, — on voulait juste s'assurer qu'il n'avait pas d'arme.

Clayton prenait place du côté passager. L'agent Robson lui a dit que le véhicule avait été intercepté par suite d'un appel signalant la présence d'hommes armés et qu'ils étaient à la recherche d'armes à feu. Clayton a dit que Farmer et lui venaient tout juste d'arriver au club. L'agent Robson lui a alors demandé pourquoi ils partaient déjà. Après une pause, Clayton a répondu une deuxième fois qu'ils venaient tout juste d'arriver. L'agent lui a demandé s'ils avaient vu quoi que ce soit devant le club, et Clayton a répété qu'ils venaient tout juste d'arriver. 8

9 During this discussion, Clayton stared straight ahead, making no eye contact. P.C. Robson noticed that Clayton was wearing black leather driving gloves despite being the passenger and the night being, as P.C. Robson said at trial, "certainly not glove weather".

10 Because of the gloves, the way he was responding to his questions, and the fact that this was the first and only car to leave the area, P.C. Robson asked Clayton to get out of the car in order to search it. P.C. Robson testified that since Clayton was "a heavy set individual", it would be easier to search the two-door sports car if no one occupied the seat. Clayton complied, but looked nervous and was swaying from side to side, blocking visual access to the inside of the car. For his own protection, P.C. Robson asked him twice to move to the rear of the car and place his hands on the car where he could see them, but Clayton simply responded that he had nothing on him. P.C. Robson then put his hand on Clayton's shoulder to direct him to the back of the car. Clayton shoved him, causing him to lose his balance, and ran towards the front of the club.

11 P.C. Dickson, who was with Farmer but saw the struggle, joined P.C. Robson in chasing Clayton. He turned Farmer over to P.C. Lance Mulholland, who had stopped his cruiser behind P.C. Robson's.

12 When they got to the front of the club, P.C. Robson and P.C. Dickson found Clayton lying on the ground, subdued by other officers. While Clayton was on the ground, one of the club's bouncers told the police that Clayton was one of the men with the guns. P.C. Robson escorted Clayton, who had by now been handcuffed, back to the police cruiser. On their way back, P.C. Robson asked Clayton if he had any guns. When Clayton nodded, P.C. Robson asked where it was. Clayton told him it was in his pant pocket, and P.C. Robson pulled what turned out to be a loaded semi-automatic pistol from Clayton's pocket. There were eight rounds of ammunition in the gun.

Pendant l'échange, Clayton regardait droit devant lui, évitant tout contact visuel. L'agent Robson a remarqué qu'il portait des gants de conduite en cuir noir même s'il n'était pas au volant et, comme il l'a fait remarquer au procès, cette nuit-là, la température [TRADUCTION] « ne justifiait certainement pas le port de gants ».

À cause des gants, de la façon de répondre aux questions et du fait que le véhicule était le premier et le seul à avoir quitté les lieux, l'agent Robson a demandé à Clayton de descendre pour qu'il puisse fouiller le véhicule. Selon son témoignage, comme Clayton était [TRADUCTION] « solidement charpenté », il était plus facile de fouiller la voiture sport à deux portières si personne n'occupait le siège. Clayton a obéi, mais il semblait nerveux et se balançait de gauche à droite, empêchant le policier de voir l'intérieur du véhicule. Pour sa propre protection, l'agent Robson lui a demandé à deux reprises de se déplacer vers l'arrière du véhicule et de poser ses mains sur la voiture de façon qu'elles soient bien visibles, mais Clayton s'est contenté de répondre qu'il n'avait rien sur lui. L'agent Robson lui a alors mis la main à l'épaule pour le diriger vers l'arrière du véhicule. Clayton a bousculé l'agent, lui a fait perdre l'équilibre et a couru vers le devant du club.

Témoin de l'incident alors qu'il s'occupait de Farmer, l'agent Dickson s'est lancé à la poursuite de Clayton avec l'agent Robson après avoir confié Farmer à l'agent Lance Mulholland, qui avait immobilisé son auto-patrouille derrière celle de l'agent Robson.

À leur arrivée devant le club, les deux agents ont constaté que Clayton avait été maîtrisé au sol par des collègues. L'un des videurs du club a alors dit aux policiers qu'il s'agissait de l'un des hommes armés. Menotté, Clayton a été conduit à l'auto-patrouille par l'agent Robson, qui lui a demandé s'il était armé. Vu le signe de tête affirmatif de Clayton, l'agent Robson a demandé où se trouvait l'arme. Clayton a répondu qu'elle était dans la poche de son pantalon. L'agent Robson en a retiré un pistolet semi-automatique. L'arme contenait huit cartouches.

P.C. Mulholland, who had seen the struggle between Clayton and P.C. Robson, ordered Farmer to put his hands on the car roof. Because, after a few seconds, he said he heard P.C. Robson confirm over the radio that Clayton was in custody and had been in possession of a firearm, P.C. Mulholland immediately arrested Farmer for possession of the gun found on Clayton. He then turned Farmer over to another officer, P.C. Pidano, who found a loaded handgun when he lifted Farmer's jacket.

Témoin de l'incident entre Clayton et l'agent Robson, l'agent Mulholland a ordonné à Farmer de placer ses mains sur le pavillon de la voiture. Quelques secondes plus tard, il a entendu l'agent Robson confirmer par communication radio que Clayton avait été arrêté et qu'une arme à feu avait été trouvée sur lui. C'est ce qui l'aurait amené à arrêter Farmer aussitôt pour possession de l'arme découverte sur Clayton. Il a ensuite confié la garde de Farmer à un autre policier, l'agent Pidano, qui a découvert une arme de poing chargée sous la veste de Farmer. 13

The trial took place prior to this Court's decision in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52. Relying on *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (Que. C.A.), a decision which affirmed the constitutionality of a roadblock, the trial judge, Durno J., held that the initial stopping of Farmer and Clayton's vehicle was lawful, but that the further detention and search violated ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He declined, however, to exclude their guns from the evidence under s. 24(2), concluding that the *Charter* breaches occurred in a "fast-paced situation" in which the officers had "little time for reflection", that the admission of the guns into evidence would not affect trial fairness, that there was no bad faith on the part of the police, and that the exclusion of the guns would do more to bring the administration of justice into disrepute than their admission ([2001] O.J. No. 2393 (QL)). Both Farmer and Clayton were convicted of unlawfully carrying a concealed weapon and possessing a loaded prohibited firearm.

Le procès a eu lieu avant l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, de notre Cour. S'appuyant sur le jugement *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Qué.), qui confirmait la constitutionnalité d'un barrage policier, le juge Durno a conclu que le véhicule de Farmer et de Clayton avait été intercepté en toute légalité, mais que la détention et la fouille subséquentes avaient été contraires aux art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a toutefois refusé d'écarter les armes à feu à titre d'éléments de preuve sur le fondement du par. 24(2), estimant que les atteintes aux droits garantis par la *Charte* avaient eu lieu dans le [TRADUCTION] « feu de l'action » sans que les agents n'aient eu « beaucoup de temps pour réfléchir », que l'admission des armes en preuve n'aurait pas d'incidence sur l'équité du procès, que les policiers n'avaient pas agi de mauvaise foi et que l'exclusion des armes était davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que leur admission ([2001] O.J. No. 2393 (QL)). Farmer et Clayton ont tous deux été reconnus coupables de port illégal d'une arme dissimulée et de possession d'une arme à feu prohibée chargée. 14

In the Ontario Court of Appeal, Doherty J.A., writing for a unanimous court, allowed Farmer and Clayton's appeals, quashed the convictions, and entered acquittals on all charges ((2005), 194 C.C.C. (3d) 289). The court concluded that the "roadblock" was unlawful because there was no imminent danger and because the police did not tailor their intervention to stop only the four vehicles identified in the 911 call. Had they properly

Au nom des juges unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a accueilli les appels de Farmer et de Clayton, annulé les déclarations de culpabilité et prononcé l'acquittement pour tous les chefs d'accusation ((2005), 194 C.C.C. (3d) 289). La Cour d'appel a conclu à l'illégalité du « barrage policier » étant donné l'absence d'un danger imminent et l'omission des policiers de n'intercepter que les quatre véhicules correspondant à la description 15

tailored their response, Farmer and Clayton's vehicle would not have been detained. As a result, their detention and subsequent searches violated ss. 9 and 8 of the *Charter.*

16 In its s. 24(2) analysis, the Court of Appeal found the *Charter* breaches to be of such severity as to justify the exclusion of the evidence. The court concluded that, in stopping the car, the police did not turn their minds to the ancillary powers doctrine and consider the limits of their powers. This failure, the court concluded, was a result of the training they had received, which "left no room for a fact-specific assessment once a 'gun call' went out" (para. 84). The guns were therefore excluded to send an "emphatic" message to the police about their "institutional failure", which the court found "significantly aggravate[d]" the seriousness of the breach.

17 The Crown appealed, arguing, persuasively in my view, that the police had lawful authority for the methodology used in this case and that, accordingly, there were no violations of ss. 8 or 9 of the *Charter.*

II. Analysis

18 The Crown conceded that the initial stopping of Clayton and Farmer resulted in their detention within the meaning of s. 9 of the *Charter.* The Crown also acknowledged that the subsequent police examination of the interior of the car and its occupants constituted a search for the purposes of s. 8. Those provisions of the *Charter* state:

> **8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.
>
> **9.** Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

19 If the police conduct in detaining and searching Clayton and Farmer amounted to a lawful exercise of their common law powers, there was no violation

donnée au service 9-1-1. Si leur intervention avait été bien circonscrite, les policiers n'auraient pas intercepté le véhicule de Farmer et de Clayton. Par conséquent, la détention et la fouille subséquentes contrevenaient aux droits garantis aux art. 9 et 8 de la *Charte.*

Dans son analyse relative au par. 24(2), la Cour d'appel a jugé que la gravité des atteintes aux droits constitutionnels justifiait l'exclusion des éléments de preuve. Elle a conclu qu'en interceptant le véhicule, les policiers n'avaient tenu compte ni de la doctrine des pouvoirs accessoires ni des limites de leurs pouvoirs. Cette omission était selon elle imputable à leur formation, qui [TRADUCTION] « excluait toute appréciation de la situation particulière dès que la présence d'une arme à feu était signalée » (par. 84). Elle a donc écarté les armes à feu de la preuve afin de transmettre aux intéressés un message « clair » concernant cette [TRADUCTION] « faiblesse organisationnelle » qui, à son avis, avait « considérablement accru » la gravité de l'atteinte.

Le ministère public a interjeté appel, soutenant — de manière convaincante selon moi — que les policiers avaient le pouvoir légal de recourir à la mesure contestée, de sorte qu'il n'y avait pas eu violation des droits garantis aux art. 8 et 9 de la *Charte.*

II. Analyse

Le ministère public reconnaît que l'interception initiale de Clayton et de Farmer constituait une détention au sens de l'art. 9 de la *Charte.* Il reconnaît également que les policiers ont ensuite soumis l'intérieur du véhicule et ses occupants à une fouille au sens de l'art. 8. Voici le libellé des deux dispositions :

> **8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.
>
> **9.** Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Si la détention et la fouille de Clayton et de Farmer constituent un exercice légal des pouvoirs policiers en common law, il n'y a pas eu de

of their *Charter* rights. If, on the other hand, the conduct fell outside the scope of these powers, it represented an infringement of the right under the *Charter* not to be arbitrarily detained or subjected to an unreasonable search or seizure.

The following passages from *Mann* are instructive:

> A detention for investigative purposes is, like any other detention, subject to *Charter* scrutiny. Section 9 of the *Charter*, for example, provides that everyone has the right "not to be arbitrarily detained". It is well recognized that a lawful detention is not "arbitrary" within the meaning of that provision. Consequently, an investigative detention that is carried out in accordance with the common law power recognized in this case will not infringe the detainee's rights under s. 9 of the *Charter*.
>
> . . .
>
> The general duty of officers to protect life may, in some circumstances, give rise to the power to conduct a pat-down search incident to an investigative detention. Such a search power does not exist as a matter of course; the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk. [Emphasis added; paras. 20 and 40.]

Thus, a detention which is found to be lawful at common law is, necessarily, not arbitrary under s. 9 of the *Charter*. A search done incidentally to that lawful detention will, similarly, not be found to infringe s. 8 if the search is carried out in a reasonable manner and there are reasonable grounds to believe that police or public safety issues exist.

The statement that a detention which is lawful is not arbitrary should not be understood as exempting the authorizing law, whether it is common law or statutory, from *Charter* scrutiny. Previous decisions of this Court are clear that where a detention by police is authorized by law, the law authorizing detention is also subject to *Charter* scrutiny: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257. The courts can and should develop the common law in a manner consistent with the *Charter*: *Dagenais v. Canadian Broadcasting*

violation des droits que leur garantit la *Charte*. Si, par contre, les policiers ont outrepassé leurs pouvoirs, il y a eu violation du droit constitutionnel à la protection contre la détention arbitraire et contre la fouille, la perquisition ou la saisie abusive.

Les extraits suivants de l'arrêt *Mann* apportent un certain éclairage : 20

> Comme toute autre détention, les détentions aux fins d'enquête doivent respecter les dispositions de la *Charte*. Par exemple, l'art. 9 de la *Charte* précise que chacun a droit « à la protection contre la détention [. . .] arbitrair[e] ». Il est bien établi qu'une détention légale n'est pas « arbitraire » au sens de cette disposition. Par conséquent, une détention aux fins d'enquête exécutée conformément au pouvoir fondé sur la common law reconnu en l'espèce ne porte pas atteinte aux droits que l'art. 9 de la *Charte* garantit à la personne détenue.
>
> . . .
>
> Le devoir général des policiers de protéger la vie peut, dans certaines circonstances, faire naître le pouvoir de procéder à une fouille par palpation accessoire à une détention aux fins d'enquête. Un tel pouvoir de fouille n'existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée. [Je souligne; par. 20 et 40.]

Il s'ensuit donc que la détention jugée légale en common law n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. De même, la fouille accessoire à cette détention légale n'est pas tenue pour contraire à l'art. 8 si elle est effectuée de façon raisonnable et qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la sécurité du policier ou celle du public est en cause.

L'affirmation qu'une détention légale est tenue pour non arbitraire n'a pas pour effet de soustraire au respect de la *Charte* la règle de droit — issue de la common law ou d'origine législative — qui autorise cette détention. Notre Cour a déjà dit clairement que la loi qui autorise la détention par un policier est également assujettie au contrôle constitutionnel : *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257. Les tribunaux peuvent — et doivent — faire évoluer la common law en harmonie avec la *Charte* : *Dagenais c.* 21

Corp., [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 875-78. The common law regarding police powers of detention, developed building on *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, is consistent with *Charter* values because it requires the state to justify the interference with liberty based on criteria which focus on whether the interference with liberty is necessary given the extent of the risk and the liberty at stake, and no more intrusive to liberty than reasonably necessary to address the risk. The standard of justification must be commensurate with the fundamental rights at stake.

22 The key question in this appeal, therefore, is whether the police were acting within the scope of their common law police powers when they detained Clayton and Farmer. These common law powers were described by Doherty J.A. in his reasons at paras. 35-37 with great clarity, requiring no further refinement here:

> The powers and duties of constables at common law were described in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.) at 661:
>
> > In the judgment of this court it would be difficult, and in the present case it is unnecessary, to reduce within specific limits the general terms in which the duties of police constables have been expressed. In most cases it is probably more convenient to consider what the police constable was actually doing and in particular whether such conduct was *prima facie* an unlawful interference with a person's liberty or property. If so, it is then relevant to consider whether (a) such conduct falls within the general scope of any duty imposed by statute or recognised at common law and (b) whether such conduct, albeit within the general scope of such a duty, involved an unjustifiable use of powers associated with the duty.
>
> The powers of police constables at common law, often described as the ancillary police power, as set out in *Waterfield* have been accepted by the Supreme Court of Canada as part of the Canadian common law in several decisions rendered both before and after the proclamation of the *Charter*: see e.g. *Knowlton v. The Queen* (1973), 10 C.C.C. (2d) 377 (S.C.C.) at 379-80; *Dedman v. The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.); *R. v. Godoy* (1999), 131 C.C.C. (3d) 129 (S.C.C.) at 135-36; *R. v. Mann* [(2004), 185 C.C.C. (3d) 308 (S.C.C.)], at 320-1.

Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 875-878. Établi à partir des arrêts *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, le droit issu de la common law applicable aux pouvoirs de détention des policiers est compatible avec les valeurs de la *Charte* en ce qu'il exige de l'État qu'il justifie l'entrave à la liberté en établissant essentiellement qu'elle était nécessaire vu l'étendue du risque et la liberté en jeu et qu'elle n'était attentatoire que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque. La norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause.

La principale question en litige est donc celle de savoir si en détenant Clayton et Farmer, les policiers ont exercé leurs pouvoirs dans les limites établies par la common law. Le juge Doherty ayant décrit très clairement ces pouvoirs (par. 35-37), je le cite sans ajouter quoi que ce soit :

> [TRADUCTION] Les pouvoirs et les fonctions des policiers en common law ont été décrits dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), à la p. 661 :
>
> > Il serait difficile, de l'avis de cette Cour, d'enfermer en des limites rigoureuses les termes généraux dont on s'est servi pour définir les fonctions des agents de police et au surplus c'est inutile dans la présente affaire. Dans la plupart des cas, il est probablement plus facile de se demander ce que l'agent faisait en réalité et notamment si sa conduite constitue de prime abord une atteinte illégale à la liberté personnelle ou à la propriété. Si tel est le cas, il y a lieu de rechercher a) si cette conduite entre dans le cadre général d'un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law et b) si cette conduite, bien que dans le cadre général d'un tel devoir, a comporté un emploi injustifiable du pouvoir découlant de ce devoir.
>
> Dans plusieurs décisions antérieures et postérieures à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les pouvoirs des policiers en common law, souvent appelés pouvoirs accessoires de la police, énoncés dans l'arrêt *Waterfield*, faisaient partie intégrante de la common law canadienne : voir p. ex. *Knowlton c. La Reine* (1973), 10 C.C.C. (2d) 377 (C.S.C.), p. 379-380; *Dedman c. La Reine* (1985), 20 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.); *R. c. Godoy* (1999), 131 C.C.C. (3d) 129 (C.S.C), p. 135-136; *R. c. Mann* [(2004), 185 C.C.C. (3d) 308 (C.S.C.)],

The power of the police to detain for investigative purposes in some circumstances and the power to search as an incident of arrest are two of the better known examples of the exercise of the common law ancillary police power: *R. v. Mann*, *supra*; *R. v. Caslake* (1998), 121 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.) at 107-108.

Where the prosecution relies on the ancillary power doctrine to justify police conduct that interferes with individual liberties, a two-pronged case-specific inquiry must be made. First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty: *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.) at 23-24. [Emphasis deleted.]

Doherty J.A. accepted that the first prong of the analysis was met in this case. In his view, which I share, the police "were clearly acting in the course of their duty to investigate and prevent crime" when they stopped the car and detained its occupants (para. 38). It is true that the police had no specific statutory authority for the initial stop but, as Doherty J.A. pointed out, and as s. 42(3) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, confirms, "[i]t is . . . well established that the police power to interfere with individual liberties reaches beyond those powers specifically enumerated in statutes" (para. 34).

On the specific facts of this case, however, Doherty J.A. was not persuaded that the conduct was a justifiable use of police powers associated with their duty. With great respect, the facts lead me to a different conclusion. I agree with the trial judge, Durno J., that on the information available to the police, they were justified in stopping "all vehicles" emerging from the parking lot and "would have been derelict in their duties had they sat by and watched vehicles leave" (para. 56).

In *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 18, this Court accepted the following test developed by Doherty J.A. in *R. v. Simpson* (1993), 79

p. 320-321. Le pouvoir de détention aux fins d'enquête, applicable dans certaines circonstances et le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation sont les deux exercices les plus connus des pouvoirs accessoires de la police en common law : *R. c. Mann*, précité; *R. c. Caslake* (1998), 121 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.), p. 107-108.

Lorsque la poursuite invoque la doctrine des pouvoirs accessoires pour justifier une atteinte policière aux libertés individuelles, une analyse en deux étapes fondée sur les faits s'impose. Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l'exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l'acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction : *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 23-24. [Soulignement supprimé.]

23 Selon le juge Doherty, la première étape de l'analyse a été franchie en l'espèce. J'estime comme lui que les policiers ont [TRADUCTION] « clairement agi dans l'exercice de leur fonction d'enquêter et de prévenir le crime » lorsqu'ils ont intercepté le véhicule et détenu ses occupants (par. 38). Il est vrai qu'ils n'avaient au départ aucun pouvoir légal spécifique d'intercepter le véhicule, mais comme l'a souligné le juge Doherty (au par. 34), [TRADUCTION] « il est [. . .] bien établi que le pouvoir des policiers de porter atteinte aux libertés individuelles se situe au-delà des pouvoirs que leur confèrent expressément les lois », ce que confirme le par. 42(3) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15.

24 Le juge Doherty n'était cependant pas convaincu que la mesure prise par les policiers en l'espèce constituait un exercice justifiable des pouvoirs liés à leurs fonctions. En toute déférence, les faits m'incitent à tirer une conclusion différente. Comme le juge Durno, qui a présidé le procès, j'estime qu'au vu de l'information dont ils disposaient, les policiers étaient justifiés d'intercepter [TRADUCTION] « tous les véhicules » quittant le stationnement et qu'ils « auraient manqué à leurs obligations s'ils s'étaient contentés d'observer les véhicules quitter les lieux » (par. 56).

25 Dans l'arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 18, notre Cour a repris le critère dégagé par le juge Doherty dans *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C.

C.C.C. (3d) 482 (Ont. C.A.), at p. 499, for assessing whether police interference with individual liberties was justified:

> [T]he justifiability of an officer's conduct depends on a number of factors including the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessitated in order to perform that duty, the importance of the performance of that duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference.

26 In determining the boundaries of police powers, caution is required to ensure the proper balance between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to perform their duties in protecting the public. It was expressed by Le Dain J. in *Dedman*, as follows:

> The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [p. 35]

27 The Court's most recent delineation of this complex assessment is found in *Mann*, where Iacobucci J. described the interplay as follows:

> [O]ur duty is to lay down the common law governing police powers of investigative detention in the particular context of this case.
>
> . . . Over time, the common law has moved cautiously to carve out a limited sphere for state intrusions on individual liberties in the context of policing. The recognition of a limited police power of investigative detention marks another step in that measured development. It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. [Emphasis added; paras. 17-18.]

28 *Mann* dealt with the detention of an individual walking on the sidewalk during the investigation of a break and enter. The Court concluded that the detention was lawful since the accused not

(3d) 482 (C.A. Ont.), p. 499, pour décider de la légitimité d'une atteinte policière aux libertés individuelles :

> [TRADUCTION] [U]n lot de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si la conduite d'un agent de police est justifiée, notamment le devoir dont il s'acquitte, la mesure dans laquelle il est nécessaire de porter atteinte à la liberté individuelle afin d'accomplir ce devoir, l'importance que présente l'exécution de ce devoir pour l'intérêt public, la liberté à laquelle on porte atteinte ainsi que la nature et l'étendue de l'atteinte.

Il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d'établir un juste équilibre entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens. Voici comment le juge Le Dain s'est exprimé à ce sujet dans l'arrêt *Dedman* :

> L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. [p. 35]

La formulation la plus récente de cette démarche complexe figure dans l'arrêt *Mann*, où le juge Iacobucci a décrit comme suit l'action conjuguée de ces deux impératifs :

> [N]otre devoir consiste à énoncer les règles de common law qui régissent, dans le contexte particulier de la présente affaire, les pouvoirs des policiers en matière de détention aux fins d'enquête.
>
> . . . Avec le temps, la common law a su ménager prudemment une sphère restreinte d'immixtions étatiques dans les libertés individuelles aux fins de maintien de l'ordre. Le fait de reconnaître aux policiers un pouvoir limité de détention aux fins d'enquête constitue une autre étape dans cette évolution progressive. Certes, le Parlement est libre d'édicter une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. [Je souligne; par. 17-18.]

Dans cette affaire, une personne marchant sur le trottoir avait été détenue à l'occasion d'une enquête relative à une introduction par effraction. Notre Cour a conclu à la légalité de la détention, car non

only closely matched the description given by the radio dispatcher, which had included the age, race, height, weight, and clothing of the suspect, but also because the accused was only two or three blocks from the scene of the reported crime. While the circumstances in this case are different from those in *Mann* since the police in this case were obviously unable to identify any particulars about the occupants before their initial detention, some of the analysis in *Mann* is nonetheless helpful in assessing whether the police were acting within the scope of their common law powers:

The evolution of the *Waterfield* test, along with the *Simpson* articulable cause requirement, calls for investigative detentions to be premised upon reasonable grounds. The detention must be viewed as reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances, informing the officer's suspicion that there is a clear nexus between the individual to be detained and a recent or on-going criminal offence. Reasonable grounds figures at the front-end of such an assessment, underlying the officers' reasonable suspicion that the particular individual is implicated in the criminal activity under investigation. The overall reasonableness of the decision to detain, however, must further be assessed against all of the circumstances, most notably the extent to which the interference with individual liberty is necessary to perform the officers' duty, the liberty interfered with, and the nature and extent of that interference, in order to meet the second prong of the *Waterfield* test. [Emphasis added; para. 34.]

The Court, as previously noted, also clarified in *Mann* that searches incident to an investigative detention could be justified if the officer believes "on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk":

The officer's decision to search must also be reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. It cannot be justified on the basis of a vague or non-existent concern for safety, nor can the search be premised upon hunches or mere intuition. [para. 40]

seulement l'accusé correspondait en tous points au signalement donné par le répartiteur radio — l'âge, la race, la taille, le poids et les vêtements du suspect —, mais il se trouvait également à deux ou trois pâtés de maisons seulement du lieu du crime. Même si les faits diffèrent de ceux de la présente espèce, où les policiers n'ont manifestement pas pu déterminer quelque caractéristique des occupants avant de les intercepter, une partie de l'analyse à laquelle s'est livrée notre Cour dans l'arrêt *Mann* permet néanmoins de déterminer si les agents ont exercé leurs pouvoirs dans les limites établies par la common law :

L'évolution du critère formulé dans l'arrêt *Waterfield*, de même que l'obligation des policiers de disposer de motifs concrets établie dans l'arrêt *Simpson*, requiert que les détentions aux fins d'enquête reposent sur des motifs raisonnables. La détention doit être jugée raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances qui sont à la base de la conviction du policier qu'il existe un lien clair entre l'individu qui sera détenu et une infraction criminelle récente ou en cours. La question des motifs raisonnables intervient dès le départ dans cette détermination, car ces motifs sont à la base des soupçons raisonnables du policier que l'individu en cause est impliqué dans l'activité criminelle visée par l'enquête. Toutefois, pour satisfaire au deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield*, le caractère globalement non abusif de la décision de détenir une personne doit également être apprécié au regard de l'ensemble des circonstances, principalement la mesure dans laquelle il est nécessaire au policier de porter atteinte à une liberté individuelle afin d'accomplir son devoir, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l'étendue de cette atteinte. [Je souligne; par. 34.]

29 Rappelons que notre Cour a également précisé dans l'arrêt *Mann* que la fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête peut être justifiée lorsque le policier croit, « pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée » :

La décision du policier de procéder à une fouille doit également être raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances. Des inquiétudes — vagues ou inexistantes — en matière de sécurité ne sauraient justifier une telle décision, et la fouille ne peut reposer sur l'instinct ou une simple intuition. [par. 40]

30 The justification for a police officer's decision to detain, as developed in *Dedman* and most recently interpreted in *Mann*, will depend on the "totality of the circumstances" underlying the officer's suspicion that the detention of a particular individual is "reasonably necessary". If, for example, the police have particulars about the individuals said to be endangering the public, their right to further detain will flow accordingly. As explained in *Mann*, searches will only be permitted where the officer believes on reasonable grounds that his or her safety, or that of others, is at risk.

31 The determination will focus on the nature of the situation, including the seriousness of the offence, as well as on the information known to the police about the suspect or the crime, and the extent to which the detention was reasonably responsive or tailored to these circumstances, including its geographic and temporal scope. This means balancing the seriousness of the risk to public or individual safety with the liberty interests of members of the public to determine whether, given the extent of the risk, the nature of the stop is no more intrusive of liberty interests than is reasonably necessary to address the risk.

32 In my view, both the initial and the continuing detentions of Clayton and Farmer's car were justified based on the information the police had, the nature of the offence, and the timing and location of the detention.

33 The police set up the initial stop in response to a 911 call identifying the presence of about ten "black guys", four of them with guns. The police described what they were doing as setting up perimeter surveillance posts to secure the confined geographical area where the offence they were investigating had reportedly taken place. The police had reasonable grounds to believe that there were several handguns in a public place. This represented a serious offence, accompanied by a genuine risk of serious bodily harm to the public. The police were entitled to take reasonable measures to investigate the offence without waiting for the harm to materialize and had reasonable grounds for believing that

La justification de la décision de détenir une personne en particulier tient à « l'ensemble des circonstances » qui incitent le policier à croire cette détention « raisonnablement nécessaire ». Ce principe a été dégagé dans l'arrêt *Dedman* puis interprété plus récemment dans l'arrêt *Mann*. Par exemple, des détails sur l'individu soupçonné de menacer la sécurité du public peuvent influencer la décision du policier de maintenir ou non la détention. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Mann*, la fouille n'est autorisée que lorsque le policier a des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée.

L'examen tiendra compte de la nature de la situation, y compris la gravité de l'infraction, des renseignements sur le suspect ou sur le crime dont disposaient les policiers et de la mesure dans laquelle la détention était une mesure raisonnablement adaptée à ces éléments, notamment en ce qui a trait à l'emplacement et au moment. Il faut donc mettre en balance l'importance du risque pour la sécurité du public en général ou d'une personne en particulier avec le droit à la liberté des citoyens, pour déterminer si l'interception n'a porté atteinte à la liberté que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque.

À mon sens, la détention initiale de Clayton et de Farmer et leur maintien en détention étaient justifiés au regard de l'information dont disposaient les policiers, de la nature de l'infraction ainsi que du moment et du lieu de l'interception.

Les policiers ont procédé à l'interception initiale en réponse à un appel au 9-1-1 signalant la présence d'environ dix hommes noirs, dont quatre étaient armés. Ils ont dit avoir mis en place un périmètre de sécurité autour de l'endroit où était censé avoir eu lieu l'infraction. Ils avaient des motifs raisonnables de croire à la présence de plusieurs armes de poing dans un lieu public, ce qui constituait une infraction grave et créait un risque réel de préjudice corporel grave pour le public. Les policiers étaient en droit de prendre des mesures raisonnables pour faire la lumière sur cette infraction sans attendre que le risque ne se réalise. Ils avaient également des motifs raisonnables de croire que

stopping cars emerging from this parking lot would be an effective way to apprehend the perpetrators of the serious crime being investigated.

Like Doherty J.A., I am of the view that, as he indicated at para. 56 of his reasons, the information conveyed by the 911 call provided reasonable grounds for the police to believe that "several individuals were committing serious firearms-related criminal offences in front of the club" and that "those individuals who had vehicles would leave the parking area through one of the two available exits". As Doherty J.A. pointed out, the 911 system assumes that the police will react in a timely fashion to the information provided and that the police should be entitled to rely on such information.

The seriousness of the offences being investigated and the potential risk to public safety were also relied upon by Durno J. to conclude that the initial detention was a justifiable use of police powers. Additionally, he noted that the detention took place within minutes of the 911 call; that only those leaving the parking area were restricted in their movement; and that the exits from the parking area were the principal escape routes for those seen with guns.

Doherty J.A. acknowledged that the purpose of stopping the car was "to apprehend individuals in possession of dangerous weapons and seize those weapons before they could be used in criminal activity to harm others" (para. 41). Significantly, he also accepted that the information received by the police represented "a significant and undeniable danger":

> Criminal conduct involving the use of firearms, especially handguns, is a serious and growing societal danger. The law abiding segment of the community expects the police to react swiftly and decisively to seize illegal firearms and arrest those in possession of them. The risk posed to the community by those in possession of handguns gives an added significance to police efforts to seize those weapons and apprehend those in possession of them beyond the always

l'interception des véhicules quittant le stationnement constituait un moyen efficace de mettre la main au collet des auteurs du crime grave visé par l'enquête.

34 Je conviens avec le juge Doherty qu'au vu des renseignements communiqués au 9-1-1, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que [TRADUCTION] « plusieurs individus commettaient devant le club de graves infractions criminelles liées à l'utilisation d'armes à feu » et que « ces individus quitteraient le stationnement à bord de leurs véhicules par l'une des deux sorties » (par. 56 de ses motifs). Comme il l'a souligné, le fonctionnement du service 9-1-1 suppose que les policiers donnent suite sans délai aux renseignements communiqués et qu'ils peuvent les tenir pour fiables.

35 Le juge Durno s'est lui aussi fondé sur la gravité des infractions en cause et sur le risque possible pour la sécurité publique pour conclure que la détention initiale constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers. Il a ajouté que la mise en détention avait eu lieu quelques minutes après l'appel au 9-1-1, que seule la liberté de mouvement des personnes quittant le stationnement avait été entravée et que c'était principalement par les sorties du stationnement que les individus armés étaient susceptibles de s'échapper.

36 Le juge Doherty reconnaît que l'interception du véhicule visait [TRADUCTION] « l'arrestation d'individus en possession d'armes dangereuses et la saisie de ces armes avant qu'elles ne soient utilisées à des fins criminelles contre autrui » (par. 41). Surtout, il reconnaît en outre que les renseignements transmis aux policiers faisaient état [TRADUCTION] d'« un danger important et indéniable » :

> [TRADUCTION] Le comportement criminel lié à l'utilisation d'une arme à feu, surtout une arme de poing, représente de plus en plus un grave danger pour la collectivité. Les citoyens respectueux des lois s'attendent à ce que la police intervienne avec rapidité et détermination pour saisir les armes à feu illégales et arrêter les contrevenants. Le risque que font courir à la collectivité les personnes en possession d'armes de poing rend encore plus importants les efforts des policiers pour

important police duty to investigate and prevent criminal activity. [para. 41]

(See also *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 45; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, at p. 211.)

37 I part company with him, however, when he concludes that notwithstanding the seriousness of the crimes and the inevitability that the perpetrators would use one of the exits, the police were not entitled to stop a car leaving the area unless it and the occupants matched exactly the information provided by the 911 caller as to the make of the vehicles or the casual clothing of the men in the parking lot. The detention of Clayton and Farmer's car was, as a result, found by him not to be sufficiently tailored to the circumstances because the police had decided to detain every car leaving the parking lot instead of just the four vehicles specifically described in the 911 call. With great respect, in my view requiring the police to stop only those vehicles described in the 911 call imposes an unrealistic burden on the police in this case, and one inconsistent with their duty to respond in a timely manner, at least initially, to the seriousness of the circumstances.

38 It is true that the caller described only four cars of the several in the parking lot, but the four vehicles described in the call were part of a larger scenario: four men with guns, part of a larger group of about ten men, all of whom were standing outside in the parking lot at the front of the strip club, none inside their vehicles, and any one of whom may have used a car other than those specifically described. The police set up their vehicles at the exit of the club's parking lot so as to detain only those vehicles in the parking lot at the time. Stopping a car emerging from this site was, with respect, an eminently reasonable response to the safety issues at stake.

39 The police timing was also responsive to the circumstances. They received the 911 call at 1:22 a.m. The officers in the area were notified at 1:24 a.m. and P.C. Robson and P.C. Dickson arrived at the rear exit of the parking lot at 1:26 a.m. By

saisir ces armes et arrêter les contrevenants au-delà de leur obligation fondamentale d'enquêter sur les crimes et de les prévenir. [par. 41]

(Voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 45; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, p. 211.)

Toutefois, à son avis — que je ne partage pas —, malgré la gravité des crimes et le fait que leurs auteurs utiliseraient nécessairement l'une des sorties, les policiers n'avaient le droit d'intercepter un véhicule et ses occupants que s'ils correspondaient précisément aux renseignements transmis au 9-1-1 (marques des véhicules ou tenues décontractées des hommes aperçus dans le stationnement). Il a donc jugé que l'intervention ayant mené à l'interception du véhicule de Clayton et de Farmer avait été insuffisamment circonscrite eu égard à la situation parce que les policiers avaient décidé d'intercepter tout véhicule quittant le stationnement et non seulement les quatre décrits. En toute déférence, compte tenu de la gravité de la situation, il aurait été irréaliste et incompatible avec leur devoir d'agir avec célérité, du moins au début de l'opération, que les policiers interceptent uniquement les véhicules décrits au 9-1-1.

Certes, l'auteur de l'appel n'avait décrit que quatre des véhicules se trouvant dans le stationnement, mais ce signalement s'inscrivait dans un contexte plus large : quatre hommes armés, un groupe d'environ dix hommes, tous dans le stationnement devant le club de danseuses nues, tous descendus de leurs véhicules et tous susceptibles de prendre place à bord d'un autre véhicule que ceux décrits. Les policiers ont pris position à la sortie de façon à n'intercepter que les véhicules qui se trouvaient alors dans le stationnement. À mon humble avis, l'interception d'un véhicule quittant l'endroit était une mesure éminemment raisonnable eu égard aux risques pour la sécurité.

Le délai d'intervention des policiers tenait également compte de la situation. L'appel au 9-1-1 a été reçu à 1 h 22. Les policiers patrouillant dans le secteur ont été prévenus à 1 h 24 et les agents Robson et Dickson sont arrivés à la sortie arrière

1:27 a.m., within five minutes of the 911 call and one minute of their own arrival at the strip club, they had detained Farmer's vehicle.

The police had reasonable grounds to believe that public safety was at risk, that handguns could be in the possession of those leaving the parking area, and that stopping cars leaving that area could result in their apprehension. The steps taken by the police in this case in stopping the car, based on the information they had, were reasonable and reasonably tailored to the information they had.

In the totality of the circumstances, therefore, the initial detention in this case was reasonably necessary to respond to the seriousness of the offence and the threat to the police's and public's safety inherent in the presence of prohibited weapons in a public place, and was temporally, geographically and logistically responsive to the circumstances known by the police when it was set up. The initial stop was consequently a justifiable use of police powers associated with the police duty to investigate the offences described by the 911 caller and did not represent an arbitrary detention contrary to s. 9 of the *Charter*.

Having concluded that their initial detention was constitutionally permissible, the next issue is whether the conduct of the police in further detaining and searching Clayton and Farmer was justified.

Doherty J.A. concluded that, had he found the initial stop to be constitutional, the subsequent removals and searches of the occupants would have been a justified exercise of police powers:

In my view, legitimate police safety concerns justify a "pat-down" search of occupants removed from vehicles at a roadblock where the police have information that provides reasonable grounds to believe that one or more of the individuals detained at the roadblock may be armed. I do not think the police can be put in a position where they may have to turn their back on the occupants of the vehicle without first conducting a

du stationnement à 1 h 26. À 1 h 27, soit cinq minutes après l'appel et une minute après leur arrivée au club, ils détenaient le véhicule de Farmer.

40 Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que la sécurité publique était menacée, que les personnes qui quittaient le stationnement pouvaient être en possession d'armes de poing et que l'interception des véhicules quittant les lieux pouvait permettre l'arrestation des suspects. L'interception du véhicule a résulté d'une intervention raisonnable, circonscrite en fonction des renseignements dont disposaient les policiers.

41 Vu l'ensemble des circonstances, la détention initiale constituait donc une mesure raisonnablement nécessaire eu égard à la gravité de l'infraction et au risque pour la sécurité des policiers et des citoyens inhérent à la présence d'armes prohibées dans un lieu public. Aussi, le délai de réaction, la délimitation géographique de l'intervention et les moyens employés étaient adaptés à la situation alors connue des policiers. En conséquence, l'interception initiale constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers liés à l'obligation d'enquêter relativement aux infractions signalées au 9-1-1, de sorte qu'elle n'équivalait pas à une détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*.

42 Après avoir conclu à la constitutionnalité de la détention initiale, il faut maintenant déterminer si les policiers étaient également justifiés de maintenir Clayton et Farmer en détention et de les fouiller.

43 Le juge Doherty a estimé que si l'interception initiale avait été constitutionnelle, l'expulsion et la fouille subséquentes des occupants du véhicule auraient constitué un exercice justifié des pouvoirs policiers :

[TRADUCTION] À mon sens, une crainte légitime pour sa sécurité justifie le policier de fouiller par palpation les occupants d'un véhicule intercepté à un barrage policier lorsque, sur la foi des renseignements dont il dispose, il a des motifs raisonnables de croire que l'un ou plusieurs des individus détenus peuvent être armés. Je ne pense pas qu'on puisse demander aux policiers de tourner le dos aux occupants du véhicule sans effectuer

"pat-down" search. While my conclusion that a "pat-down" search would be warranted extends the police power, it also significantly increases the interference with individual liberty occasioned by the roadblock stop. As that interference grows, arguments which are said to make the conduct justifiable must become all the more compelling. [para. 67]

au préalable une fouille par palpation. Non seulement ma conclusion qu'une telle fouille serait justifiée étend le pouvoir de la police, mais elle accroît aussi considérablement l'entrave à la liberté individuelle découlant du barrage policier. Plus l'entrave devient importante, plus les motifs invoqués à l'appui de la mesure doivent être convaincants. [par. 67]

44 This analysis is logically compelling given the purpose of the detention and the reasonableness of the police view, at the time, that Clayton and Farmer were implicated in the criminal activity under investigation. The police knew that some of the people leaving the parking lot would have guns. They also knew that the suspects were black males in the parking lot of the Million Dollar Saloon. After stopping the Jaguar, the police discovered that both occupants matched the race of the suspects mentioned in the 911 call, that Clayton was wearing leather gloves despite being a passenger and despite the weather not being glove weather, and that Clayton was giving strange and evasive answers to P.C. Robson's questioning. The trial judge found that Clayton was behaving in a way that gave rise to a reasonable suspicion that he might be in possession of a firearm. That gave the officer reasonable grounds for suspecting that he was one of the four men who had a gun in the parking lot.

Cette analyse est logiquement convaincante étant donné l'objectif de la détention et les motifs raisonnables que les policiers avaient alors de croire que Clayton et Farmer étaient impliqués dans l'activité criminelle visée par l'enquête. Les policiers savaient que certaines des personnes qui sortaient du stationnement étaient armées. Ils savaient aussi que les suspects étaient des hommes de race noire se trouvant dans le stationnement du Million Dollar Saloon. Après avoir intercepté la Jaguar, ils ont constaté que la race des deux occupants correspondait à celle des individus recherchés, que Clayton portait des gants de cuir même s'il n'était pas au volant et que la température ne justifiait pas le port de gants et que Clayton répondait aux questions de l'agent Robson de manière étrange et évasive. Le juge du procès a conclu que le comportement de Clayton avait fait naître un soupçon raisonnable qu'il soit en possession d'une arme à feu, de sorte que les agents avaient un motif raisonnable de croire qu'il était l'un des quatre hommes armés aperçus dans le stationnement.

45 Moreover, P.C. Dickson testified that he became concerned for his own safety because it took three requests to get Farmer out of the car. The police already knew that the vehicle driven by Farmer came from the scene of the reported crime, that it was the first vehicle to leave the parking lot within minutes of when the crime was reported, and that it avoided leaving by the front exit, where the other officers were arriving, and instead headed towards the rear exit.

L'agent Dickson a par ailleurs témoigné qu'il avait craint pour sa sécurité parce que Farmer n'était descendu de la voiture qu'après y avoir été invité pour la troisième fois. Les policiers savaient que le véhicule arrivait du lieu du crime, qu'il était le premier à quitter le stationnement depuis le signalement quelques minutes plus tôt et que Farmer avait évité la sortie avant, où arrivaient d'autres policiers, pour se diriger plutôt vers la sortie arrière.

46 Taken together, these facts, objectively, gave rise to the reasonable suspicion that the occupants of the Jaguar could be in possession of the handguns reported in the 911 call, and that, as a result, the lives of the police officers and of the public were at risk, justifying their continued detention. This constellation of circumstances was such that the

Ensemble, ces éléments ont fait naître objectivement le soupçon raisonnable que les occupants de la Jaguar soient en possession des armes à feu recherchées et, partant, que la vie des policiers et des citoyens soit menacée, de sorte que le maintien en détention était justifié. Vu cet ensemble de faits, les policiers se devaient — comme ils l'ont

police were required to, and did, respond quickly and appropriately to the information they had about the possession of guns by individuals in this particular parking lot. They treated the two occupants as equally likely to be connected to the serious crime under investigation. They were reasonable in taking this approach once they saw that both individuals, in a car that had just left the crime scene, matched the general description they had.

I accept Doherty J.A.'s conclusion that had the police stopped the vehicle and discovered that the occupants did not correspond to the description given by the 911 caller, they would have had no reasonable grounds for the continued detention of the occupants. For example, had the caller described individuals who were white, the police would not have had reasonable grounds for the continued detention of non-white occupants. On the particular facts of this case, however, based on their subsequent observations, there were reasonable grounds, as required by *Mann*, for the police to conclude that the two occupants of the car they had stopped were implicated in the crime being investigated.

The officers' safety concerns also justified the searches incidental to the detention. The trial judge based his finding that Farmer's and Clayton's s. 8 rights were violated on his conclusion that the decision to search them was made before the officer had the objective grounds to do so. This, it seems to me, ignores the fact that the relevant time is the time of the actual search and seizure. By that time, the officers had the requisite subjective and objective grounds. Intention alone does not attract a finding of unconstitutionality. It is not until that subjective intent is accompanied by actual conduct that it becomes relevant. We would otherwise have the Orwellian result that *Charter* breaches are determined on the basis of what police officers intend to do, or think they can do, not on what they actually do. The *Charter* protects us from conduct, not imagination, and even a benign motive may not justify objectively unreasonable police conduct.

fait — de prendre rapidement une mesure adaptée aux renseignements qu'ils avaient sur la possession d'armes à feu par les individus aperçus dans le stationnement. Ils ont jugé que les occupants du véhicule étaient tous deux susceptibles d'être liés à l'infraction grave visée par l'enquête. Leur démarche était justifiée par le fait que les occupants du premier véhicule à quitter le lieu du crime correspondaient au signalement général des suspects.

47 Je conviens avec le juge Doherty que si après avoir intercepté le véhicule, les policiers avaient constaté que ses occupants ne correspondaient pas au signalement, ils n'auraient pas eu de motifs raisonnables de maintenir ces derniers en détention. Par exemple, si l'auteur de l'appel au centre d'urgence avait décrit des personnes de race blanche, les policiers n'auraient pas eu de motifs raisonnables de maintenir en détention les occupants de la voiture, qui n'étaient pas de cette race. Cependant, compte tenu de leurs constatations subséquentes, les policiers avaient en l'espèce — conformément à l'arrêt *Mann* — des motifs raisonnables de conclure que les deux occupants du véhicule intercepté étaient impliqués dans l'activité criminelle visée par l'enquête.

48 Le souci d'assurer leur propre sécurité justifiait également les policiers d'effectuer les fouilles accessoires à la détention. Le juge du procès a conclu à la violation des droits de Farmer et de Clayton garantis à l'art. 8 après avoir statué que la décision de les soumettre à la fouille avait été prise avant que les policiers n'aient de motifs objectifs de le faire. C'est oublier, selon moi, que le moment à considérer est celui de la fouille et de la saisie. À ce moment, les agents avaient les motifs subjectifs et objectifs requis. L'intention seule ne permet pas de conclure à l'inconstitutionnalité. Ce n'est que lorsqu'elle s'accompagne d'un acte concret que l'intention subjective devient pertinente. Sinon, nous nous retrouverions dans un univers orwellien où l'existence d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte* dépendrait de ce que les policiers comptaient faire ou pensaient pouvoir faire, et non de ce qu'ils ont réellement fait. La *Charte* régit les actes et non les pensées, et même un bon motif ne saurait justifier un acte objectivement abusif de la part d'un policier.

49 Nor did the trial judge accept P.C. Mulholland's evidence that he had overheard the information about Clayton's arrest and possession of a gun on the radio. In my view, however, this finding is not determinative. Since the search of both occupants was justified for safety reasons as incidental to the detention, it does not matter whether P.C. Mulholland received a radio transmission telling him that a handgun had been found on Clayton when he arrested Farmer. In all the circumstances, the search was necessarily incidental to the lawful investigative detention and, consequently, there was no violation of s. 8.

Le juge du procès n'a pas non plus ajouté foi au témoignage de l'agent Mulholland selon lequel il avait entendu la communication radio confirmant l'arrestation de Clayton et la découverte d'une arme sur lui. Cette conclusion n'est toutefois pas déterminante. Comme le souci de la sécurité justifiait la fouille de l'un et l'autre des occupants du véhicule à titre de mesure accessoire à la détention, il importe peu que l'agent Mulholland ait été informé ou non par communication radio de la découverte d'une arme de poing sur Clayton avant qu'il n'arrête Farmer. À la lumière de toutes les circonstances, il s'agissait d'une fouille nécessairement accessoire à la détention légale aux fins d'enquête et, par conséquent, il n'y a pas eu d'atteinte au droit garanti à l'art. 8.

50 Having found no breaches of Clayton's and Farmer's *Charter* rights, it is unnecessary to undertake a s. 24(2) analysis. It is, however, worth addressing the Court of Appeal's conclusion that the "institutional failures" of the police to adequately train their officers "significantly aggravate[d]" the seriousness of the breach in this case.

Vu l'absence d'atteinte aux droits constitutionnels de Clayton et de Farmer, point n'est besoin d'entreprendre d'analyse au regard du par. 24(2). J'examinerai néanmoins la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les « faiblesses organisationnelles » de la police au chapitre de la formation ont « considérablement accru » la gravité de l'atteinte en l'espèce.

51 In their testimony, the police did not expressly advert to the factors relevant to the exercise of their ancillary powers or explain the way they balanced the pros and cons of deciding whether to set up the perimeter surveillance. What is under constitutional scrutiny is the police conduct, not police training. The officers' good faith in carrying out their duties is the issue in this case. To go further and examine the training behind such conduct would risk transforming the inquiry into a protracted pedagogical review of marginal relevance to whether the police conduct itself represented a breach of sufficient severity to warrant excluding the evidence.

Dans leurs témoignages, les policiers n'ont pas expressément fait état des éléments considérés dans l'exercice de leurs pouvoirs accessoires ni expliqué la façon dont ils avaient pesé le pour et le contre de l'établissement d'une surveillance du périmètre. C'est la constitutionnalité des actes des policiers qui est en cause et non celle de leur formation. L'issue du présent pourvoi tient à la bonne foi des policiers dans l'exercice de leurs fonctions. Pousser l'examen plus loin de façon qu'il englobe la formation à l'origine des actes contestés risque de rendre l'entreprise fastidieuse et de la faire dévier sur une question secondaire par rapport à celle de savoir si le comportement des policiers emporte une violation suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve.

52 There is no doubt that police training is important, but there was no evidence in this case that these police officers were in fact the subject of improper training. The evidence was that the officers were trained to treat all "gun calls" seriously

Nul doute que la formation des policiers est importante, mais il n'a pas été démontré que la formation des policiers visés en l'espèce avait été inadéquate. La preuve révèle qu'on leur a appris à tenir pour très risquée toute intervention faisant suite à

as "high risk takedowns". This is not tantamount to being trained to ignore the specific facts and circumstances of each case in favour of indiscriminate detentions, searches and arrests, as the Court of Appeal concluded. Police officers need hardly be told that guns pose significant threats to their safety and that of the public. These are threats that they rightly take seriously. It cannot be inferred, from the fact that this common sense conclusion was inculcated in police officers, that they were therefore trained to understand a "gun call" as a source of authority to undertake whatever "measures could lead to the recovery of the weapons and the apprehension of the offenders". Such a conclusion is not supported by the record or, more importantly, by the findings of the trial judge.

I agree with the trial judge who found that the police in this case were responding to legitimate safety concerns in a "fast-paced" situation. Measuring the police's conduct towards Clayton and Farmer against the law and the factual context, it can hardly be said that it reflected bad training, let alone bad faith justifying the exclusion of the evidence.

III. Conclusion

I would therefore allow the appeal and restore the respondents' convictions.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

BINNIE J. — This appeal requires the Court to consider the common law powers of the police in the course of a criminal investigation and in particular to consider whether the police may detain individuals against whom they have no particular grounds of suspicion having regard to the guarantees set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant argues that in the context of a 911 gun call the police may do so, and may thereafter proceed by incremental steps (as new information becomes available to the police to focus suspicion on particular individuals) to further detain, search

un appel signalant la présence d'armes à feu. On ne leur a pas enseigné pour autant à faire abstraction de la situation propre à chaque intervention et à détenir, fouiller et arrêter des gens sans discernement comme l'a conclu la Cour d'appel. Ils savent bien qu'une arme à feu menace sérieusement leur sécurité et celle du public. Ils ont raison de prendre cette menace au sérieux. On ne peut déduire de l'inculcation de ce principe sensé qu'on leur a appris à considérer que la présence d'armes à feu les autorisait à [TRADUCTION] « prendre n'importe quelle mesure pour les saisir et arrêter les contrevenants ». Ni le dossier ni — ce qui est plus grave — les constatations du juge du procès n'étayent une telle conclusion.

53 Je conviens avec le juge du procès que les policiers ont donné suite, dans le « feu de l'action », à des craintes légitimes en matière de sécurité. Compte tenu du droit applicable et du contexte factuel, il est difficile d'affirmer que les mesures prises par les policiers à l'égard de Clayton et de Farmer étaient le résultat d'une formation inadéquate et encore moins d'une mauvaise foi justifiant l'exclusion des éléments de preuve.

III. Conclusion

54 Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité des intimés.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

55 LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur les pouvoirs que la common law confère aux policiers dans le cadre d'une enquête criminelle. Plus particulièrement, il lui faut déterminer si un policier peut détenir une personne qu'il n'a aucun motif précis de soupçonner d'une infraction, au regard des garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante soutient que le policier y est autorisé lorsqu'il donne suite à un appel signalant la présence d'armes à feu et qu'il peut ensuite décider de maintenir en détention, fouiller et, peut-être, arrêter

and possibly arrest the individuals in question. In short the appellant's argument is driven by the special dangers encountered by the police in dealing with a 911 gun call, and the appeal will be dealt with on that basis.

56 In the early hours of September 24, 1999, the Brampton police responded to a 911 gun call recorded at 1:22 a.m. The caller was across the street from a night club called the Million Dollar Saloon. He identified himself, and then said (in part):

There's like four black guys out there and they all have guns on them. I mean they're out there with guns, there's like, there's like about ten of them but four of the[m] have guns.

. . .

Ya, right outside the front door, right like . . . the bouncer and the owners and everything I think the[y're] inside, but these guys are outside and I was getting ready to leave and as I was leaving right, and as I was leaving I saw them they were holding they were like holding their guns, they had them and took them out and they put them back in all together, there's like ten guys, but I only seen four guys with guns but I mean that's still four guys, you know that's a lot.

(Appellant's Record, at p. 293)

The police regarded the information as reliable. They responded immediately. The officers whose conduct is at issue in this case arrived on the scene at 1:26 a.m. (i.e., within five minutes of the gun call) and arrests of both respondents had been made by 1:28 a.m. The respondents were caught by a police blockade as they attempted to drive away from the parking lot of the club. They were each armed with loaded semi-automatic handguns (termed by the 911 caller "glocks" with clips). The defence rests largely on the fact that at the time the police stopped the respondents' car, the police had no more grounds to suspect their involvement in the firearms offences than they did the involvement of anyone else milling about outside the club or leaving its parking lot. However, the trial judge

la personne au fur et à mesure qu'il obtient de nouveaux renseignements qui font porter ses soupçons sur cette personne en particulier. Elle fonde essentiellement sa thèse sur le risque particulier auquel s'expose le policier lorsque la présence d'armes à feu a été signalée, ce dont il sera tenu compte pour statuer sur le pourvoi.

Aux petites heures du matin le 24 septembre 1999, la police de Brampton a donné suite à un appel au service 9-1-1 enregistré à 1 h 22. Le citoyen qui a appelé se trouvait en face du club de nuit Million Dollar Saloon. Après s'être identifié, l'homme a notamment dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il y a là quatre hommes noirs et ils ont tous des armes à feu. Je veux dire, ils sont là avec leurs armes, ils sont, ils sont environ une dizaine, et quatre sont armés.

. . .

Oui, juste devant la porte avant, [. . .] le videur et les propriétaires et les autres, je crois qu'ils sont à l'intérieur, mais ces gars-là sont à l'extérieur, et je me préparais à partir, et j'allais partir, et comme je partais, je les ai vus, ils avaient leurs armes, ils les avaient et les ont sorties puis remises en place tous ensemble, ils sont environ dix, mais je n'en ai vu que quatre avec des armes, mais ça en fait quand même quatre, vous savez, c'est beaucoup.

(Dossier de l'appelant, p. 293)

Tenant l'information pour fiable, les policiers ont immédiatement donné suite à l'appel. Les agents dont les actes sont visés en l'espèce sont arrivés sur les lieux à 1 h 26 (soit au plus cinq minutes après l'appel) et à 1 h 28, les deux intimés ont été interceptés à un barrage policier alors qu'ils tentaient de quitter le stationnement du club. Chacun des intimés était armé d'un pistolet semi-automatique chargé (des « Glock » avec chargeur, selon l'auteur de l'appel au 9-1-1). La défense repose en grande partie sur le fait qu'au moment de l'interception, les policiers n'avaient pas de motifs de soupçonner davantage les intimés d'être parties aux infractions liées aux armes à feu que n'importe qui d'autre qui flânait à l'extérieur du club ou quittait le stationnement. Or, le juge du procès a estimé que la common

believed the police blockade to be authorized by the common law, and admitted the guns as evidence stating:

> While it is not possible to draw a bright line rule as to which circumstances would justify stopping all vehicles, given the information available to police, they were justified here. They would have been derelict in their duties had they sat by and watched vehicles leave.

([2001] O.J. No. 2393 (QL), at para. 56)

At trial, the respondents were convicted of carrying concealed weapons and of possession of loaded prohibited firearms but appealed successfully to the Ontario Court of Appeal on the basis of alleged violations of their *Charter* rights against unreasonable search and seizure (s. 8) and arbitrary detention (s. 9). The evidence of the handguns was excluded by the appellate court and acquittals on all charges entered ((2005), 194 C.C.C. (3d) 289). The Crown now appeals to this Court. I believe the appeal should be allowed.

A. *Developing the Proper Approach*

The appeal raises serious issues of crime, public safety and civil liberties. There does not exist in Canada a general police power of investigative detention. *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, so held. Parliament is the appropriate body to consider and enact measures that lay down the particular circumstances in which investigative detention is permitted. However, Parliament has not yet enacted a law governing the police response to a situation such as we have in this case. Resort must therefore be had to the common law powers of the police, an area of the law beset with both uncertainty and controversy. My colleague Abella J. formulates the applicable test as follows:

> The justification for a police officer's decision to detain, as developed in *Dedman* and most recently interpreted in *Mann*, will depend on the "totality of the

law autorisait les policiers à dresser un barrage, de sorte qu'il a admis les armes en preuve :

> [TRADUCTION] Bien qu'il ne soit pas possible de circonscrire précisément les circonstances dans lesquelles les policiers sont justifiés d'intercepter tous les véhicules, compte tenu de l'information dont ils disposaient, ils étaient justifiés de le faire en l'espèce. Ils auraient manqué à leurs obligations s'ils s'étaient contentés d'observer les véhicules quitter les lieux.

([2001] O.J. No. 2393 (QL), par. 56)

57 Au procès, les intimés ont été reconnus coupables de port d'armes dissimulées et de possession d'armes à feu prohibées chargées. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant fait droit à leur appel au motif qu'on avait violé leurs droits constitutionnels à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives (art. 8) et contre la détention arbitraire (art. 9). La Cour d'appel a écarté les armes à feu des éléments mis en preuve et a prononcé des acquittements à l'égard de tous les chefs d'accusation ((2005), 194 C.C.C. (3d) 289). Le ministère public se pourvoit aujourd'hui devant la Cour. J'estime que le pourvoi doit être accueilli.

A. *La démarche qui convient en l'espèce*

58 Le pourvoi soulève de graves questions au chapitre du crime, de la sécurité publique et des libertés civiles. Au Canada, les policiers ne disposent d'aucun pouvoir général de détention aux fins d'enquête, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52. Il appartient au Parlement de préciser les cas dans lesquels il peut y avoir détention aux fins d'enquête. Or, le Parlement n'a encore adopté aucune disposition législative régissant l'intervention policière dans un cas comme celui considéré en l'espèce. Nous devons donc nous tourner vers les pouvoirs que confère la common law aux policiers, un domaine qui suscite à la fois incertitude et controverse. Ma collègue la juge Abella formule le critère applicable de la manière suivante :

> La justification de la décision de détenir une personne en particulier tient à « l'ensemble des circonstances » qui incitent le policier à croire cette détention

circumstances" underlying the officer's suspicion that the detention of a particular individual is "reasonably necessary". [para. 30]

« raisonnablement nécessaire ». Ce principe a été dégagé dans l'arrêt *Dedman* puis interprété plus récemment dans l'arrêt *Mann*. [par. 30]

In my view, with respect, the "reasonably necessary" test is not a *Charter* test, and is not an adequate substitute for proper *Charter* scrutiny. Accordingly, while I agree with Abella J. that the appeal must be allowed, I reach that conclusion by a different route.

En toute déférence, je suis d'avis que le critère du « raisonnablement nécessaire » ne trouve pas sa source dans la *Charte* et que son application ne saurait se substituer à l'examen plus rigoureux que commande la *Charte*. Par conséquent, je conclus également que le pourvoi doit être accueilli, mais à l'issue d'un raisonnement différent.

59 If a police power to establish a blockade of *all* motorists is to be upheld, this extension of police powers should be done by revisiting the basic principles that underlie the body of common law police powers. Many of what were formerly called civil liberties are now more properly considered to be constitutional rights and freedoms. An asserted common law police power that is challenged on *Charter* grounds should be subjected to the usual *Charter* analysis that requires the Court to articulate the individual's asserted *Charter* right (here ss. 8 and 9) and measure it against the countervailing societal interests (s. 1) in an open and candid manner. The growing elasticity of the concept of common law police powers must, I think, be subjected to explicit *Charter* analysis. Accordingly, I propose to proceed as follows: firstly, does the alleged police power exist at common law; secondly, if so, does the claimed police power authorize interference with *Charter* rights including an individual's reasonable expectation of privacy (s. 8) or result in arbitrary detention (s. 9); and, thirdly, if so, is the law authorizing the infringement (in this case a common law) justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*?

Si le pouvoir des policiers d'intercepter *tous* les automobilistes doit être confirmé, cet élargissement des pouvoirs policiers commande la révision des principes fondamentaux qui sous-tendent les pouvoirs policiers en common law. Bon nombre de « libertés civiles » sont désormais appelées, à plus juste titre, droits et libertés constitutionnels. Le pouvoir policier que conférerait la common law et qui est contesté sur le fondement de la *Charte* doit faire l'objet du contrôle constitutionnel habituel qui exige de la Cour qu'elle expose le droit individuel allégué sur le fondement de la *Charte* (en l'occurrence, les art. 8 et 9) et qu'elle l'évalue à l'aune des intérêts opposés de la société (article premier) avec ouverture et franchise. Je crois que la notion de pouvoirs policiers en common law — qui est de plus en plus élastique — doit faire expressément l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Je propose donc la démarche suivante. Premièrement, le pouvoir policier allégué existe-il en common law? Deuxièmement, dans l'affirmative, autorise-t-il l'atteinte aux droits garantis par la *Charte*, y compris l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée (art. 8) ou son exercice donne-t-il lieu à une détention arbitraire (art. 9)? Troisièmement, le cas échéant, la règle de droit (issue en l'occurrence de la common law) qui autorise l'atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer suivant l'article premier de la *Charte*?

60 If the existence of the police power is found to be constitutional, a fourth question may arise in a particular case: was the power thus established *exercised* reasonably in "the totality of the circumstances"? (*Mann*, at para. 44)

Si l'existence du pouvoir policier est jugée constitutionnelle, une quatrième question pourrait se poser dans une affaire donnée : le pouvoir ainsi établi a-t-il été *exercé* raisonnablement eu égard à « l'ensemble des circonstances »? (*Mann*, par. 44)

An alternative approach adopted by my colleague Abella J. is to proceed solely by way of the two-step pre-*Charter* test first expressed by an English court in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), although since then sparingly used in that country and then usually for a different purpose (see P. Healy, "Investigative Detention in Canada", [2005] *Crim. L.R.* 98). On that view there is no need to articulate a *Charter* analysis because in theory the Court will develop the common law in a manner that is consistent with the *Charter*. My colleague writes:

> The statement that a detention which is lawful is not arbitrary should not be understood as exempting the authorizing law, whether it is common law or statutory, from *Charter* scrutiny. [para. 21]

We thus agree on the need for "*Charter* scrutiny". It seems to me problematic in a case like this, however, to say the authorizing law is subject to *Charter* scrutiny without in fact subjecting the authorizing law to any recognizable *Charter* scrutiny. My preference is to conduct "*Charter* scrutiny" using our usual *Charter* framework of analysis rather than calling in aid a British case like *Waterfield* decided almost 20 years before the Canadian *Charter* came into existence. No reason is given by my colleague for creating a different scheme of *Charter* scrutiny for common law police powers from that which the courts have developed for statute law (and applied, as will be seen, to other areas of the common law). The *Oakes* test, unlike *Waterfield*, is based on the wording of the *Charter* itself. Moreover, common law police powers illustrate a serious difficulty, I believe, with my colleague's approach. On occasion an Attorney General will argue (as here) that a common law which authorizes police conduct that infringes individual *Charter* freedoms may be justified in the larger interest of society. In a number of cases we have held that a common law power may infringe a *Charter* right but nevertheless be upheld under s. 1, or as it is sometimes put, we have found a *Charter* infringement but not a *Charter* violation. Conflating in a *Waterfield*-type analysis the consideration of the individual's ss. 8 and 9 rights and society's s. 1 interests can only add to the problematic elasticity of common law police powers, and

La démarche de ma collègue la juge Abella consiste à appliquer uniquement le critère à deux volets établi avant la *Charte* en Angleterre dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.), même si, depuis lors, il a été employé dans ce pays à de rares occasions et à des fins habituellement différentes (voir P. Healy, « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98). De ce point de vue, l'élaboration d'une analyse au regard de la *Charte* serait inutile, car en théorie, la Cour fera évoluer la common law d'une manière compatible avec la *Charte*. Ma collègue écrit : 61

> L'affirmation qu'une détention légale est tenue pour non arbitraire n'a pas pour effet de soustraire au respect de la *Charte* la règle de droit — issue de la common law ou d'origine législative — qui autorise cette détention. [par. 21]

Nous convenons donc de la nécessité d'un examen au regard de la *Charte*. Il me paraît cependant problématique, dans un cas comme celui considéré en l'espèce, d'affirmer que la règle de droit autorisant la mesure est soumise à un tel examen sans la soumettre dans les faits à un contrôle constitutionnel reconnu. Je préfère recourir à notre cadre d'analyse habituel plutôt que de m'en remettre à une décision britannique comme *Waterfield* rendue près de 20 ans avant que notre *Charte* ne voit le jour. Nul motif n'est avancé par ma collègue pour justifier le contrôle constitutionnel des pouvoirs policiers en common law suivant d'autres paramètres que ceux établis pour le droit d'origine législative (et appliqués, nous le verrons, dans d'autres domaines de la common law). Contrairement à celui de l'arrêt *Waterfield*, le critère de l'arrêt *Oakes* s'appuie sur le libellé même de la *Charte*. De plus, les pouvoirs policiers en common law mettent selon moi en relief une faille importante de l'analyse de ma collègue. Il arrive que le ministère public fasse valoir (comme en l'espèce) qu'une règle de droit de common law autorisant une mesure policière qui porte atteinte à une liberté individuelle garantie par la *Charte* peut être justifiée dans l'intérêt général de la société. Dans un certain nombre d'arrêts, nous avons statué qu'un pouvoir de common law pouvait contrevenir à un droit garanti par la *Charte*, mais être néanmoins justifié par application de l'article premier ou, comme on le formule parfois, qu'une

sidestep the real policy debate in which competing individual and societal interests are required to be clearly articulated in the established framework of *Charter* analysis.

62 I believe the approach taken here is consistent with the view taken by the Quebec Court of Appeal in an earlier police blockade case, *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197, where Fish J.A., as he then was, observed at the outset of his reasons that: "In my view, the respondent was not detained arbitrarily when his vehicle was stopped at the roadblock. Had I found otherwise, I would nonetheless have allowed the appeal, since I believe that respondent's detention was lawful in virtue of a police officer's powers at common law and that any resulting infringement of s. 9 of the *Charter* was justified under s. 1 as a 'reasonable limit prescribed by law'" (pp. 203-4 (emphasis added)).

63 It is not only bad people who were leaving the Million Dollar Saloon on September 24, 1999. Individuals going about their ordinary business, even in the small hours of the morning, should not have their way physically blocked by the police and be required to account for themselves unless there exists a *Charter*-proof legal authority for the detention.

B. *The Crux of the Dispute*

64 The facts are outlined in the decision of Abella J. The key issue in this case is whether the initial detention of the respondents by way of a roadblock of *all* vehicles leaving the club parking lot (i.e., irrespective of the type of vehicle) was constitutional. The trial judge held that it was. In doing so he relied on *Murray*. The trial judge decided that the police, having lawfully stopped the car, were

atteinte à un droit constitutionnel n'emportait par la violation de la *Charte*. Réunir dans une analyse comme celle préconisée dans l'arrêt *Waterfield* l'examen des droits individuels prévus aux art. 8 et 9 et celui des intérêts de la société au regard de l'article premier ne peut qu'ajouter au problème de l'élasticité des pouvoirs policiers en common law et esquiver le véritable débat de principe où les intérêts opposés de l'individu et de la société doivent être clairement exposés dans le cadre établi de l'analyse fondée sur la *Charte*.

J'estime que ma démarche est compatible avec la position adoptée par la Cour d'appel du Québec dans une affaire antérieure relative à un barrage policier, *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197, où le juge Fish, maintenant juge de notre Cour, a fait observer ce qui suit au début de ses motifs : [TRADUCTION] « À mon avis, l'intimé n'a pas été détenu arbitrairement lorsque son véhicule a été intercepté au barrage. Si j'étais arrivé à la conclusion contraire, j'aurais quand même accueilli l'appel car j'estime que la détention de l'intimé était légale en raison des pouvoirs conférés aux policiers par la common law et que toute atteinte au droit garanti à l'art. 9 de la *Charte* ayant pu en résulter était justifiée au regard de l'article premier en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit » (p. 203-204 (je souligne)).

Les gens qui quittaient le Million Dollar Saloon le 24 septembre 1999 n'étaient pas tous des malfaiteurs. Ceux qui vaquent à leurs occupations habituelles, même aux petites heures du matin, ne doivent être empêchés de circuler librement et être tenus de rendre des comptes à la police qu'en vertu d'un pouvoir de détention à la fois légal et constitutionnel.

B. *Le cœur du litige*

Les faits sont résumés dans les motifs de la juge Abella. La question principale que pose le présent pourvoi est celle de la constitutionnalité de la détention initiale des intimés par suite de l'interception, à un barrage policier, de *tous* les véhicules quittant le stationnement du club (sans égard au type de véhicule). S'appuyant sur l'arrêt *Murray*, le juge du procès a conclu que la détention était

entitled to look inside to verify the absence of firearms to assure their own safety, and based on the initial inspection, the police were permitted to go further and "ask the occupants questions, to get them out for a car search, and to search the occupants" (para. 66). It was on the issue of the lawfulness of the *initial detention* that the Ontario Court of Appeal differed from the trial judge. As Doherty J.A. stated:

> I would add that had I found the roadblock stop to be constitutional, I am in substantial agreement with the trial judge's observations concerning the steps that the police were entitled to take as incidental to a roadblock stop where they had reason to suspect that an occupant of one or more of the vehicles to be stopped is armed. [Emphasis added; para. 67.]

The Ontario Court of Appeal considered the initial detention to be unconstitutional because the police had decided that *no* vehicle would be permitted to leave the parking lot unsearched. In its view, the roadblock was insufficiently tailored to the precise information provided by the 911 caller. In particular, the 911 caller's description of the gunmen's vehicles did not match the make or style of the respondents' "sporty" Jaguar.

I agree with the courts below that it is important to address in turn each stage of what transpired outside the Million Dollar Saloon, namely the initial detention, the subsequent search, and the eventual arrest of the respondents. Each stage carried with it constitutional limits on police intervention, and the seeds of further police intervention should circumstances, as they developed, warrant. As to the outcome, I agree with the Court of Appeal that to be constitutional a roadblock must be "tailored" to the information known to the police. Where we disagree is that, in my view, the roadblock in this case was as "tailored" as circumstances and the purpose of the roadblock permitted. Providing that other requirements of a lawful roadblock were met, I believe the Court of Appeal erred in setting the convictions aside on the "tailoring" objection.

constitutionnelle. Selon lui, après avoir légalement intercepté le véhicule, les policiers avaient le droit, pour leur propre sécurité, de regarder à l'intérieur pour s'assurer qu'il n'y avait pas d'armes à feu et, compte tenu de leur inspection initiale, d'aller plus loin et [TRADUCTION] « de poser des questions aux occupants, de les faire descendre afin de fouiller le véhicule, et de les fouiller » (par. 66). La Cour d'appel de l'Ontario a différé d'avis sur la question de la légalité de la *détention initiale*. Le juge Doherty a dit :

> [TRADUCTION] J'ajoute que si j'avais conclu à la constitutionnalité du barrage policier, je serais d'accord pour l'essentiel avec les observations du juge du procès au sujet des mesures que les policiers pouvaient prendre s'ils avaient des motifs de soupçonner un occupant d'un véhicule intercepté d'être armé. [Je souligne; par. 67.]

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnelle la détention initiale parce que les policiers avaient décidé qu'*aucun* véhicule ne pourrait quitter le stationnement avant d'avoir été fouillé. Elle a estimé que le barrage avait été insuffisamment circonscrit eu égard aux renseignements précis communiqués au 9-1-1. Plus particulièrement, la Jaguar sport des intimés ne correspondait pas à la description des véhicules des individus armés donnée au centre d'urgence.

65 Je conviens avec les tribunaux inférieurs qu'il importe d'examiner successivement les mesures prises à l'extérieur du Million Dollar Saloon, à savoir la détention initiale, la fouille subséquente et l'arrestation des intimés. Chacune d'elles soumettait les policiers à des exigences constitutionnelles et pouvait justifier une intervention policière plus poussée au fur et à mesure que la situation évoluait. En ce qui concerne le résultat, je conviens avec la Cour d'appel qu'un barrage policier doit être « circonscrit » en fonction des renseignements dont disposent les policiers pour satisfaire aux exigences constitutionnelles. Or, selon moi, le barrage était en l'espèce aussi « circonscrit » que le permettaient les circonstances et l'objectif de sa mise en place. À supposer que les autres conditions de sa légalité aient été remplies, j'estime que la Cour d'appel a eu tort d'annuler les déclarations de culpabilité au motif que la mesure n'avait pas été bien « circonscrite ».

C. *The Roadblock Constituted an Arbitrary Detention*

66 At the time the respondents' car was stopped, the police had not only decided to stop all cars but they were *implementing* that strategy. When the police swung their vehicle in front of the respondents' car preventing its forward movement, there was "significant physical or psychological restraint" (*Mann*, at para. 19). As Le Dain J. held in the context of the random roadblock at issue in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 29:

> Because of the intimidating nature of police action and uncertainty as to the extent of police powers, compliance in such circumstances cannot be regarded as voluntary in any meaningful sense. The possible criminal liability for failure to comply constitutes effective compulsion or coercion.

See also *R. v. Orbanski*, [2005] 2 S.C.R. 3, 2005 SCC 37, at para. 31.

67 The question then arises whether the initial detention here was *arbitrary*. I believe that it was in the sense that *all* cars exiting the parking lot regardless of description were subject to a roadblock and that within this universe of vehicles "there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure" (*R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at p. 633; see also *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, at p. 1276). As in *Ladouceur*, however, I would uphold the law authorizing such an arbitrary detention under s. 1.

D. *Common Law Police Powers*

68 A detention unsupported by law is arbitrary. As stated in *Mann*, at para. 15:

> Absent a law to the contrary, individuals are free to do as they please. By contrast, the police (and more broadly, the state) may act only to the extent that they are empowered to do so by law.

C. *Le barrage policier constituait une détention arbitraire*

Au moment d'intercepter la voiture des intimés, les policiers avaient non seulement décidé d'arrêter tous les véhicules, mais ils *mettaient en œuvre* cette stratégie. En manœuvrant pour bloquer le passage au véhicule des intimés, les policiers ont eu recours à des « contraintes physiques ou psychologiques appréciables » (*Mann*, par. 19). Comme l'a conclu le juge Le Dain dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 29, relativement à une interception de véhicules au hasard :

> À cause de la nature intimidante des actes de la police et de l'incertitude quant à l'étendue de ses pouvoirs, on ne peut considérer comme volontaire, au vrai sens du terme, l'obéissance à un ordre dans de telles circonstances. La responsabilité criminelle qui peut découler de la désobéissance constitue une contrainte ou coercition réelle.

Voir aussi *R. c. Orbanski*, [2005] 2 R.C.S. 3, 2005 CSC 37, par. 31.

Se pose alors la question de savoir si, en l'espèce, la détention initiale était *arbitraire*. J'estime qu'elle l'était, car malgré la description dont disposaient les policiers, *toutes* les voitures quittant le stationnement étaient interceptées et parmi tous ces véhicules, « il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel » (*R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, p. 633; voir également *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, p. 1276). Toutefois, comme dans l'affaire *Ladouceur*, je confirmerais la validité de la règle de droit autorisant cette détention arbitraire par application de l'article premier.

D. *Pouvoirs policiers en common law*

Toute détention non autorisée par une règle de droit est arbitraire. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Mann* au par. 15 :

> Sauf règle de droit à l'effet contraire, les gens sont libres d'agir comme ils l'entendent. En revanche, les policiers (et, d'une manière plus générale, l'État) ne peuvent agir que dans la mesure où le droit les autorise à le faire.

Police powers are not co-extensive with their duties. Dickson C.J. made the point in his dissent in *Dedman*, at p. 12, quoting Professor Leigh:

> The police have long functioned under a regime of wide duties but limited powers. That is to say, that while they are under general duties to prevent crime, and breaches of the peace and to detect criminals, they do not have all those powers which, it might be thought, would be reasonably necessary for them to do so.
>
> (L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), at p. 29)

A society that valued police efficiency and effectiveness above other values would be a police state. The appellant acknowledges that Parliament has not given statutory powers to the police to do what they did in this case. He is therefore obliged to rely on the common law, in particular *Waterfield* and the Canadian cases that cite and build upon *Waterfield*, including *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Dedman*; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *Murray*; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), and *Mann*. Such common law powers are recognized by s. 42(3) of the Ontario *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15:

> **42.** . . .
>
> (3) A police officer has the powers and duties ascribed to a constable at common law.

Police duties, at common law, include "the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property" (*Dedman*, at p. 32). (It is worth recalling the comment of the trial judge in this case that the police "would have been derelict in their duties had they sat by and watched vehicles leave" (para. 56 (emphasis added)). However, even at common law, a balance must be struck between the competing interests of

Les policiers n'ont pas de pouvoirs proportionnés à leurs devoirs. Le juge en chef Dickson l'a fait observer dans l'arrêt *Dedman*, où il était dissident, et il a cité le professeur Leigh (p. 12) :

> [TRADUCTION] La police a longtemps fonctionné selon un régime de devoirs étendus mais de pouvoirs limités. C'est-à-dire que même s'ils ont le devoir général de prévenir le crime et les atteintes à la paix publique et de découvrir les criminels, les agents de police n'ont pas tous les pouvoirs qui, pourrait-on penser, seraient raisonnablement nécessaires pour leur permettre de le faire.
>
> (L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), p. 29)

La société qui privilégierait avant toute autre valeur l'efficience et l'efficacité de la police serait un État policier. L'appelante reconnaît que le Parlement n'a pas autorisé la mesure policière contestée en l'espèce. Il doit donc s'en remettre à la common law, plus particulièrement à l'arrêt *Waterfield* et aux décisions canadiennes qui le citent et s'en inspirent, dont *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Dedman*; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *Murray*; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), et *Mann*. Ces pouvoirs issus de la common law sont reconnus au par. 42(3) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 :

> **42.** . . .
>
> (3) Les agents de police possèdent les pouvoirs et fonctions qui sont attribués aux constables en common law.

69 En common law, les obligations des policiers comprennent « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » (*Dedman*, p. 32). (Je rappelle les propos du juge du procès en l'espèce selon lesquels les policiers « auraient manqué à leurs obligations s'ils s'étaient contentés d'observer les véhicules quitter les lieux » (par. 56 (je souligne)). Or, même en common law, il est nécessaire d'établir

the police duty and the liberty interests of individuals. Interference with liberty interests must be *justifiable*. How is this to be assessed? Le Dain J. says in *Dedman*, at p. 35:

> Turning to the second branch of the *Waterfield* test, it must be said respectfully that neither *Waterfield* itself nor most of the cases which have applied it throw much light on the criteria for determining whether a particular interference with liberty is an unjustifiable use of a power associated with a police duty. There is a suggestion of the correct test, I think, in the use of the words "reasonably necessary" in *Johnson v. Phillips*, [[1975] 3 All E.R. 682]. The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [Emphasis added.]

70 *Dedman* was a pre-*Charter* prosecution arising out of a random roadside stop on February 4, 1980 aimed at impaired drivers (though the case did not reach this Court until 1985). The accused had been charged with refusing to comply with a demand for a breath sample and he then challenged the Reduce Impaired Driving Everywhere (R.I.D.E.) program of random spot checks of motor vehicles, which at the time lacked any statutory authority. He claimed the police had no power to do what they did. The majority of our Court disagreed, speaking through Le Dain J. (over the dissent of Dickson C.J. supported by Beetz and Chouinard JJ.). In the majority view, the public interest in combatting drunk driving outweighed the relatively minor intrusion on the lives of randomly selected members of the motoring public, and the police power of random stops was "reasonably necessary" to perform their duty to maintain public safety on the roads, an area of activity that is in any event licensed and highly regulated.

E. *The Dedman Balance*

71 *Dedman* and *Murray* establish that in some circumstances the common law authorizes police

un équilibre entre les intérêts qui s'opposent, à savoir le devoir du policier et le droit à la liberté de l'individu. Toute atteinte au droit à la liberté doit être *justifiable*. Comment juger du caractère justifié ou injustifié d'un acte? Voici ce qu'a dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dedman* au par. 35 :

> Pour ce qui est de la seconde partie du critère de l'arrêt *Waterfield*, il faut dire, avec égards, que ni l'arrêt *Waterfield* ni la plupart des autres arrêts qui l'ont appliqué n'apportent beaucoup de lumière sur les critères pour déterminer si une atteinte particulière à la liberté constitue un usage injustifié d'un pouvoir relié à un devoir de la police. L'arrêt *Johnson v. Phillips*, précité, suggère le bon critère, je crois, en employant l'expression [TRADUCTION] « raisonnablement nécessaire ». L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Dedman*, la poursuite avait été intentée avant l'adoption de la *Charte* par suite d'un contrôle routier effectué au hasard le 4 février 1980 afin d'intercepter les conducteurs en état d'ébriété (même si la Cour n'a été saisie du dossier qu'en 1985). Après avoir été inculpé pour refus de fournir un échantillon d'haleine, l'accusé avait contesté le programme R.I.D.E. (interception de véhicules au hasard) qui, à l'époque, n'avait aucune assise légale. Il avait prétendu que les policiers n'avaient pas le pouvoir de prendre cette mesure. Les juges majoritaires de la Cour ont rejeté sa prétention par la voix du juge Le Dain (malgré la dissidence du juge en chef Dickson, à laquelle souscrivaient les juges Beetz et Chouinard). Pour les juges majoritaires, il était dans l'intérêt public de lutter contre l'alcool au volant et cette considération l'emportait sur l'entrave relativement mineure à la liberté des automobilistes interceptés au hasard, et la mesure était « raisonnablement nécessaire » à l'accomplissement du devoir d'assurer la sécurité du public sur les routes (la circulation routière étant de toute façon soumise à l'obtention d'un permis et très réglementée).

E. *Le critère de pondération de l'arrêt Dedman*

Il appert des arrêts *Dedman* et *Murray* que la common law permet aux policiers, dans certaines

blockades to stop, detain and question motorists. The issue is to determine whether the common law power extended to the circumstances in this case to bring the police within their common law power. In making that determination the Court should accept the lead of our earlier cases and move cautiously and incrementally (*Mann*, at para. 18). If greater strides are to be made in delineating the outer limit of a "blockade" power, they should be made by Parliament.

Identifying the purpose of the blockade is important. Here, it was to determine the whereabouts of the guns and to obtain information leading to the arrest of those guilty of the firearms offences reported by the 911 caller. The power sought by the appellant must perforce include interference with civil liberties to the extent reasonably necessary to enable the police to achieve the purpose of the blockade. Otherwise, the blockade would likely be ineffectual and should not have been set up in the first place. However, as Doherty J.A. observed, such interference requires a strong public interest:

> The significant interference with liberties of an indeterminate number of people occasioned by the roadblock stop, combined with the fact that the individuals stopped are targets of a police investigation and may face criminal jeopardy as a result of the police action, demands a strong state interest to justify police interference with individual liberties. The state interest in the investigation of crime and the apprehension of criminals is sufficiently strong to justify the kind of interference necessitated by a roadblock stop only where the police have reasonable grounds to believe that a serious crime has been committed and reasonable grounds to believe that the roadblock stop will be effective in that it will apprehend the perpetrator. [Emphasis added; para. 53.]

As stated earlier, even if the common law power is shown to exist, it must be *exercised* reasonably having regard to the "totality of the circumstances" (*Mann*, at para. 44).

It will be noted that the asserted police power is narrow and sensitive to context. The appellant acknowledges as much in his factum:

circonstances, d'établir un barrage pour intercepter des automobilistes, les détenir et les interroger. La question est de savoir si le pouvoir conféré par la common law valait dans les circonstances de façon à justifier la mesure policière. Pour trancher, la Cour doit se laisser guider par ses décisions antérieures et faire évoluer la jurisprudence avec circonspection et de manière graduelle (*Mann*, par. 18). S'il faut étendre davantage le pouvoir d'établir un « barrage », c'est au législateur qu'il appartient de le faire.

72 L'objectif du barrage est déterminant. En l'espèce, il s'agissait de trouver les armes à feu et de recueillir des renseignements permettant l'arrestation des auteurs des infractions signalées au service 9-1-1. Le pouvoir allégué par l'appelante doit forcément comprendre celui de porter atteinte aux libertés civiles dans la mesure raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif du barrage. Sinon, le barrage serait vraisemblablement inefficace et n'aurait donc aucune raison d'être. Or, le juge Doherty fait observer qu'un intérêt public marqué doit justifier une telle atteinte :

> [TRADUCTION] L'importance de l'atteinte aux libertés d'un nombre indéterminé de personnes interceptées au barrage — sans compter que ces personnes font l'objet d'une enquête policière et s'exposent à une poursuite criminelle par suite de la mesure policière —, commande qu'elle soit justifiée par un intérêt public marqué. L'intérêt qu'a l'État à enquêter sur un crime et à arrêter les criminels est assez marqué pour justifier l'atteinte inhérente à l'interception à un barrage seulement si les policiers ont des motifs raisonnables de croire qu'un crime grave a été commis et que le barrage permettra d'arrêter son auteur. [Je souligne; par. 53.]

Je le répète, même si son existence est établie, le pouvoir conféré par la common law doit être *exercé* raisonnablement eu égard à l'« ensemble des circonstances » (*Mann*, par. 44).

73 Il convient de signaler que le pouvoir policier allégué est restreint et tributaire du contexte. L'appelante le reconnaît elle-même dans son mémoire :

Lest there be any doubt, this appeal is not about roadblocks used as general crime detection tools. Rather, it is about roadblocks used to address serious safety concerns. Here we focus on roadblocks directed at serious criminal offences that have, are occurring or are about to occur — serious criminal offences that threaten the safety of an individual or the community at large. If the police got a tip that a potential fraudster was removing boxes of important documents from a warehouse, a general roadblock to intercept the documents, however probative they may be of the commission of the fraud, would be a potentially disproportionate response to that crime. While, no doubt, the public has an interest in the investigation and meaningful prosecution of fraud, the interference with liberty and privacy interests may exact too great a toll on the constitutional interests of the travelling public to permit a roadblock. But, this appeal isn't about the retrieval of paper, it's about the retrieval of guns, which, to state the obvious, engages a wholly different public interest. [para. 51]

[TRADUCTION] Que l'on ne se méprenne pas, le présent pourvoi porte sur le recours au barrage non pas pour détecter les crimes en général, mais bien pour donner suite à des craintes sérieuses en matière de sécurité. En l'espèce, nous nous intéressons à un barrage établi parce qu'une infraction criminelle grave a été commise, est commise ou le sera et menace la sécurité d'une personne ou de la collectivité en général. Si la police recevait une information selon laquelle un fraudeur potentiel retirait d'un entrepôt des caisses de documents importants, la mise en place d'un barrage policier pour récupérer les documents, quelle que soit leur valeur probante quant à la commission de la fraude, serait peut-être disproportionnée au crime. Il est sans aucun doute dans l'intérêt public d'enquêter sur une fraude et de poursuivre son auteur, mais l'atteinte à la liberté et à la vie privée découlant de l'établissement d'un barrage peut, au regard des droits constitutionnels des automobilistes, être trop importante pour que cette mesure soit permise. Or, dans la présente affaire, la police ne recherchait pas des documents, mais des armes à feu, ce qui, à l'évidence, met en jeu un intérêt public d'une toute autre nature. [par. 51]

This approach reflects a *Dedman* balancing test in cases of a blockade that is neither random nor specific, i.e., where the police have no reasonable grounds to suspect a *particular* motorist more than any other motorist being detained, but the public interest is thought to be paramount.

Ce point de vue reprend le critère de pondération établi dans l'arrêt *Dedman* et applicable lorsque l'interception ne se fait ni au hasard ni de manière spécifique, soit lorsque les policiers n'ont aucun motif raisonnable de soupçonner un automobiliste en *particulier* plus qu'un autre, mais qu'ils estiment que l'intérêt public l'emporte.

74 *Dedman* and its progeny have been sharply criticized by some academics, e.g., Professor Healy characterizes the Canadian view of *Waterfield* as "something of a Trojan horse for the expansion of police powers" (p. 107). *Waterfield*, he complains, "does not allow the courts to transform unlawful police conduct into lawful police powers" (p. 103). See also J. Stribopoulos, "In *Search* of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the *Charter*" (2005), 31 *Queen's L.J.* 1, at p. 19.

L'arrêt *Dedman* et les jugements rendus dans sa foulée ont été durement critiqués par certains auteurs, dont le professeur Healy, qui dit de l'interprétation canadienne de l'arrêt *Waterfield* qu'elle constitue [TRADUCTION] « une espèce de cheval de Troie visant à accroître les pouvoirs policiers » (p. 107). L'auteur soutient que l'arrêt *Waterfield* [TRADUCTION] « ne saurait permettre au tribunal de voir dans une mesure policière illégale l'exercice d'un pouvoir policier légal » (p. 103). Voir aussi J. Stribopoulos, « In *Search* of Dialogue : The Supreme Court, Police Powers and the *Charter* » (2005), 31 *Queen's L.J.* 1, p. 19.

75 I agree with the critics that *Waterfield* is an odd godfather for common law police powers. In its country of origin it has lived a rather modest existence, in part because the U.K. Parliament has been far more active than the Canadian Parliament

Je conviens avec les auteurs qu'il est étrange d'invoquer l'arrêt *Waterfield* à l'appui des pouvoirs policiers en common law. Dans son pays d'origine, l'arrêt a joué un rôle plutôt modeste, notamment parce que le Parlement britannique a fait bien davantage

in defining police powers, see e.g. the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, ss. 1 and 4. The same is true of the various legislatures in Australia and New Zealand. The Tasmanian *Police Powers (Vehicle Interception) Act 2000* (Tas.), 2000, No. 46, for example, provides at s. 5 that a senior police officer may establish a roadblock on a public street or road-related area if he or she reasonably believes that: (a) it would significantly improve the prospects of apprehending or locating a person who (i) has committed an offence punishable upon indictment, or (ii) is or may be endangering the property, life or safety of another person; (b) it is necessary to establish the roadblock for the protection of life or property; or (c) an offence has been, is being or is likely to be committed and that, for the purpose of performing his or her functions, it is necessary to detain a vehicle, a driver or a passenger in or on a vehicle. See also the New South Wales *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), 2002, No. 103, s. 37; the Queensland *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 5, s. 26; the South Australia *Summary Offences Act 1953* (S.A.), 1953, s. 74B, and the New Zealand *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43, s. 317B.

que le Parlement canadien pour définir les pouvoirs policiers : voir p. ex. *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 1 et 4. Les différentes législatures de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande ont elles aussi agi. En Tasmanie, l'art. 5 de la *Police Powers (Vehicle Interception) Act 2000* (Tas.), 2000, No. 46, par exemple, prévoit qu'un agent de police supérieur peut établir un barrage dans une voie publique ou un lieu connexe s'il a des motifs raisonnables de croire que a) le barrage accroîtra sensiblement les possibilités d'arrêter ou de trouver (i) l'auteur d'une infraction poursuivable par voie de mise en accusation ou (ii) une personne qui constitue ou pourrait constituer une menace pour les biens, la vie ou la sécurité d'une autre personne, b) le barrage est nécessaire pour la protection d'une vie ou de biens et c) une infraction a été commise, est commise ou le sera, et que la détention d'un véhicule, de son conducteur ou d'un passager s'impose pour l'accomplissement de ses fonctions de policier. Voir aussi l'art. 37 de la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), 2002, No. 103 (Nouvelle-Galles-du-Sud); l'art. 26 de la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 5 (Queensland); l'art. 74B de la *Summary Offences Act 1953* (S.A.), 1953 (Australie-Méridionale); l'art. 317B de la *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43 (Nouvelle-Zélande).

Criticism of *Dedman*'s use of *Waterfield* began with a broadside from Dickson C.J. in the same case, dissenting, at p. 15:

> A police officer is not empowered to execute his or her duty by unlawful means. The public interest in law enforcement cannot be allowed to override the fundamental principle that all public officials, including the police, are subject to the rule of law. To find that arbitrary police action is justified simply because it is directed at the fulfilment of police duties would be to sanction a dangerous exception to the supremacy of law. It is the function of the legislature, not the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law.

Nevertheless, the contrary view espoused by Le Dain J. prevailed, and the majority view has

76

Le premier à reprocher à la Cour de se fonder sur l'arrêt *Waterfield* a été le juge en chef Dickson, dissident dans l'arrêt *Dedman* (p. 15) :

> Un agent de police n'est pas habilité à faire son devoir par des moyens illégaux. On ne peut permettre que l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée l'emporte sur le principe fondamental portant que tous les fonctionnaires publics, y compris les policiers, sont assujettis à la primauté du droit. Conclure qu'un acte arbitraire de la police est justifié simplement parce qu'il vise à permettre à la police d'accomplir son devoir reviendrait à sanctionner une dangereuse exception à la suprématie de la loi. Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d'autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*.

Néanmoins, l'opinion contraire a prévalu. Le point de vue exprimé par le juge Le Dain au nom des

been adopted and applied in a number of our subsequent cases, including *Cloutier v. Langlois* (1990), *Godoy* (1999) and *Mann* (2004). I not only accept this line of authority but I agree with it. It is all very well for the courts to ask Parliament to take legislative action, but Parliament has not seen fit to do so. In the meantime, guns and gun-related violence are a growing problem in some urban areas and the police are sent in to deal with it. Building a composite picture of police common law powers by way of narrow precedents is not a quick fix but in the absence of Parliamentary action it is the least worst solution.

77 Whether *Waterfield* was or was not a sound basis for the majority view in *Dedman* may still be a matter of historical and academic interest, but I take the law established by the majority in *Dedman* as my point of departure.

78 I do not believe the *Dedman* analysis and the s. 1 analysis are duplicative of one another. While both involve a measure of balancing, *Dedman* is a creature of the common law, and nothing is said explicitly in that case about the presumptive paramountcy of "the liberty interfered with" or putting the onus on the Crown to "demonstrably justify" the measure as a "reasonable limit". Nor does Le Dain J. speak explicitly of such concepts as minimal impairment. The *Charter* standard is higher. The pre-*Charter* common law position was more loosely framed in recognition perhaps of the reality that *relevant* evidence would generally have been admissible even if the police conduct was unauthorized: *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574.

79 *Dedman* was released on July 31, 1985, more than four months after *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, was argued (March 12, 1985). As both cases were pending before the judges of our Court at the same time, it is inconceivable that the Court did not expect that a common law police power

juges majoritaires a été appliqué dans nombre d'arrêts subséquents, dont *Cloutier c. Langlois* (1990), *Godoy* (1999) et *Mann* (2004). Non seulement je reconnais que cette jurisprudence s'applique, mais j'y souscris. Les tribunaux ont eu beau exhorter le Parlement à prendre des mesures législatives, celui-ci ne l'a pas encore fait. Pendant ce temps, le recours aux armes à feu et la violence armée s'accroissent dans certains quartiers urbains et ce sont les policiers qui doivent faire face au problème. Délimiter au moyen de décisions à la portée restreinte les pouvoirs que la common law confère aux policiers n'est pas l'idéal, mais à défaut de mesures législatives, c'est un moindre mal.

La question de savoir si, dans l'affaire *Dedman*, les juges majoritaires ont eu raison ou non de s'appuyer sur l'arrêt *Waterfield* revêt peut-être encore un intérêt historique et théorique, mais je fais du principe qu'ils ont établi le point de départ de mon analyse.

J'estime que l'analyse que commande l'arrêt *Dedman* ne fait pas double emploi avec celle fondée sur l'article premier. Bien que les deux appellent une certaine pondération, l'arrêt *Dedman* résulte de l'application de la common law, et la Cour n'y fait pas expressément mention de la prépondérance présumée de la « liberté entravée » ou de l'obligation du ministère public d'établir que la mesure constitue une « limite raisonnable » dont la « justification peut se démontrer ». Le juge Le Dain ne renvoie pas non plus expressément à des concepts comme celui de l'atteinte minimale. La norme dictée par la *Charte* est plus élevée. La position de la common law avant la *Charte* était plus vague, peut-être à cause du fait que toute preuve *pertinente* aurait généralement été admise même si les policiers avaient agi illégalement : *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574.

L'arrêt *Dedman* a été rendu le 31 juillet 1985, soit plus de quatre mois après l'audience (le 12 mars 1985) dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Les juges de la Cour ayant été saisis en même temps des deux affaires, il est impensable qu'ils n'aient pas prévu que le pouvoir conféré par

sanctioned by *Dedman* would, in the case of prosecution of post-*Charter* offences, be subjected to the more rigorous *Oakes* analysis. *Dedman* should not provide an end run around *Oakes*. Those with legitimate concerns about the common law limits of police powers should be able to take comfort, I think, from the fact that identification of the existence of a police power under *Dedman* is only a first step in the full-blown *Charter* analysis. An asserted common law power may survive the "ancillary power" test but nevertheless fail the *Oakes* test. If the asserted police power is "reasonably necessary" (as this phrase is interpreted in *Dedman*, at p. 35) for the police to do their duty *and the common law authority for such conduct is Charter compliant*, then society will have some assurance that a decent balance has been struck.

la common law aux policiers selon l'arrêt *Dedman* serait, dans le cas d'une infraction postérieure à la *Charte*, soumis à l'analyse plus rigoureuse de l'arrêt *Oakes*. L'arrêt *Dedman* ne doit par permettre de contourner le critère de l'arrêt *Oakes*. À mon avis, ceux qui s'interrogent avec raison sur les limites des pouvoirs policiers en common law devraient pouvoir se rassurer : la reconnaissance d'un pouvoir policier en application de l'arrêt *Dedman* ne représente que la première étape de l'analyse véritable fondée sur la *Charte*. Le pouvoir allégué sur le fondement de la common law peut satisfaire au critère du « pouvoir accessoire » sans toutefois respecter le critère de l'arrêt *Oakes*. Si le pouvoir policier allégué est « raisonnablement nécessaire » (au sens de l'arrêt *Dedman*, p. 35) à l'exercice des fonctions policières *et que la règle de common law sous-jacente respecte la Charte*, la société pourra jusqu'à un certain point être assurée qu'un équilibre acceptable a été établi.

F. *This Case Is Not Covered by Precedent*

The first step is to determine whether at common law the police possessed the power to put in place a blockade in the circumstances here. Initially a court should look at the existing jurisprudence, in particular *Dedman*, *Simpson*, *Mann* and *Murray*. If (as I believe) none of these cases provides authority for what was done in this case, the "balancing test" derived from *Dedman* must be applied. The Court must determine whether the common law rule, if it exists, authorized the police to do what they did here. If not, of course, there was no legal foundation for the police conduct and there is no limitation on constitutional rights "prescribed by law" capable of being saved under s. 1 of the *Charter*.

F. *Aucun arrêt de jurisprudence ne s'applique en l'espèce*

80 La première étape consiste à déterminer si, en common law, les policiers possédaient le pouvoir d'établir un barrage dans les circonstances de l'espèce. Au départ, le tribunal doit considérer la jurisprudence, plus particulièrement les arrêts *Dedman*, *Simpson*, *Mann* et *Murray*. Si, comme je le crois, aucun de ces arrêts ne permet de justifier la mesure prise en l'espèce, il faut appliquer le critère de « pondération » découlant de l'arrêt *Dedman*. La Cour doit déterminer si la règle de common law, à supposer qu'elle existe, autorisait les policiers à faire ce qu'ils ont fait en l'espèce. Dans la négative, la mesure n'avait manifestement aucune assise juridique et nulle restriction d'un droit constitutionnel « prescrite par une règle de droit » n'est susceptible de validation par application de l'article premier de la *Charte*.

(1) The Relevant Police Power Is Not Found in *Mann* (or *Simpson*)

The detention and searches in this case do not come within the narrowly targeted police power of

(1) Le pouvoir policier en cause ne trouve pas sa source dans les arrêts *Mann* (ou *Simpson*)

81 La détention et les fouilles visées en l'espèce ne ressortissent pas au pouvoir — bien circonscrit

investigative detention based on "individualized suspicion" initially formulated in *Simpson* and elaborated upon in *Mann* as follows:

The detention must be viewed as reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances, informing the officer's suspicion that there is a clear nexus between the individual to be detained and a recent or on-going criminal offence. Reasonable grounds figures at the front-end of such an assessment, underlying the officer's reasonable suspicion that the particular individual is implicated in the criminal activity under investigation. [Emphasis added; para. 34.]

Mann and *Simpson* used the "articulable cause" justification found in the U.S. Fourth Amendment jurisprudence for so-called *Terry* stops, see *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Indianapolis v. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000), at p. 44. I do not believe that *Mann* can or should be divorced from this pedigree. Moreover, I think it is crucial to distinguish between what the police knew at the time of the detention, and what they knew *after* the initial detention when for the first time they had an unobscured look at the occupants. In *Mann*, the police had a good view of the person stopped *before* the stop, and proceeded to stop the detainee because his physical appearance matched that of the crime suspect "to the tee" (para. 5). Here, there was proximity of the *vehicle* to the crime scene in terms of time and location, but nothing else at the time their vehicle was stopped linked the vehicle or the occupants to the description given by the 911 caller, as the trial judge noted:

I am satisfied neither officer knew the occupants were black when they stopped the car. [para. 43]

Even after stopping the car, the only relevant description of the individuals from the 911 call was that they were all black (trial judge, at paras. 6 and 9-10). Accordingly, I agree on this point with the trial judge who concluded, using the language of *Simpson*, that:

. . . did the officers have grounds to stop the vehicle for an investigative detention? They did not, because

— de détention aux fins d'enquête que confère aux policiers l'existence de « soupçons précis ». Ce pouvoir a initialement été formulé dans l'arrêt *Simpson* puis développé comme suit dans l'arrêt *Mann* :

La détention doit être jugée raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances qui sont à la base de la conviction du policier qu'il existe un lien clair entre l'individu qui sera détenu et une infraction criminelle récente ou en cours. La question des motifs raisonnables intervient dès le départ dans cette détermination, car ces motifs sont à la base des soupçons raisonnables du policier que l'individu en cause est impliqué dans l'activité criminelle visée par l'enquête. [Je souligne; par. 34.]

Les arrêts *Mann* et *Simpson* ont emprunté le critère des « motifs concrets » à la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement et l'interpellation « de type *Terry* » : voir *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Indianapolis c. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000), p. 44. Je ne crois pas que l'arrêt *Mann* puisse ou doive être dissocié de l'origine de ce critère. Qui plus est, j'estime qu'il est crucial de distinguer entre ce que les policiers savaient au moment de l'interception et ce qu'ils savaient *après* celle-ci lorsqu'ils ont enfin bien vu les occupants. Dans l'affaire *Mann*, les policiers avaient bien vu la personne *avant* son interpellation et ils l'avaient interpellée parce que son apparence physique correspondait « en tous points » à la description du suspect (par. 5). En l'espèce, hormis la présence du *véhicule* près du lieu du crime peu après le signalement, au moment de l'interception, rien ne permettait de relier le véhicule ou ses occupants à la description donnée au 9-1-1. Le juge du procès a d'ailleurs fait remarquer :

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'au moment d'intercepter la voiture, les policiers ignoraient que ses occupants étaient noirs. [par. 43]

Même après l'interception de la voiture, le seul élément du signalement qui s'appliquait aux occupants est qu'ils étaient tous de race noire (jugement de première instance, par. 6 et 9-10). Par conséquent, je suis d'accord sur ce point avec le juge du procès, qui reprend la terminologie de l'arrêt *Simpson* :

[TRADUCTION] . . . les policiers avaient-ils des motifs d'arrêter le véhicule et de détenir ses occupants

they lacked articulable cause to detain the vehicle and occupants. It cannot be said there existed objectively a constellation of discernible facts giving rise to articulable cause to detain the applicants for investigation. [para. 49]

aux fins de l'enquête? Ils n'en avaient pas, car ils n'avaient pas de motifs concrets de détenir le véhicule et ses occupants. On ne saurait conclure à l'existence objective d'un ensemble de faits discernables donnant aux policiers des motifs concrets de détenir les demandeurs aux fins de l'enquête. [par. 49]

In *Simpson*, a police officer decided to patrol the area around a residence he suspected to be a crack house. His knowledge and suspicion of this residence were entirely derived from an internal police memorandum written by another officer and apparently based on information provided by an unidentified "street contact". While patrolling the area, the officer observed a car in the driveway of the residence. The sole occupant, a woman, got out of the car, leaving the motor running, and went to stand inside the doorway of the residence. After a short time, she returned to her car accompanied by the appellant, Simpson. The woman drove away with Simpson in the passenger seat. Aside from these observations, the officer had no knowledge of either the woman or Simpson. He nevertheless decided to follow the car, and after doing so for a short distance, directed the car to pull over. He told Simpson to get out of the car. The officer noticed a bulge in Simpson's front pant pocket. He asked Simpson what it was and Simpson responded, "Nothing." The officer directed Simpson to take the object from his pocket, then grabbed Simpson's hand and removed a bag containing cocaine. On these facts, the Ontario Court of Appeal concluded the seizure to be unlawful, *per* Doherty J.A., at pp. 201-2:

82

Dans l'affaire *Simpson*, un policier avait entrepris de patrouiller dans les environs d'une résidence qu'il croyait être une fumerie de crack. Sa connaissance de l'endroit et ses soupçons reposaient entièrement sur la note de service interne d'un collègue fondée apparemment sur les renseignements d'un « indicateur » non identifié. Pendant qu'il patrouillait dans le secteur, le policier avait remarqué une voiture garée dans l'allée de la maison. La seule occupante du véhicule était descendue sans couper le moteur, était entrée dans la maison et était demeurée dans le vestibule. Peu après, elle était retournée à sa voiture en compagnie de l'appelant, M. Simpson, qui avait pris place du côté passager. Le véhicule avait quitté les lieux. Hormis ces observations, le policier ignorait tout de la femme et de M. Simpson. Il les avait néanmoins suivis sur une courte distance, puis avait ordonné à la conductrice d'arrêter le véhicule et demandé à M. Simpson de descendre. Remarquant le renflement de la poche avant du pantalon de ce dernier, il lui avait demandé ce que c'était. M. Simpson avait répondu : [TRADUCTION] « Rien. » Le policier lui avait ordonné de retirer l'objet de sa poche, puis lui avait enlevé des mains un sac de cocaïne. Au vu de ces faits, la Cour d'appel, par la voix du juge Doherty, a conclu à l'illégalité de la saisie (p. 201-202) :

. . . the totality of the circumstances — the whole picture — must be taken into account. Based upon that whole picture the detaining officers must have a particularized and objective basis for suspecting the particular person stopped of criminal activity.

. . .

. . . an assessment of the whole picture must yield a particularized suspicion . . . that the particular individual being stopped is engaged in wrongdoing.

[TRADUCTION] . . . toutes les circonstances — la situation dans son ensemble — doivent être prises en considération. Eu égard à ces éléments, le policier qui met une personne en détention doit avoir un motif précis et objectif de la soupçonner d'une activité criminelle.

. . .

. . . l'évaluation de la situation dans son ensemble doit faire naître un soupçon précis [. . .] que la personne interceptée est partie à un acte répréhensible.

These cases require a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation.

83 My colleague Abella J. finds sufficient justification (at para. 44) for the conduct of the police in the facts that once the respondents' car was stopped and *after* the officers had had a chance to look at the occupants, the officers were able to observe that:

(i) the occupants were black, thus matching (in part) the 911 call information even though the make of their car did not;

(ii) the passenger wore driving gloves for a night described as certainly not "glove weather"; and

(iii) on being questioned, the passenger gave "strange and evasive answers".

As pointed out by the trial judge, however, none of these circumstances were known to the police at the time of initial detention. At that point there was no "clear nexus" of "individualized suspicion" linking Clayton and Farmer to the alleged crime. All that was known at that time is that a "sporty Jaguar" was making its way towards the parking lot exit, and the description given by the 911 caller did not include a "sporty Jaguar".

(2) The Claimed Police Power Is Not Found in *Murray*

84 *Murray* was another roadblock case. The question in that case, as framed by Fish J.A., was "whether the police, exercising their common law powers, may in appropriate circumstances restrain the free flow of traffic in a circumscribed area for the sole purpose of capturing dangerous criminals in fresh flight" (p. 203). A robbery had been committed by three armed individuals. The police, seeking their arrest, set up a roadblock on a bridge which was a likely avenue of escape from the scene of the crime, and were stopping all vehicles that were capable of

Ces décisions exigent un ensemble de faits objectivement discernables qui donnent à l'agent un motif raisonnable de soupçonner la personne qu'il détient d'être criminellement impliquée dans l'activité faisant l'objet de l'enquête.

Ma collègue la juge Abella estime que la conduite des policiers est suffisamment justifiée par le fait qu'après avoir intercepté la voiture des intimés et *après* avoir eu la possibilité d'observer les occupants, ils avaient pu constater ce qui suit (par. 44) :

(i) les occupants étaient de race noire, ce qui correspondait (en partie) aux renseignements communiqués au 9-1-1, même si le modèle de leur véhicule n'était pas l'un de ceux signalés;

(ii) le passager portait des gants de conduite même si, cette nuit-là, la température ne justifiait certainement pas le port de gants;

(iii) le passager répondait de manière étrange et évasive aux questions.

Cependant, comme l'a souligné le juge du procès, aucun de ces faits n'était connu des policiers au moment de la détention initiale. Aucun « soupçon précis » ne leur permettait alors d'établir un « lien clair » entre Clayton et Farmer et le crime allégué. Tout ce qu'ils savaient à ce moment-là c'est qu'une Jaguar sport se dirigeait vers la sortie du stationnement et que l'auteur de l'appel au 9-1-1 n'avait pas fait mention d'un tel véhicule.

(2) Le pouvoir policier allégué ne trouve pas sa source dans l'arrêt *Murray*

L'affaire *Murray* portait elle aussi sur un barrage policier. Selon le juge Fish, la question était de savoir [TRADUCTION] « si, dans l'exercice de leurs pouvoirs en common law, les policiers peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, entraver la circulation automobile dans un secteur déterminé dans le seul but de capturer de dangereux criminels depuis peu en cavale » (p. 203). Trois hommes avaient commis un vol à main armée. Afin de leur mettre la main au collet, les policiers avaient dressé un barrage sur le pont que les malfaiteurs

hiding three fleeing criminals. These individuals had brandished their guns in the course of the robbery and were reasonably suspected of being willing to use them again. The accused Murray was a member of the public who was stopped and questioned. He was driving a pick-up truck. A piece of canvas capable of hiding the armed fugitives obscured the police view of the back of the vehicle. A police officer removed it and discovered smuggled cigarettes. The court concluded that the detention was a valid exercise of a police common law power, as was the search incidental to detention. A violent crime (armed robbery of a bank) had already been committed, the suspects were known to be fleeing the scene. At p. 204, Fish J.A. notes that "[t]here were apparently three robbers. The officers were given a general description of one of them, considered by the Hawkesbury police to be extremely dangerous — capable, indeed, of firing on pursuing officers." Fish J.A. describes the robbery suspects as "dangerous criminals in fresh flight". In the present case the police had *no* information that a violent crime had been committed, nor were they looking for "dangerous criminals in fresh flight" who were "capable, indeed, of firing on pursuing officers". Such circumstances were considered in *Murray* to be an adequate justification in the absence of "individualized suspicion". Those circumstances are not present here.

(3) The Claimed Police Power Is Not Found in *Dedman*

While *Dedman* authorizes a roadblock in the absence of any individualized suspicion of particular motorists, who are stopped at random, the reasoning in *Dedman* has to do with road safety. As Le Dain J. said in the course of his reasons:

The right to circulate on the highway free from unreasonable interference is an important one, but it is, as I

franchiraient vraisemblablement pour s'enfuir et ils avaient intercepté tous les véhicules dans lesquels les fugitifs auraient pu se cacher. Comme les suspects avaient brandi leurs armes pendant la perpétration du vol, on pouvait raisonnablement croire qu'ils n'auraient pas hésité pas à s'en servir de nouveau. L'accusé, Murray, était l'un des citoyens interceptés et interrogés. Il était au volant d'une camionnette. Une bâche susceptible de dissimuler les fugitifs armés empêchait les policiers de voir l'arrière du véhicule. En retirant la bâche, un policier avait découvert des cigarettes de contrebande. Le tribunal a conclu que la détention, tout comme la fouille accessoire, constituait un exercice valable du pouvoir conféré aux policiers par la common law. Un crime violent (le braquage d'une banque) avait été commis et on savait les suspects en fuite. Le juge Fish a relevé qu'[TRADUCTION] « [i]l y avait apparemment trois voleurs. Les policiers avaient une description générale de l'un d'eux et la police d'Hawkesbury estimait que cet homme était très dangereux et susceptible de tirer sur les policiers à sa poursuite. » (p. 204) Il a qualifié les suspects de « dangereux criminels depuis peu en cavale ». Dans la présente affaire, les policiers ne disposaient d'*aucun* renseignement selon lequel un crime violent avait été commis, ils n'étaient pas à la recherche de « dangereux criminels depuis peu en cavale » « susceptible[s] de tirer sur les policiers à leur poursuite ». Dans l'affaire *Murray*, on a conclu que ces éléments justifiaient la mesure suffisamment malgré l'absence de « soupçons précis ». Ces éléments ne sont pas présents en l'espèce.

(3) Le pouvoir policier allégué ne trouve pas sa source dans l'arrêt *Dedman*

85 Dans l'arrêt *Dedman*, la Cour a reconnu le pouvoir d'entraver la circulation malgré l'absence de motifs de soupçonner des automobilistes en particulier, les interceptions étant effectuées au hasard, mais elle l'a fait pour des considérations liées à la sécurité routière. Comme l'a dit le juge Le Dain :

Le droit de circuler sur les routes sans entrave déraisonnable est important mais, comme je l'ai déjà mentionné,

have said, a licensed activity subject to regulation and control in the interest of safety. [p. 36]

86 In a *Dedman* situation it will not even be clear to the police that *any* crime has been committed at all. A decision that affirms the lawfulness of a blockade in support of road safety does not authorize a blockade of *every* car to enable the police to look for evidence of a crime that has nothing to do with road safety.

(4) Applying the *Dedman* Balance

87 The methodology adopted in *Dedman* is helpful even though its result does not cover this case. The components to be weighed here are different. A similar "balance" was described in *Cloutier v. Langlois*:

> . . . whether such an invasion is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals. [pp. 181-82]

Cloutier v. Langlois was a post-*Charter* case in which an accused claimed he had been "assaulted" by a police officer conducting a search incidental to arrest on November 3, 1983. It was held citing *Dedman* that the search incidental to a *valid* arrest was authorized by the common law.

88 I therefore proceed to apply the *Dedman* methodology to the new and different situation presented by this case. For convenience, I repeat the test as Le Dain J. formulated it:

> The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [p. 35]

G. *The Common Law Police Authority Sought to Be Established in This Case*

89 The appellant seeks to establish common law authority for the police (1) to form a blockade

il s'agit d'une activité qui nécessite un permis, assujettie à une réglementation et à un contrôle pour favoriser la sécurité. [p. 36]

Dans une situation comme celle considérée dans l'affaire *Dedman*, les policiers ne savent même pas qu'*un* crime a été commis. Une décision qui confirme la légalité d'un barrage dans l'intérêt de la sécurité routière n'autorise pas l'interception de *toute* voiture pour permettre la recherche d'éléments prouvant la commission d'un crime totalement étranger à la sécurité routière.

(4) Application du critère de pondération de l'arrêt *Dedman*

La méthode adoptée dans cet arrêt est utile même si le résultat obtenu ne s'applique pas en l'espèce, les éléments à soupeser étant différents. Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, la Cour a fait état d'une pondération semblable :

> . . . si [l'atteinte] est raisonnable, compte tenu des intérêts d'ordre public servis par, d'un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l'autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus. [p. 181-182]

Dans l'affaire *Cloutier c. Langlois*, postérieure à l'adoption de la *Charte*, l'accusé prétendait avoir été « agressé » par un policier lors de la fouille accessoire à son arrestation le 3 novembre 1983. Citant l'arrêt *Dedman*, la Cour a conclu que la fouille accessoire à une arrestation *légale* était autorisée par la common law.

J'appliquerai donc le critère de l'arrêt *Dedman* à la situation nouvelle et différente dont nous sommes saisis en l'espèce. Par souci de commodité, voici à nouveau comment le juge Le Dain l'a formulé :

> L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. [p. 35]

G. *Le pouvoir policier allégué en l'espèce sur le fondement de la common law*

L'appelante tente de démontrer que la common law confère aux policiers (1) le pouvoir d'établir un

(2) on receipt of information the police consider reliable (3) about serious firearms offences underway or recently committed (4) limited to the premises where the offence allegedly occurred (5) sufficiently soon after the alleged incident to give police reasonable grounds for belief that the perpetrators may be caught.

Reliance is placed on some of the observations of Doherty J.A. in the court below:

> Where the police do not have grounds to suspect any specific person or persons, the use of a roadblock stop cannot be justified in furtherance of the police duty to investigate and prevent crime unless the police have reasonable grounds to believe both that a serious crime has been committed and that the roadblock stop may apprehend the perpetrator.
>
> . . . If those prerequisites exist, then other factors, like those considered by the trial judge and the availability of other less intrusive investigative alternatives, will have to be taken into account. [Emphasis added; paras. 53-54.]

On this view, with which I agree, it is of importance that the police were in fast pursuit (i.e., they arrived on the scene within five minutes of the 911 call) and limited their blockade to the parking lot of the premises identified by the 911 caller. The police, in my view, had reasonable grounds to believe in these circumstances that a "serious crime ha[d] been committed" and that by means of a quick roadblock the perpetrators "might" be apprehended.

The trial judge did not treat the common law power as "'*carte blanche*' to detain and search every car, driver and passenger in the vicinity" (respondent Clayton's factum, at para. 34). What the trial judge said was:

> The initial stop is permitted as a brief detention to screen cars leaving the area. The early observations of the occupants and contents from outside the car, as well as the questions may lead to nothing else being permitted. Determination must be made on a case by case basis, and a vehicle by vehicle basis, in each roadblock. [para. 70]

barrage, (2) lorsqu'ils reçoivent des renseignements qu'ils jugent fiables (3) au sujet d'infractions graves — en cours ou récentes— relatives à des armes à feu, (4) barrage qui serait établi là où l'infraction aurait été commise, et ce, (5) dans un délai suffisamment court pour qu'ils aient des motifs raisonnables de croire qu'ils peuvent mettre la main sur les suspects.

Elle s'appuie sur certaines des remarques du juge Doherty de la Cour d'appel : 90

> [TRADUCTION] Lorsque les policiers n'ont aucun motif de soupçonner une ou plusieurs personnes en particulier, l'interception à un barrage ne saurait être justifiée par leur obligation d'enquêter sur les crimes et de les prévenir que s'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'un crime grave a été commis et que la mesure peut permettre l'arrestation de son auteur.
>
> . . . Lorsque ces conditions sont remplies, d'autres éléments, comme ceux examinés par le juge du procès, et le recours possible à d'autres mesures d'enquête moins attentatoires, devront être pris en considération. [Je souligne; par. 53-54.]

De ce point de vue, que je partage, le fait que les policiers ont agi rapidement (ils sont arrivés sur les lieux moins de cinq minutes après le signalement) et n'ont bouclé que le stationnement de l'établissement en cause, est déterminant. Les policiers avaient selon moi des motifs raisonnables de croire qu'un « crime grave a[vait] été commis » et que la mise sur pied rapide d'un barrage « pourrait » permettre d'en arrêter les auteurs.

Le juge du procès n'a pas considéré que le pouvoir conféré par la common law donnait [TRADUCTION] « "carte blanche" pour détenir et fouiller tout véhicule, conducteur ou passager se trouvant à proximité » (comme le laisse entendre l'intimé Clayton dans son mémoire, par. 34). Il a plutôt dit : 91

> [TRADUCTION] L'interception initiale et la brève détention qui en découle sont autorisées afin de contrôler les voitures quittant les lieux. L'examen sommaire des occupants et du contenu de la voiture à partir de l'extérieur de celle-ci, de même que les réponses obtenues peuvent n'autoriser rien d'autre. Pour tout barrage, l'évaluation doit se faire au cas par cas, en fonction de chacun des véhicules. [par. 70]

92 Of course, hypotheticals can be invented to test the outer limits of this approach. Suppose, instead of the Million Dollar Saloon, the police received a similar 911 gun call from the Toronto Skydome at a time when 5,000 cars were attempting to leave the parking areas all at once after a ball game. The answer, of course, is that the weight given to the different variables in this *Dedman* analysis would not be the same. As the trial judge said, "[d]etermination must be made on a case by case basis, and a vehicle by vehicle basis, in each roadblock" (para. 70). I see no error in such an approach. The blockade must be tailored to the information possessed by the police and executed reasonably "on the totality of the circumstances" or not at all.

Certes, il est possible de multiplier les hypothèses pour déterminer les limites de l'application de ce critère. Supposons que l'appel au 9-1-1 ait visé non pas le Million Dollar Saloon, mais le Skydome de Toronto et que 5 000 automobilistes aient tenté simultanément de quitter le stationnement après une partie de baseball. Évidemment, le poids accordé aux différentes variables dans cette analyse fondée sur l'arrêt *Dedman* ne serait pas le même. Comme l'a dit le juge du procès, [TRADUCTION] « [p]our tout barrage, l'évaluation doit se faire au cas par cas, en fonction de chacun des véhicules » (par. 70). Je ne vois rien d'erroné dans cette démarche. La mesure doit être circonscrite en fonction des renseignements dont disposent les policiers et exécutée raisonnablement eu égard à « l'ensemble des circonstances », sinon elle n'est pas permise.

93 As to what may follow the initial roadblock detention, I agree with the trial judge that:

> Officers stopping a vehicle in similar circumstances are entitled to question the occupants to determine if they had information about the incident. From those questions and answers, a decision would have to be made whether to let the car go or detain it for further investigation if articulable cause [i.e., "individualized suspicion"] existed. [para. 67]

Je suis d'accord avec le juge du procès quant à ce qui peut suivre la détention initiale :

> [TRADUCTION] Les policiers qui arrêtent un véhicule dans une situation semblable peuvent demander à ses occupants s'ils ont des renseignements sur l'incident. À la lumière des réponses obtenues, ils doivent soit les laisser partir, soit les retenir et poursuivre l'enquête s'ils ont des motifs concrets de le faire [à savoir des « soupçons précis »]. [par. 67]

94 On this basis I agree with the trial judge that the police had the common law power to do what was done in this case.

C'est pourquoi je conviens avec le juge du procès que la common law conférait aux policiers le pouvoir de faire ce qu'ils ont fait en l'espèce.

95 It may well be objected, by the appellant amongst others, that to restrict the determination in this case to "serious firearms offences" will provide insufficient "guidance" for future police conduct. General guidance is a matter for Parliament. Courts are required to adjudicate specific fact situations. Common law develops by the accumulation of a variety of precedents before (if at all) more generalized principles can be deduced. It would be contrary to our tradition and our function to generalize first and let the precedents accumulate afterwards. In my view, we have not yet reached the point in this difficult area where the precedents justify broader treatment. Parliament, on the other hand, can take a much broader view of what is

D'aucuns, dont l'appelante, pourront objecter que l'applicabilité de la décision rendue en l'espèce aux seules « infractions graves relatives à des armes à feu » ne délimitera pas suffisamment les pouvoirs des policiers. Or, il appartient au législateur d'établir des règles d'application générale et aux tribunaux de se prononcer sur des cas précis. La common law évolue par l'accumulation des différentes décisions que rendent les tribunaux et dont sont tirés (le cas échéant) des principes généraux. Il serait contraire à la tradition et à la fonction judiciaires de poser le principe général avant qu'il ne puisse être dégagé des décisions accumulées. J'estime qu'en ce qui concerne la question épineuse posée en l'espèce, nous n'avons

required, and it is to be hoped that legislators in this country will address the issue of police powers in a comprehensive way, as has been done in many other common law jurisdictions.

I also acknowledge that the approach taken by the trial judge and the Court of Appeal of assessing police conduct one step at a time as events unfold, an approach with which I agree, does not provide an easy rule for the police to follow. However, we are dealing here with common law which deals in specifics, not statute law which deals in generalities. The common law is replete with invocations of reasonableness and balance whose application is context specific. The notion that police have legal authority to do what is reasonably necessary having regard to a balance of relevant circumstances in a blockade is no less self-executing than the common law governing the degree of force permitted when a civilian performs a lawful arrest (*R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38, at para. 24), or a parent intervenes to chastise a child (see a discussion of its common law origins in Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Book I, 1765, c. 16, referred to in *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, at p. 185). Rules cannot be made more "black letter" than the subject matter permits.

The comments of Doherty J.A. regarding "systemic failings" in police training should be read in this light. The common law does not hand the police a simple "rule" which can be applied without much training or forethought. The law requires individual police officers to make difficult decisions under fast-moving conditions. The common law affords the police an initial opening to engage with the motorists who are stopped, but the vehicle stop may lead nowhere, depending

pas encore atteint le point où les décisions permettent d'établir une norme générale. Pour sa part, le Parlement peut embrasser plus largement la question des mesures qui s'imposent et il faut espérer que les législateurs du pays régleront de manière exhaustive le problème des pouvoirs policiers comme l'ont fait de nombreux autres ressorts de common law.

96 Je reconnais aussi que la méthode employée par le juge du procès et par la Cour d'appel — que je fais mienne — et qui consiste à apprécier successivement chacune des mesures prises par les policiers, n'établit pas une règle que ces derniers peuvent observer aisément. Cependant, l'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce relève de la common law, qui s'attache aux faits de l'espèce, et non du droit d'origine législative, qui se fonde sur des principes généraux. La common law fait abondamment appel à des notions de raisonnabilité et d'appréciation qu'elle applique selon le contexte. La notion voulant que les policiers aient le pouvoir légal de faire ce qui est raisonnablement nécessaire, après avoir apprécié les faits justifiant l'établissement d'un barrage, n'est pas moins exécutoire en soi que la règle de common law relative à la force qu'un citoyen peut employer pour effectuer une arrestation légale (*R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38, par. 24) ou celle avec laquelle un parent peut corriger un enfant (voir l'analyse de l'origine de ce droit en common law dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, t. 1, 1765, ch. 16, cité dans l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 185). La règle ne saurait être plus claire et plus immuable que ne le permet l'objet.

97 Les observations du juge Doherty concernant les failles de la formation des policiers doivent être considérées dans cette optique. La common law n'offre pas aux policiers une « règle » simple qu'ils peuvent appliquer sans grande formation ou réflexion préalables. Le droit oblige le policier à prendre des décisions difficiles dans des situations qui évoluent rapidement. La common law lui permet, dans un premier temps, de s'adresser à l'automobiliste intercepté, mais il peut devoir

on what information emerges from a quick police view of the occupants and the vehicle's interior and some quick screening questions. Without adequate training the police may find themselves overreacting or under-reacting to this information. I agree with Doherty J.A. that police training is critical to the successful utilization of their common law powers of detention and search.

98 As cases are added to the jurisprudence, a clearer picture of the contours of this branch of the common law police power will emerge. Authority was found in *Dedman* because of the major problem of road carnage produced by mixing alcohol and driving. The blockade in *Murray* was held to be authorized because of reliable information about "dangerous criminals in fresh flight" and the limited number of escape routes which made the blockade likely to be effective. "Imminent danger" characterized the situation in *Godoy* where the 911 caller's message was suddenly terminated without explanation. In *Simpson* and *Mann*, the police power was held to authorize the stop because "individualized suspicion" of the persons being stopped tilted the balance in favour of police action; in neither case, unlike *Murray*, was the person stopped known to be dangerous. On the other hand, in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1, the Ontario Court of Appeal declined to find that a roadblock targeting a biker gang was authorized by a generalized apprehension of a potential (rather than imminent) breach of the peace.

99 The importance of the particular facts cannot be overemphasized. If instead of a gun call, the 911 caller had reported that a hostage or kidnapped child was being spirited out of the parking lot in the trunk of an unidentified car, and the information was considered reliable, few judges would question the authority at common law of the police

en rester là selon les constatations faites en jetant un bref coup d'œil aux occupants et à l'intérieur du véhicule et les réponses obtenues à de brèves questions de contrôle. Sans formation adéquate, le policier risque de réagir à ces éléments de façon excessive ou trop modérée. Je conviens avec le juge Doherty que la formation des policiers est fondamentale au bon exercice des pouvoirs de détention et de fouille conférés par la common law.

Plus la jurisprudence s'enrichit, plus les contours de ce volet des pouvoirs policiers en common law se dessinent clairement. Dans l'affaire *Dedman*, l'exercice de ces pouvoirs était justifié par le grave problème des accidents mortels causés par l'alcool au volant. Dans l'affaire *Murray*, le barrage policier était justifié par des renseignements fiables selon lesquels de « dangereux criminels [étaient] depuis peu en cavale » et par le fait que le nombre limité de routes susceptibles d'être empruntées par les fugitifs ajoutait à l'efficacité prévisible du barrage. Dans l'affaire *Godoy*, il y avait « danger imminent », car la communication avec le service 9-1-1 avait soudainement été coupée sans explication. Dans les affaires *Simpson* et *Mann*, on a jugé que les policiers avaient été justifiés d'exercer leurs pouvoirs parce que les « soupçons précis » visant les personnes interceptées avaient fait pencher la balance en faveur d'une intervention policière. Dans un cas comme dans l'autre, contrairement à la situation dans l'affaire *Murray*, la personne interpellée n'était pas considérée comme dangereuse. Par ailleurs, dans l'affaire *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de conclure qu'un barrage visant à intercepter une bande de motards était justifié par la crainte générale de violation éventuelle (et non imminente) de la paix.

On ne saurait trop insister sur l'importance des faits. Si au lieu de la présence d'individus armés, l'auteur de l'appel au 9-1-1 avait signalé le départ en douce du stationnement d'une voiture non identifiée ayant à son bord, dans le coffre, un otage ou un enfant kidnappé, et que l'information avait été jugée fiable, peu de juges mettraient en doute

to act. Equally, few would deny the validity of a police roadblock following a local jail break in an attempt to round up escaping prisoners: *Perry v. State of Florida*, 422 So.2d 957 (Fla. Dist. Ct. App. 1982). The present case is not one of "imminent danger". It lacks the urgency of a kidnapping or the existence of "dangerous criminals in fresh flight" (*Murray*, at p. 203) who were "capable, indeed, of firing on pursuing officers" (*Murray*, at p. 204). On the other hand, a "gun call" imports a threat to public order including real concerns for the safety of the investigating officers. Canadian society has emphatically rejected the existence of the sort of "gun culture" that affects some societies, and rightly expects the police to be able to respond effectively to 911 "gun calls". Here, the proximity in terms of place (the blockade was limited to cars exiting the property where the guns had been sighted) and proximity in time (the police were on the scene within five minutes of the 911 call) greatly increased the likelihood of effective police action. (While the effectiveness itself of police action does not confer legitimacy, the *absence* of likely effectiveness would argue strongly against a valid blockade.) The tip was hot. Quick police action promised success. As in *Dedman*, the interference with exiting motorists was "of relatively short duration and of slight inconvenience" (p. 36).

le pouvoir d'intervenir conféré aux policiers par la common law. De même, rares sont ceux qui contesteraient la légalité d'un barrage policier mis en place pour capturer des prisonniers évadés : *Perry c. State of Florida*, 422 So.2d 957 (Fla. Dist. Ct. App. 1982). Il n'y avait pas en l'espèce de « danger imminent », non plus que d'urgence liée par exemple à un enlèvement ou à la présence de « dangereux criminels depuis peu en cavale » (*Murray*, p. 203) qui étaient « susceptibles de tirer sur les policiers à leur poursuite » (*Murray*, p. 204). Par contre, l'infraction liée à l'utilisation d'armes à feu menace l'ordre public et constitue un risque réel pour la sécurité des enquêteurs. La société canadienne a catégoriquement rejeté l'espèce de « culture des armes à feu » qui sévit dans certains pays et elle s'attend à juste titre à ce que les policiers soient en mesure de répondre efficacement aux appels au 9-1-1 signalant la présence d'armes à feu. En l'espèce, la proximité du barrage (seules étaient interceptées les voitures quittant le stationnement où les armes avaient été aperçues) et la rapidité de sa mise en place (les policiers sont arrivés sur les lieux moins de cinq minutes après l'appel 9-1-1) ont accru considérablement les chances que l'intervention policière soit fructueuse. (Même si, en soi, l'efficacité d'une intervention policière ne lui confère pas de légitimité, l'*absence* de toute chance de succès milite sérieusement contre sa validité.) Le signalement était très récent. L'intervention rapide des policiers promettait d'être fructueuse. Comme dans l'affaire *Dedman*, l'atteinte aux droits des automobilistes qui quittaient les lieux a été « d'une durée relativement courte et [n'a pas causé] beaucoup d'inconvénients » (p. 36).

The common law famously adapts itself to the evolution of society. A balance that might have tilted the law in favour of civil liberties in a society less infected with an urban gun problem now tips the other way, remembering of course that in my view (with which not all members of the Court agree) such claims to common law police authority should still be subject to more structured *Charter* review.

100 La common law s'adapte à merveille à l'évolution de la société. La balance qui a pu pencher en faveur de la protection des libertés civiles avant que la présence des armes à feu dans les villes ne devienne un problème penche désormais de l'autre côté. Il faut toutefois se rappeler — mais tous les juges de la Cour ne sont pas de cet avis — que tout pouvoir policier ainsi allégué sur le fondement de la common law devrait toujours résister à une analyse rigoureuse au regard de la *Charte*.

H. *The Common Law Power to Detain Motorists by Way of a Blockade Included the Power to Impose Arbitrary Detentions of Short Duration Together with Searches Incident to Detention to Assure Police Officer Safety*

101 On the facts, I believe the police roadblock in this case, although authorized by the common law, did infringe the respondents' rights under s. 9 of the *Charter*, which states as follows:

> **9.** Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

An arbitrary detention can be upheld if found to be prescribed by a law which in itself constitutes a reasonable limit under s. 1 (see *Hufsky* and *Ladouceur*). It is in this sense, I believe, that the *obiter* in *Mann* that "a lawful detention is not 'arbitrary'" (para. 20) should be understood. A detention, though arbitrary, may still be *constitutional* if the law on which the detention rests is a "reasonable limit" within the meaning of s. 1. The specific point in *Mann* itself was that a detention based on individualized suspicion is based on rational criteria and is not, therefore, arbitrary.

102 The common law is no more immune from *Charter* scrutiny than is statute law, as the Court has repeatedly held, see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290. The *Charter* applies to the common law when "the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom" (*Dolphin Delivery*, at p. 599; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. supp. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 37-25).

103 The initial detention of the respondents in this case *was* arbitrary in the sense that there was no individualized suspicion of them or the vehicle in which they were travelling (which did not match the 911 caller's description) or other criteria to "tailor"

H. *Le pouvoir d'interception à un barrage que conférait la common law incluait celui de détenir les automobilistes arbitrairement pendant un court laps de temps et de les soumettre à une fouille accessoire à la détention pour assurer la sécurité des policiers*

Vu les faits de l'espèce, j'estime que le barrage policier, même s'il était autorisé par la common law, a porté atteinte aux droits des intimés garantis par l'art. 9 de la *Charte*, dont voici le libellé :

> **9.** Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Une détention arbitraire peut être jugée légale si elle est prévue par une loi qui constitue elle-même une limite raisonnable au sens de l'article premier : voir les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*. C'est ainsi que doit être interprétée selon moi la remarque incidente formulée dans l'arrêt *Mann* selon laquelle « une détention légale n'est pas "arbitraire" » (par. 20). Une détention arbitraire demeure *constitutionnelle* si la loi sur laquelle elle repose constitue une « limite raisonnable » au sens de l'article premier. La précision apportée par l'arrêt *Mann* est qu'une détention fondée sur des soupçons précis repose sur un critère rationnel et n'est donc pas arbitraire.

La common law n'échappe pas davantage à l'application de la *Charte* que le droit d'origine législative. La Cour l'a rappelé dans les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, et *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. La *Charte* s'applique à la common law lorsque « [celle-ci] constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis » (*Dolphin Delivery*, p. 599; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 37-25).

La détention initiale des intimés en l'espèce *était* arbitraire parce qu'aucun soupçon précis ne pesait sur eux ni sur le véhicule à bord duquel ils prenaient place (lequel ne correspondait pas à la description donnée au 9-1-1) et qu'aucun autre critère ne

the roadblock more precisely. The respondents' s. 9 rights were thus infringed (subject to the law giving rise to the infringement being justified under s. 1). It is conceded by the appellant that the action of the police had nothing to do with a description of the individuals stopped but was a general roadblock based on considerations of public safety and crime investigation. These are collective values which the appellant says justifies infringement (which he considers to be relatively minor in nature) of the individual rights of the respondents and others detained by the roadblock. This is a debate that should take place under s. 1.

As to s. 8, *Mann* holds that in a lawful detention situation the police may undertake a pat-down search if the officer believes "on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk" (para. 40). The issue on the proper scope of the search is clouded in this case because (unlike *Mann*) the presence of handguns not only constitutes a police safety issue but constitutes the evidence of the offence being investigated. It is not possible to say here, as it was in *Mann*, that the police went too far when their search proceeded beyond safety considerations to evidence collection. Here, the two purposes were intertwined and not separable. Nevertheless, I would affirm that after the police officers had observed the respondents and engaged in conversation with them, the police had authority here to conduct a pat-down search *incidental to their continued detention.* It would be illogical to hold that a pat-down search is justified where the detention relates to a non-violent offence (as in *Mann*) but not where the police are facing serious issues of personal safety when responding to a gun call. As noted by Cory J. in *Mellenthin*:

> There have been more than enough incidents of violence to police officers when vehicles have been stopped. [p. 623]

Equally, it would be illogical to be solicitous of the safety of individuals who may or may not be at risk

« circonscrivait » l'intervention. Les droits des intimés garantis par l'art. 9 ont donc été violés (sous réserve de la justification au regard de l'article premier de la règle de droit donnant lieu à la violation). L'appelante reconnaît que l'interception n'a pas été motivée par l'aspect physique des personnes arrêtées, mais bien par des considérations liées à la sécurité publique et à l'élucidation d'un crime. Pour l'appelante, ces valeurs collectives justifient la violation (qu'elle juge relativement mineure en soi) des droits individuels des intimés et des autres personnes interceptées. Cette question devrait être tranchée au regard de l'article premier.

Au sujet de l'art. 8, la Cour a conclu dans l'arrêt *Mann* que le policier peut procéder à une fouille par palpation si la détention est légale et s'il croit, « pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée » (par. 40). La question de la juste portée de la fouille est plus compliquée en l'espèce que dans l'affaire *Mann* à cause de la présence d'armes à feu qui non seulement menaçaient la sécurité des policiers, mais constituaient également la preuve de l'infraction visée par l'enquête. Il est impossible d'affirmer comme dans l'affaire *Mann* que les policiers sont allés trop loin lorsque la fouille n'a plus été motivée par des considérations de sécurité, mais a plutôt visé l'obtention d'éléments de preuve. En l'espèce, les deux objectifs étaient intimement liés et indissociables. Néanmoins, je suis d'avis qu'après avoir observé les intimés et leur avoir parlé, les policiers avaient en l'espèce le pouvoir de les soumettre à une fouille par palpation *accessoirement au maintien de leur détention.* Il serait illogique de conclure qu'une telle fouille est justifiée lorsque la détention est liée à une infraction sans violence (comme dans l'affaire *Mann*), mais non lorsque la sécurité personnelle des policiers est menacée par la présence d'armes à feu. Comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt *Mellenthin* : 104

> Trop d'incidents de violence contre les agents de police se sont produits lors de l'interception de véhicules. [p. 623]

De même, il serait illogique de se soucier de la sécurité d'une personne qui peut ou non être en danger

at the calling end of the 911 call (*Godoy*, at para. 20) but not of the safety of the police who, in the course of roadblock duty, are putting themselves, at least potentially, in harm's way. If evidence of the crime emerges in the course of a *valid* pat-down search incidental to the detention for the purpose of police safety, the evidence will be admissible. It is of prime importance, therefore, to determine if the initial detention in this case was authorized by a law that is itself saved under s. 1.

lorsque sa communication avec le 9-1-1 est interrompue (*Godoy*, par. 20), mais non de celle des policiers qui, lors d'un contrôle routier, s'exposent à tout le moins à un préjudice éventuel. La preuve d'un crime recueillie lors d'une fouille par palpation *régulière* effectuée accessoirement à une détention et visant à assurer la sécurité des policiers est admissible. Il importe donc avant tout de déterminer si, en l'espèce, la détention initiale était autorisée par une règle de droit elle-même justifiée par application de l'article premier.

I. *The Common Law Power of Detention by Blockade at Issue in This Case Is Saved by Section 1*

I. *Le pouvoir de détention à un barrage conféré par la common law et visé en l'espèce est justifié au regard de l'article premier*

105 The proper *Charter* approach to the s. 1 salvage of a common law power or rule is set out in *Swain*, *per* Lamer C.J., at pp. 978-79:

> If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. As was noted at the outset of this analysis, this Court has stated that a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1 may arise from the application of a common law rule as well as from a statute or regulation.

See also *Dolphin Delivery*, *B.C.G.E.U.* and *Daviault*.

Pour déterminer si un pouvoir ou une règle de common law est justifié par application de l'article premier de la *Charte*, il convient d'adopter la démarche établie par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Swain* (p. 978-979) :

> S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai souligné au début de cette analyse, notre Cour a affirmé qu'une restriction « prescrite par une règle de droit », au sens de l'article premier, peut découler de l'application tant d'une règle de common law que d'une disposition législative ou réglementaire.

Voir aussi les arrêts *Dolphin Delivery*, *B.C.G.E.U.* et *Daviault*.

106 In this case, the appellant seeks recognition of a common law power of detention that, were it not justified under s. 1, would be invalid. Thus here, as in *Swain*, "there are good reasons to go on to consider the application of s. 1 in this case, within the guidelines enunciated in *R. v. Oakes*" (p. 979). The appellant insists that in the context of a 911 gun call police *should* have a limited power of arbitrary detention. Section 1 is the proper place to weigh

En l'espèce, l'appelante tente de faire reconnaître un pouvoir de détention issu de la common law qui, s'il n'était pas justifié par application de l'article premier, serait irrégulier. Ainsi, comme dans l'affaire *Swain*, « il y a de bonnes raisons de poursuivre l'analyse de l'application de l'article premier en l'espèce, selon les lignes directrices énoncées dans *R. c. Oakes* » (p. 979). L'appelante soutient que dans le contexte d'un appel signalant

the individual rights asserted by the respondents against the collective rights of society. In my view, as stated, an asserted police power may qualify at common law as "ancillary" to police duties while still failing the more structured and exigent test under s. 1 established in *Oakes*.

la présence d'armes à feu, les policiers *devraient* avoir un certain pouvoir de détention arbitraire. C'est au regard de l'article premier qu'il convient de soupeser les droits individuels des intimés et les droits collectifs de la société. Je le répète, un pouvoir peut être reconnu en common law comme « accessoire » aux obligations des policiers sans pour autant satisfaire au critère plus rigoureux et strict applicable pour les besoins de l'article premier suivant l'arrêt *Oakes*.

As the Court did in *Swain*, I proceed forward on the basis of the *Oakes* analysis.

107 À l'instar de la Cour dans l'arrêt *Swain*, je poursuis maintenant mon analyse suivant les critères dégagés dans l'arrêt *Oakes*.

(1) Pressing and Substantial Objective

(1) Objectif urgent et réel

The importance of the public purpose is manifest. This was not an investigation of a garden variety crime. The investigation was prompted by a gun call, which engages fundamental issues of public peace and public order. Neither the public nor the police can be expected to tolerate guns flourished or waved about in a crowded public place. As Doherty J.A. acknowledged in the court below with regard to the "serious and growing societal danger" posed by handguns:

108 L'importance de l'intérêt public est manifeste. Il ne s'agissait pas en l'occurrence d'une enquête sur un crime banal. Elle a été déclenchée par un appel signalant la présence d'hommes munis d'armes à feu, ce qui fait entrer en jeu les notions fondamentales de paix publique et d'ordre public. Les citoyens et la police ne sauraient tolérer que des armes à feu soient exhibées dans un lieu public bondé. Le juge Doherty de la Cour d'appel a reconnu au sujet du danger de plus en plus grave pour la collectivité que représentent les armes de poing :

> The police were investigating criminal activity, hoped to apprehend individuals in possession of dangerous weapons and seize those weapons before they could be used in criminal activity to harm others. Criminal conduct involving the use of firearms, especially handguns, is a serious and growing societal danger. The law abiding segment of the community expects the police to react swiftly and decisively to seize illegal firearms and arrest those in possession of them. The risk posed to the community by those in possession of handguns gives an added significance to police efforts to seize those weapons and apprehend those in possession of them beyond the always important police duty to investigate and prevent criminal activity. [para. 41]

> [TRADUCTION] Les policiers enquêtaient sur une activité criminelle en vue de l'arrestation d'individus en possession d'armes dangereuses et de la saisie de ces armes avant qu'elles ne soient utilisées à des fins criminelles contre autrui. Le comportement criminel lié à l'utilisation d'une arme à feu, surtout une arme de poing, représente de plus en plus un grave danger pour la collectivité. Les citoyens respectueux des lois s'attendent à ce que la police intervienne avec rapidité et détermination pour saisir les armes à feu illégales et arrêter les contrevenants. Le risque que font courir à la collectivité les personnes en possession d'armes de poing rend encore plus importants les efforts des policiers pour saisir ces armes et arrêter les contrevenants au-delà de leur obligation fondamentale d'enquêter sur les crimes et de les prévenir. [par. 41]

More specifically, the Court may take judicial notice for present purposes of statistics analysed in published reports of the federal Department of Justice; see the discussion of judicial notice in

109 Plus particulièrement, la Cour peut prendre connaissance d'office, pour les besoins du présent pourvoi, des statistiques analysées dans les rapports publiés par le ministère fédéral de la Justice;

R. v. Spence, [2005] 3 S.C.R. 458, 2005 SCC 71, at paras. 63 and 65:

It is when dealing with social facts and legislative facts that the Morgan criteria, while relevant, are not necessarily conclusive. There are levels of notoriety and indisputability. Some legislative "facts" are necessarily laced with supposition, prediction, presumption, perception and wishful thinking. Outside the realm of adjudicative fact, the limits of judicial notice are inevitably somewhat elastic. . . .

. . .

. . . a court ought to ask itself whether such "fact" would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute *for the particular purpose for which it is to be used*, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the "fact" to the disposition of the controversy. [Emphasis in original.]

110 In my view, we may take judicial notice of the following information for the purpose of evaluating the objective said to be pressing and substantial:

(i) "Homicide in Canada" (2005), 26:6 *Juristat* 1

- "Following a substantial increase in 2004, the national homicide rate climbed another 4% in 2005 to 2.04 victims per 100,000 population, marking its highest point in nearly a decade.

. . .

There were 222 victims killed by a firearm in 2005, 49 more than the previous year. This is the third consecutive annual increase in firearm homicides. Handguns accounted for about 6 in 10 firearm homicides." [p. 1]

- "In 2005, the most common method used [to commit homicide] was shootings, accounting for one-third (34%) of all homicides." [p. 4]

- "In 2005, handguns accounted for 58% of all firearm-related homicides whereas rifles/shotguns and

voir l'analyse relative à la connaissance d'office dans l'arrêt *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, 2005 CSC 71, par. 63 et 65 :

C'est en matière de faits sociaux et de faits législatifs que les critères de Morgan, bien qu'ils soient pertinents, ne sont pas nécessairement concluants. Il existe divers degrés de notoriété et d'incontestabilité. Certains « faits » législatifs sont nécessairement empreints d'hypothèses, de prévisions, de présomptions, d'impressions et de vœux pieux. Sauf en ce qui concerne les faits en litige, les limites de la connaissance d'office sont inévitablement assez élastiques. . .

. . .

. . . le tribunal [. . .] devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant *à la fin à laquelle il sera invoqué*, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. [En italique dans l'original.]

À mon avis, nous pouvons prendre connaissance d'office des renseignements suivants pour apprécier le caractère urgent et réel de l'objectif :

(i) « L'homicide au Canada » (2005), 26:6 *Juristat* 1

- « Après avoir accusé une forte hausse en 2004, le taux national d'homicides a gagné encore 4 % en 2005 et s'est établi à 2,04 victimes pour 100 000 habitants, son point le plus élevé en près de 10 ans.

. . .

En 2005, 222 victimes ont été tuées avec une arme à feu, soit 49 de plus que l'année précédente. Il s'agit de la troisième hausse annuelle consécutive du nombre d'homicides commis à l'aide d'une arme à feu. Une arme de poing a servi dans environ 6 de ces affaires sur 10. » [p. 1]

- « En 2005, les homicides ont plus souvent été commis à l'aide d'une arme à feu, ce genre d'arme ayant été employé dans le tiers (34 %) de tous les homicides. » [p. 5]

- « En 2005, une arme de poing était en cause dans 58 % de tous les homicides commis à l'aide d'une

sawed-off rifles/shotguns accounted for 30% (Table 7)" [p. 5]

- "Over the past decade, the number of homicides involving gangs reported by police has steadily increased (Table 11). . . .

  The biggest increase occurred in the province of Ontario, where the number of gang-related homicides doubled from 14 in 2004 to 31 in 2005. Most of the increase in Ontario was in Toronto. . . .

  Compared to other types of homicide, those that are gang-related more often involve firearms. Over two-thirds (69%) of gang-related homicides were committed with a firearm, usually a handgun, compared to just over one-quarter (27%) of non-gang-related killings." [p. 8]

(ii) Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Firearm Statistics: Updated Tables*, January 2006, Tables 15 and 17

- The rate of "Offensive Weapon Offences", which include carrying, pointing, or possessing prohibited weapons or restricted weapons without authorizations has increased from 50 per 100,000 population in 2000 to 57 per 100,000 in 2004.
- The number of "Discharge Firearm With Intent" offences has increased from 140 in 2000 to 225 in 2004.
- The following are the percentages of violent crimes involving firearms in which a handgun was used in 2004:
- Homicide: 72.0%
- Attempted murder: 71.9%
- Sexual Assault: 66.7%
- Non-sexual assault: 46.9%

arme à feu, alors qu'une carabine ou un fusil de chasse, ou une carabine ou un fusil de chasse à canon tronqué a servi dans 30 % de ces homicides (tableau 7). » [p. 5]

- « Selon les données déclarées par la police, le nombre d'homicides mettant en cause des gangs a augmenté de façon constante au cours de la dernière décennie (tableau 11). . .

  La plus forte augmentation est survenue en Ontario, où le nombre d'homicides attribuables à des gangs a doublé, passant de 14 en 2004 à 31 en 2005. La plus grande partie de la hausse observée en Ontario appartenait à Toronto. . .

  Comparativement aux autres types d'homicides, ceux qui sont attribuables à des gangs sont perpétrés plus souvent à l'aide d'une arme à feu. Plus des deux tiers (69 %) des homicides attribuables à des gangs ont été commis à l'aide d'une arme à feu, habituellement une arme de poing, comparativement à un peu plus du quart (27 %) des homicides non attribuables à des gangs. » [p. 9]

(ii) Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Statistiques sur les armes à feu : Tableaux mis à jour*, janvier 2006, tableaux 15 et 17

- Le taux d'« infractions [liées aux] armes offensives », ce qui comprend le fait de porter, de pointer ou de posséder une arme prohibée ou une arme à autorisation restreinte sans permis, est passé de 50 en 2000 à 57 en 2004 par 100 000 habitants.
- L'infraction consistant à décharger intentionnellement une arme à feu a été commise 140 fois en 2000 contre 225 en 2004.
- Voici pour 2004 le pourcentage de certains crimes violents commis à l'aide d'une arme à feu qui ont été perpétrés au moyen d'une arme de poing :
- Homicide : 72 %
- Tentative de meurtre : 71,9 %
- Agression sexuelle : 66,7 %
- Voie de fait non sexuelle : 46,9 %

- Kidnapping: 76.1%
- Robbery: 85.1%

(iii) Canada. Department of Justice. Canadian Firearms Centre. *Firearms, Accidental Deaths, Suicides and Violent Crime: An Updated Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation*, Working Document by Yvon Dandurand, September 1998

- "International studies tend to show . . . a strong statistical association between gun ownership levels and gun-related homicides." [p. 34]

- "The killing of police officers in the line of duty is another area that illustrates the difference between firearm violence in the two countries. According to Gabor [*Firearms and Self-defence: A Comparison of Canada and the United States* (1997), at p. 12], when the relative number of sworn officers in the two countries is taken into account, a U.S. police officer is seven times more likely to be killed than a Canadian officer. In the United States, out of the 74 police murders which occurred in 1995, 83.7 percent involved the use of a firearm; it was a handgun in 58.1 percent of cases (Federal Bureau of Investigation, 1997 [*Law Enforcement Officers Killed and Assaulted: 1995*])." [p. 35]

111 Even in the United States where a gun culture is far more entrenched than in this country, courts have on occasion recognized that "gun calls" raise issues of a different order from other situations; see, e.g., *United States v. Clipper*, 973 F.2d 944 (D.C. Cir. 1992), *per* Buckley J. for the court, at p. 951:

> The hazards that the illegal use of firearms presents to officer and citizen alike are well documented. Therefore, a police officer responding to a tip involving guns may properly take these hazards into consideration when balancing the suspect's interests against the "need for law enforcement officers to protect themselves and other prospective victims of violence." *Terry*, 392 U.S. at 24 . . . .

The U.S. court contrasted a gun call with a tip involving possession of drugs:

> If there is any doubt about the reliability of an anonymous tip in the latter case, the police can limit their

- Enlèvement ou prise d'otages : 76,1 %
- Vol qualifié : 85,1 %

(iii) Canada. Ministère de la Justice. Centre canadien des armes à feu. *Armes à feu, décès accidentels, suicides et crimes violents : recherche bibliographique concernant surtout le Canada.* Document de travail par Yvon Dandurand, septembre 1998

- « Les études internationales tendent à faire ressortir [. . .] une forte association statistique entre le nombre d'armes en circulation et les homicides par balle. » [p. 38]

- « Le meurtre de policiers en service est un autre point qui fait ressortir les différences entre les deux pays quant à la violence qui s'exprime par les armes à feu. Selon Gabor [*Les armes à feu et la légitime défense : une comparaison entre le Canada et les États-Unis* (1997), p. 12], si on tient compte du nombre relatif d'agents assermentés dans les deux pays, un policier américain risque sept fois plus qu'un policier canadien d'être tué. Aux États-Unis, sur 74 meurtres de policiers qui ont eu lieu en 1995, 83,7 p. 100 ont été commis au moyen d'une arme à feu; dans 58,1 p. 100 des cas, il s'agissait d'une arme de poing (Federal Bureau of Investigation, 1997 [*Law Enforcement Officers Killed and Assaulted : 1995*]). » [p. 39]

Même aux États-Unis où la culture des armes à feu est beaucoup plus ancrée qu'au Canada, les tribunaux ont parfois reconnu que la présence d'armes à feu faisait intervenir des considérations particulières; voir p. ex. *United States c. Clipper*, 973 F.2d 944 (D.C. Cir. 1992), le juge Buckley, s'exprimant au nom de la cour (p. 951) :

> [TRADUCTION] Les dangers que présente l'utilisation illégale d'une arme à feu pour le policier et le citoyen sont bien documentés. Par conséquent, le policier qui donne suite à une dénonciation à cet égard est justifié de tenir compte de ces dangers lorsqu'il met en balance les droits du suspect et la « nécessité d'assurer sa protection et celle d'autres victimes éventuelles » *Terry*, 392 U.S., p. 24 . . .

Le tribunal américain a fait ressortir la différence entre l'appel relatif à des armes à feu et celui dénonçant la possession de drogues :

> [TRADUCTION] Dans le dernier cas, lorsque la fiabilité d'une dénonciation anonyme soulève un doute, le

response to surveillance or engage in "controlled buys." Where guns are involved, however, there is the risk that an attempt to "wait out" the suspect might have fatal consequences.

The respondents cited numerous U.S. precedents to support their argument, noting that the trial judge had found that in the United States there is no "firearm exception" to the usual Fourth Amendment jurisprudence (para. 64). This is true but it is not surprising in a society where the right to bear arms is sometimes asserted to be a personal right guaranteed by the Second Amendment (see *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), *per* Thomas J. concurring at p. 938, fn. 2). Canadian society marches to the beat of a different drummer where firearms are concerned.

The protection of society from the flaunting of illegal handguns in a crowded public place is clearly pressing and substantial, in my view.

(2) Rational Connection

In this respect I adopt the reasoning of Fish J.A. in *Murray* where he pointed out that "[t]he justification for this police action is inextricably connected to its purpose" (p. 210). In that case, the police stopped *all* vehicles that were approaching from the direction of the robbery and that were capable of hiding three fugitives. Fish J.A. continued:

> There was thus a rational connection between respondent's detention and the lawful justification for the roadblock. And I am not prepared to hold that his detention was nonetheless arbitrary because the police lacked additional and more particularized grounds to suspect that he was personally implicated in the robbery. [Emphasis added; pp. 210-11.]

The roadblock in this case was a rational response to the 911 gun call. A *random* stop of *some* vehicles would not have served the purpose.

policier peut limiter son intervention à la surveillance ou à l'« achat surveillé ». Cependant, lorsque des armes à feu sont en cause, s'il attend que le suspect passe aux actes, des décès peuvent survenir.

112 Les intimés citent nombre de décisions américaines à l'appui de leur thèse et signalent que le juge du procès a conclu qu'aux États-Unis, la jurisprudence courante sur le Quatrième amendement ne fait aucune distinction pour les armes à feu (par. 64). C'est bien le cas, mais cela n'est pas étonnant dans un pays où le droit de porter une arme est parfois assimilé à un droit individuel garanti par le Deuxième amendement (voir *Printz c. United States*, 521 U.S. 898 (1997), le juge Thomas, motifs concordants, p. 938, note 2). La société canadienne voit les armes à feu d'un tout autre œil.

113 À mon avis, protéger la société contre l'exhibition d'armes de poing illégales dans un lieu public bondé constitue clairement un objectif urgent et réel.

(2) Lien rationnel

114 Je fais mien le raisonnement du juge Fish dans l'arrêt *Murray*, à savoir que [TRADUCTION] « [l]a justification de cette intervention policière est inextricablement liée à son objectif » (p. 210). Dans cette affaire, les policiers avaient intercepté *tous* les véhicules qui arrivaient des environs du lieu du crime et dans lesquels les trois fugitifs auraient pu se cacher. Le juge Fish a ajouté :

> [TRADUCTION] Il existait donc un lien rationnel entre la détention de l'intimé et la justification légale du barrage. Et je ne suis pas disposé à conclure que la détention était néanmoins arbitraire parce que les policiers n'avaient pas d'autres motifs plus précis de le soupçonner d'avoir participé au vol qualifié. [Je souligne; p. 210-211.]

115 En l'espèce, le barrage policier était une mesure rationnelle pour donner suite à l'appel au 9-1-1. L'interception *au hasard* de *certains* véhicules n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif de sa mise en place.

(3) Minimal Impairment

116 The difficult issue is whether the police power at common law "minimally impairs" the right, or is proportional to the importance of the pressing and substantial purpose of the common law rule.

117 Up to this point, it seems to me, my analysis is more or less in harmony with that of Doherty J.A., albeit differently structured. It is at the point of "minimal impairment" that we part company. Doherty J.A. writes on the "tailoring issue":

> My difficulty is not that the police relied on the information provided by the 911 caller, but that they chose to ignore significant parts of that information when they decided they would stop every vehicle leaving the parking area regardless of whether it or its occupants bore any resemblance to the descriptions provided by the 911 caller. [para. 60]

At para. 62, Doherty J.A. states what I take to be the heart of his decision:

> As indicated above, the ancillary power doctrine is very fact-specific. A roadblock tailored to the information provided to the police may have been justified under that doctrine. However, a roadblock stop of any and all persons leaving the parking area regardless of whether they or their vehicles matched or even resembled the description provided by the caller went beyond what could be justified under the ancillary power doctrine. The police could not rely on the information provided by the 911 caller to establish the roadblock stop and then ignore the details of that information on the assumption that the caller have [*sic*] been mistaken in his identification of the individuals or vehicles involved. [Emphasis added.]

Accordingly, in his view, a properly "tailored" roadblock might have been justified, but not a roadblock that swept up *all* vehicles including the one in which the respondents were driving. I agree that the *Charter* requirement of proportionality means the common law roadblock must be properly "tailored" to the information which the police possess and regard as reliable.

118 A "Clayton and Farmer" stop is not the same thing as a *Mann* investigative detention although it

(3) Atteinte minimale

La difficulté est de déterminer si le pouvoir policier issu de la common law « porte le moins possible atteinte » au droit ou s'il est proportionné à l'importance de l'objectif urgent et réel de la règle de common law.

Jusqu'ici, me semble-t-il, mon analyse se concilie plus ou moins avec celle du juge Doherty, de la Cour d'appel, quoiqu'elle soit structurée différemment. C'est sur la question de l'« atteinte minimale » que nos avis divergent. Le juge Doherty écrit à propos de la question de la « délimitation » :

> [TRADUCTION] Le problème n'est pas que les policiers se sont fiés aux renseignements fournis par l'auteur de l'appel au 9-1-1, mais bien qu'ils ont fait fi de données importantes en décidant d'intercepter chacun des véhicules qui quittaient le stationnement, que ses occupants correspondent ou non à la description donnée au 9-1-1. [par. 60]

Puis il ajoute ce qui me paraît constituer le pivot de sa décision (par. 62) :

> [TRADUCTION] Je le répète, la doctrine des pouvoirs accessoires tient essentiellement aux faits. Un barrage établi en fonction des renseignements communiqués aux policiers aurait pu être justifié par application de cette doctrine. Or, l'interpellation de toutes les personnes quittant le stationnement, que leurs véhicules ou elles-mêmes correspondent à quelque degré ou pas du tout à la description donnée par l'auteur de l'appel, allait au-delà de ce qui aurait pu être justifié suivant cette doctrine. Les policiers ne pouvaient se fier aux renseignements fournis pour dresser le barrage puis faire abstraction de certaines données sous prétexte que la description des personnes ou des voitures en cause pouvait être inexacte. [Je souligne.]

Il conclut donc qu'une mesure bien « circonscrite » aurait pu être justifiée, mais non celle consistant à intercepter *tous* les véhicules, y compris celui des intimés. Je conviens que suivant l'exigence constitutionnelle de la proportionnalité, la mesure prise sur le fondement de la common law doit être dûment « circonscrite » en fonction des renseignements dont disposent les policiers et qu'ils jugent fiables.

L'interception de type « Clayton et Farmer » diffère de la détention aux fins d'enquête

may (or may not) lead in that direction. A "Clayton and Farmer" stop of all vehicles is established for screening purposes. A *Mann* inquiry may then be undertaken *only* if reasonable grounds for individualized suspicion emerge. I conclude that the common law at issue in this case satisfies the requirement of proportionality (in fact "tailored" is more or less a synonym for proportionality). In such circumstances, anything less than a full blockade would not serve the purpose which has already been found to be pressing and substantial. Moreover, for the reasons mentioned, the law's salutary effects exceed its deleterious effects.

considérée dans l'affaire *Mann* bien qu'elle puisse (ou non) avoir des conséquences similaires. Elle vise tous les véhicules et intervient à des fins de contrôle. L'enquête visée dans l'arrêt *Mann* peut alors *seulement* être entreprise si l'interception fait naître des soupçons précis. J'estime que le pouvoir de common law exercé en l'espèce respecte l'exigence de la proportionnalité (le caractère « circonscrit » ou « délimité » étant en fait plus ou moins synonyme de « proportionnalité »). Partant, un barrage où tous les véhicules n'auraient pas été interceptés n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif tenu précédemment pour urgent et réel. En outre, pour les raisons mentionnées, les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

I therefore turn to the issue of "inadequate tailoring". 119

J'aborde donc maintenant la question de la « délimitation insuffisante ».

J. *In Light of the Common Law Power of the Police to Mount the Road Blockade in This Case, Was the Police Blockade in This Case Constitutional?*

J. *À la lumière du pouvoir conféré par la common law, le barrage policier était-il constitutionnel en l'espèce?*

An arbitrary detention pursuant to a "saved" law is not unconstitutional unless the exercise of the common law authority is itself "unreasonable" in the totality of the circumstances. 120

La détention arbitraire fondée sur une règle de droit « sauvegardée » est constitutionnelle si l'exercice du pouvoir issu de la common law est lui-même « raisonnable » eu égard à l'ensemble des circonstances.

If I were to put what Doherty J.A. said within the analytical framework used here, I understand his conclusion to be that the common law police power to erect a blockade exists and was *in principle* applicable on the facts of this case but the *exercise* of that power was not reasonable "in the totality of the circumstances" because of inadequate tailoring. 121

Si je transpose les propos du juge Doherty dans le cadre analytique que j'emploie, sa conclusion me paraît être que le pouvoir policier d'ériger un barrage existe en common law et qu'il s'appliquait *en principe* en l'espèce, mais que son *exercice* n'a pas été raisonnable eu égard à « l'ensemble des circonstances », à cause d'une délimitation insuffisante.

No doubt the "sporty Jaguar" did not conform to the 911 caller's description of the vehicles in which the four handgun people had *arrived*, but I believe the degree of "tailoring" required by Doherty J.A. is, with respect, excessive. The handgun people, when seen by the 911 caller, were standing outside. It would not be prudent for the police simply to assume that the handgun people would necessarily be leaving the Million Dollar Saloon in the 122

Il ne fait aucun doute que la « Jaguar sport » ne correspondait à aucun des véhicules à bord desquels les quatre hommes armés étaient *arrivés* selon la description fournie par l'auteur de l'appel au 9-1-1, mais en toute déférence, je juge excessive la « délimitation » exigée par le juge Doherty. Lorsqu'ils avaient été aperçus par le citoyen, les individus armés se trouvaient à l'extérieur. Les policiers auraient fait preuve d'imprudence s'ils avaient tout

same vehicles in which they arrived. Moreover, the "tailoring" required by the Ontario Court of Appeal assumes a level of vehicle-make recognition on the part of 911 callers in general that, as the police noted, would be "problematic" (see trial judgment, at para. 10). As shown in *Godoy*, the police do not always have the advantage of the full story from a 911 caller. On the other hand, if the occupants of the stopped car had been female and Asiatic, a "tailored" roadblock would have let them pass, as the 911 caller must be presumed to be less error prone in dealing with a person's appearance, which calls for less specialized knowledge and less sophisticated powers of observation. The blockade, complete as it was, involved no more than a brief imposition on the time of motorists departing from the parking lot. The more difficult issue is whether police conduct *after the initial stop* infringed the respondents' *Charter* rights.

simplement supposé que ces hommes repartiraient nécessairement du Million Dollar Saloon à bord des mêmes véhicules que ceux dans lesquels ils étaient arrivés. En outre, la « délimitation » exigée par la Cour d'appel de l'Ontario laisse croire — à tort, selon les policiers — que les personnes qui composent le 9-1-1 connaissent généralement bien les marques de voitures (jugement de première instance, par. 10). Comme l'a montré l'affaire *Godoy*, les policiers n'obtiennent pas toujours le tableau complet lors d'un appel au 9-1-1. Par ailleurs, si la voiture interceptée avait eu à son bord des femmes asiatiques, elle n'aurait pas été retenue à un barrage « circonscrit ». En effet, il faut présumer qu'une personne qui appelle au 9-1-1 est moins susceptible de se tromper lorsqu'elle décrit l'apparence d'une personne, car cela n'exige pas de connaissances spécialisées ni un grand sens de l'observation. L'interception de tous les véhicules a seulement eu pour effet de retenir brièvement les automobilistes qui quittaient le stationnement. La véritable question est de savoir si *après l'interception initiale*, les policiers ont violé les droits garantis aux intimés par la *Charte*.

K. *A Search That Is Conducted Incidental to a Lawful Detention to Further its Purpose Is Not an Unreasonable Search Within the Meaning of Section 8 of the Charter*

K. *La fouille effectuée accessoirement à une détention légale pour réaliser l'objectif de celle-ci n'est pas abusive au sens de l'art. 8 de la Charte*

123 Once the blockade is found to be lawful, the question is whether the police *did* thereafter obtain grounds of reasonable "individualized" suspicion of Clayton, thereby converting the initial stop into a *Mann* investigative detention. As noted by the trial judge, Clayton's appearance corresponded to the 911 call; he was wearing gloves on a warm night (para. 13) which suggested a concern on his part about leaving fingerprints. The trial judge found that "when the officer asked [Clayton] to step out, objectively there existed articulable cause [i.e., individualized suspicion] to remove him from the car and to search him" (para. 78). The police then attempted to search Clayton, but once he was told police were responding to a gun call, he bolted. He was then apprehended and the ensuing search produced the handgun. Only after seizure of the handgun was Clayton arrested

Dans la mesure où le barrage est jugé légal, la question qui se pose est celle de savoir si les policiers *ont eu* ensuite des motifs raisonnables de soupçonner Clayton de sorte que l'interception initiale devienne une détention aux fins d'enquête au sens de l'arrêt *Mann*. Comme l'a mentionné le juge du procès, l'apparence de Clayton correspondait au signalement; de plus, il portait des gants alors qu'il faisait chaud (par. 13), ce qui laissait croire qu'il craignait de laisser des empreintes. Le juge du procès a conclu qu'[TRADUCTION] « au moment où l'agent a demandé à [Clayton] de descendre du véhicule, il existait objectivement des motifs concrets [c.-à-d. des soupçons précis] de l'en faire sortir et de le fouiller » (par. 78). L'agent a ensuite entrepris de fouiller Clayton, mais après que ce dernier eut appris que la police donnait suite à un appel signalant la présence d'armes à feu, il a pris la fuite. Une

(para. 19). The gun was properly admitted into evidence.

Farmer presents a different issue. The trial judge concluded that "[w]hen [Constable] Dickson asked Farmer to get out, he did not have reasonable cause to suspect the driver was implicated in the offence under investigation" (para. 73). Moreover, "[w]hile I accept that Farmer was hesitant, I do not accept that it played a role in the decision to search" (para. 74). Further, the trial judge writes:

> This was not a situation like Ferris [(1998), 126 C.C.C. (3d) 298], where the search was conducted because of concern for officer safety, where there were objectively discernible facts known to the constable giving reasonable cause to suspect Farmer was criminally implicated in the crime under investigation. Here, the decision was made before the reluctance to get out and was not dependent upon it. Even if it were, the situation lacked the objectively discernible facts from which one could conclude Farmer was, or had just committed, the crime under investigation. [Emphasis added; para. 75.]

The trial judge's different treatment of Farmer would be understandable if Clayton and Farmer had been two unconnected pedestrians who happened to be leaving the Million Dollar Saloon parking lot at the same time, but independently. However that is not this case. Farmer, being black, fit the general description by the 911 caller. He was leaving the parking lot in the same car as Clayton soon after the 911 gun call. Once the trial judge concluded that sufficient grounds existed to require Clayton to get out of the car and submit to a search for reasons of police safety incidental to detention it follows, I think that it would have been foolhardy for the police, in the context of a gun call, to leave Farmer, possibly armed, in the car while they went about their business with Clayton. Nor could the police be expected to allow Farmer to drive away. If Farmer, left alone in the driver's seat, had taken a shot at the police, there would have been legitimate questions raised about police training and police judgment and the unreality of a law that led

fois qu'on l'a rattrapé, la fouille a permis de trouver l'arme de poing. Les policiers n'ont arrêté Clayton qu'après avoir saisi l'arme (par. 19), laquelle a été à juste titre admise en preuve.

124 Le cas de Farmer est différent. Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [l]orsque [l'agent] Dickson avait demandé à Farmer de sortir, il n'avait pas de raison valable de le soupçonner d'avoir participé à l'infraction visée par l'enquête » (par. 73). Il a ajouté « [j]e reconnais que Farmer s'était montré réticent, mais je refuse de croire que cela avait joué dans la décision de le fouiller » (par. 74). Il a poursuivi :

> [TRADUCTION] Cette situation diffère de celle considérée dans l'affaire Ferris [(1998), 126 C.C.C. (3d) 298], où la fouille a eu lieu parce que le policier craignait pour sa sécurité et où des faits objectivement discernables donnaient à l'agent des raisons valables de soupçonner Farmer d'être impliqué dans l'activité criminelle visée par l'enquête. En l'espèce, la décision a été prise avant que Farmer ne se montre réticent à sortir et elle ne se fondait pas sur cette réticence. Même si elle en avait résulté, aucun fait objectivement discernable ne permettait de conclure que Farmer commettait ou venait de commettre le crime visé par l'enquête. [Je souligne; par. 75.]

Le juge du procès aurait eu raison de considérer Farmer différemment si Clayton et lui avaient été deux piétons sans lien entre eux quittant simplement le stationnement du Million Dollar Saloon en même temps, mais de manière indépendante. Or, tel n'était pas le cas. Farmer étant de race noire, il correspondait au signalement des suspects. Il quittait le stationnement dans le même véhicule que Clayton peu après l'appel au 9-1-1. Puisque le juge du procès a conclu à l'existence de motifs suffisants pour demander à Clayton de descendre de la voiture et de se soumettre à une fouille accessoire à la détention et visant à assurer la sécurité des policiers, j'estime que ces derniers auraient commis une imprudence, dans la mesure où la présence d'individus armés avait été signalée, s'ils avaient laissé Farmer dans la voiture — alors qu'il était peut-être armé — le temps qu'ils s'occupent de Clayton. Il était aussi impensable qu'ils permettent à Farmer de prendre la fuite au volant. Si Farmer avait tiré sur eux après avoir été laissé seul dans la

to such an avoidable result. The respondents were travelling together and the concerns about officer safety raised by the glove-wearing, possibly gun-flourishing Clayton gave rise to a sufficient concern about the driver to warrant a pat-down search of Farmer for officer safety incidental (at that point) to Farmer's continued detention. Nevertheless, this point is complicated in Farmer's case because, before he was searched, he was arrested.

125 Farmer was out of the car and was putting his hands on the roof when Clayton tried to bolt (trial judgment, at paras. 23-24). The arresting officer initially testified that he did not arrest Farmer until after he received word that Clayton had a gun. However, the police tapes showed this *not* to be the case. The arresting officer had no such information. Accordingly, the trial judge concluded that "[a] reasonable person placed in [Constable] Mulholland's position could not conclude there were reasonable and probable grounds for the arrest" (para. 82). The search of Farmer took place *after* his arrest. The trial judge therefore found:

> The search was conducted in a reasonable manner and incident to an arrest. However, the arrest was unlawful and the search violated Mr. Farmer's s. 8 rights. [para. 83]

The trial judge thus treated the intervening arrest as determinative of Farmer's rights. It seems to me overly formalistic however to hold that, while the police were entitled to conduct a pat-down search of Farmer incidental to his continued detention, the entitlement vanished with the wrongful pronouncement of the words of arrest, even though the officer safety issue remained the same. To put it another way, I do not think the effect of the arrest can be said to have *enlarged* Farmer's reasonable expectation of privacy. An arrest, of course, gives the police greater powers of search than a *Mann* detention, but the fact is that what happened to Farmer

voiture, on se serait légitimement interrogé sur la formation et le jugement des policiers, ainsi que sur le caractère raisonnable d'une règle de droit ayant mené à pareil résultat pourtant évitable. Les intimés se déplaçaient ensemble, et la crainte des policiers pour leur sécurité suscitée par le fait que Clayton portait des gants et était peut-être armé a assurément fait naître à l'égard du conducteur une crainte suffisante pour justifier sa fouille par palpation (alors) accessoire au maintien de sa détention. Cependant, la question se complique dans le cas de Farmer parce qu'il a été arrêté avant d'être fouillé.

Farmer était à l'extérieur de la voiture, en train de mettre ses mains sur le pavillon, lorsque Clayton a tenté de s'enfuir (jugement de première instance, par. 23-24). Le policier ayant procédé à l'arrestation a d'abord témoigné qu'il n'avait arrêté Farmer qu'après avoir été informé que Clayton était armé. Or, les enregistrements montrent que ce *n'était pas* le cas. Le policier en question ne disposait pas de cette information. C'est pourquoi le juge du procès a conclu qu'[TRADUCTION] « [une] personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'[agent] Mulholland n'aurait pu conclure à l'existence de motifs raisonnables de procéder à l'arrestation » (par. 82). La fouille de Farmer a eu lieu *après* son arrestation. Le juge du procès a donc conclu :

> [TRADUCTION] La fouille s'est déroulée de manière raisonnable et était accessoire à une arrestation. Or, l'arrestation était illégale et la fouille a porté atteinte aux droits garantis à Farmer par l'art. 8. [par. 83]

Le juge du procès a donc estimé que l'arrestation intervenue était déterminante quant aux droits de Farmer. Il me paraît toutefois indûment formaliste de conclure, alors que le policier avait le pouvoir de soumettre Farmer à la fouille par palpation accessoirement au maintien de sa détention, que ce pouvoir a cessé d'exister dès la mise en état d'arrestation injustifiée, même si l'agent craignait toujours pour sa sécurité. En d'autres termes, je ne crois pas que l'arrestation ait pu *accroître* l'attente raisonnable de Farmer en matière de vie privée. Évidemment, l'arrestation confère au policier de plus grands pouvoirs de fouille que la détention aux fins d'enquête

was a pat-down search well within the bounds of a *Mann* detention.

I would therefore hold that the pat-down search of Farmer that resulted in the seizure of the gun was not rendered unconstitutional by the words of arrest that intervened between getting Farmer out of the car and the police pat-down search to ensure officer safety. Had I concluded otherwise, I would, nevertheless, have agreed with the trial judge that the gun should be admitted under s. 24(2).

L. *In Any Event, Section 24(2) Was Properly Invoked in Farmer's Case*

In the Ontario Court of Appeal, Doherty J.A. stated that:

> The trial judge's s. 24(2) analysis proceeded on the basis that the initial stop was constitutional. I have concluded that it was unconstitutional. It follows that the usual deference owed to a trial judge's s. 24(2) analysis has no application . . . . [para. 69]

As, on the contrary, I accept the trial judge's conclusion that the initial stop was constitutional, I would have been prepared to defer to the trial judge's s. 24(2) decision to admit the gun as evidence against Farmer.

All parties agree that s. 24(2) requires the application of the well-known three-part test articulated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The court looks first at the effect of the admission of the impugned evidence on the fairness of the trial, second at the seriousness of the *Charter* violation and third at the negative impact, if any, on the administration of justice that would be occasioned by the admission of the evidence. Both the trial judge and Doherty J.A. agreed, as do I, that admission of the gun would not affect trial fairness. Doherty J.A.'s view of the seriousness of the *Charter* breach was predicated on his conclusion that the original blockade detention was unconstitutional. He states:

visée dans l'arrêt *Mann*, mais il demeure que la fouille par palpation à laquelle Farmer a été soumis était parfaitement autorisée par la détention aux fins d'enquête considérée dans l'affaire *Mann*.

J'arrive donc à la conclusion que la fouille par palpation de Farmer qui a permis de saisir l'arme à feu n'a pas été rendue inconstitutionnelle par sa mise en état d'arrestation survenue après que le policier l'eut fait descendre de la voiture et avant qu'il ne l'ait fouillé pour assurer sa sécurité. Si ma conclusion avait été contraire, j'aurais quand même convenu avec le juge du procès que l'arme devait être admise en preuve pour les besoins du par. 24(2). 126

L. *Quoi qu'il en soit, le par. 24(2) a été invoqué à juste titre à l'égard de Farmer*

Le juge Doherty, de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit ce qui suit : 127

> [TRADUCTION] Dans son analyse relative au par. 24(2), le juge du procès a tenu pour acquis que l'interception initiale était constitutionnelle. J'ai conclu qu'elle était inconstitutionnelle. Partant, il n'y a pas lieu de faire preuve de la déférence que commande habituellement l'analyse à laquelle se livre le juge du procès au regard de cette disposition . . . [par. 69]

Comme je conviens au contraire avec le juge du procès que l'interception initiale était constitutionnelle, je suis disposé à m'en remettre à sa décision, fondée sur le par. 24(2), de permettre que l'arme soit admise en preuve contre Farmer.

Toutes les parties reconnaissent que le par. 24(2) exige l'application du fameux critère à trois volets que la Cour a formulé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Le tribunal examine (1) l'effet de l'admission de l'élément de preuve contesté sur l'équité du procès, (2) la gravité de la violation du droit garanti par la *Charte* et (3) la déconsidération éventuelle de l'administration de la justice résultant de l'admission de l'élément de preuve. À l'instar du juge du procès et du juge Doherty, je conviens que l'admission de l'arme à feu ne compromettrait pas l'équité du procès. L'avis du juge Doherty concernant la gravité de la violation d'un droit garanti par la *Charte* reposait sur sa conclusion que l'interception initiale était inconstitutionnelle. Selon lui : 128

Farmer and Clayton were entitled to proceed on their way. Instead, they found themselves in a potentially demeaning and frightening confrontation with the police. The roadblock stop led to a serious violation of their *Charter* rights.

The significance of the *Charter* breaches is not minimized because it turns out that Farmer and Clayton were in possession of loaded prohibited weapons. . . . Criminals do not have different constitutional rights than the rest of the community. [paras. 77-78]

On the s. 24(2) point, I accept the conclusion of the trial judge who held that, while the *Charter* violations were not "technical or trivial, they were not serious enough as to support exclusion" (para. 99). In support of his conclusion the trial judge observed that

the violations occurred in a fast-paced situation, where the officer had little time for reflection.

. . .

. . . the fact it was a gun call is an important consideration.

Constable Mulholland saw the Robson-Clayton struggle and Clayton's flight. . . . As regards the search incident to arrest, the officer honestly but mistakenly believed he had the information that would give him reasonable and probable grounds. Again, there is no bad faith. [paras. 95 and 97-98]

129 As stated, Doherty J.A. made an important point about the potential contribution of inadequate training to excessive police conduct. A *Charter* violation caused by systemic failure would raise greater concerns for the administration of justice than an isolated act of a single misguided police officer. However, given my conclusion that the roadblock (i.e., detention) was valid, I do not think the adequacy of police training emerges as a s. 24(2) consideration in this case.

130 As to whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, I agree with the trial judge that "[t]he evidence

[TRADUCTION] Farmer et Clayton avaient le droit de poursuivre leur chemin. Au lieu de cela, ils ont eu avec les policiers une altercation qui aurait pu être dégradante et traumatisante. Le barrage a porté gravement atteinte à leurs droits constitutionnels.

Le fait que Farmer et Clayton étaient en possession d'armes prohibées chargées ne diminue par l'importance des atteintes aux droits garantis par la *Charte* [. . .] Les criminels ont les mêmes droits constitutionnels que les autres citoyens. [par. 77-78]

S'agissant du par. 24(2), je préfère la conclusion du juge du procès selon qui, même si les violations des droits garantis par la *Charte* n'étaient pas [TRADUCTION] « techniques ou insignifiantes, elles n'étaient pas graves au point que l'élément de preuve doive être écarté » (para. 99). Il a ajouté à l'appui :

[TRADUCTION] . . . les violations ont eu lieu dans le feu de l'action, alors que l'agent avait peu de temps pour réfléchir.

. . .

. . . le fait que la présence d'armes à feu avait été signalée est un élément important.

L'agent Mulholland a été témoin de l'incident entre l'agent Robson et Clayton et de la fuite de ce dernier [. . .] Quant à la fouille accessoire à l'arrestation, l'agent a cru de bonne foi mais à tort qu'il disposait de renseignements lui donnant les motifs raisonnables requis. Là encore, il n'était pas de mauvaise foi. [par. 95 et 97-98]

Rappelons que le juge Doherty a fait remarquer à juste titre que la formation inadéquate des policiers peut contribuer à l'emploi de mesures excessives par les policiers. Une atteinte à un droit constitutionnel imputable à une faille de la formation policière compromettrait davantage l'administration de la justice que l'acte isolé d'un policier malavisé. Or, comme j'estime que le barrage (c.-à-d. la détention) était régulière, je ne crois pas que le caractère approprié de la formation des policiers importe en l'espèce pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 24(2).

Pour ce qui est de savoir si l'admission de l'élément de preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, je conviens avec le

sought to be excluded is essential to the prosecution of serious charges. The officer had legitimate concerns for his safety. Given the fast-paced events over a brief period of time as noted above, the officers had to make quick decisions without time for reflection. I consider as well the nature of the search contemplated" (para. 100). The trial judge therefore held:

> To exclude the evidence of a loaded gun in these circumstances, would bring the administration of justice into greater disrepute than would occur if it was admitted. [para. 101]

I agree. If it had been necessary to resort to s. 24(2), my view is that the gun found on Farmer was properly admitted in evidence.

M. *Disposition*

I would allow the appeal and reinstate the convictions entered by the trial judge.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent Wendell Clayton: Wasser McArthur, Toronto.

Solicitor for the respondent Troy Farmer: Deepak Paradkar, Thornhill.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

juge du procès que [TRADUCTION] « [l]'élément de preuve que l'on veut écarter est essentiel à la poursuite d'infractions graves. L'agent craignait avec raison pour sa sécurité. Compte tenu du déroulement précipité des événements susmentionné, les policiers devaient prendre des décisions rapides sans avoir le temps de réfléchir. La nature de la fouille envisagée entre également en considération » (par. 100). Il a donc conclu :

> [TRADUCTION] Dans ces circonstances, l'exclusion d'une arme chargée serait davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que son admission en preuve. [par. 101]

131 Je suis d'accord. Eût-il été nécessaire d'appliquer le par. 24(2), j'estime que l'arme découverte sur Farmer aurait été à juste titre admissible en preuve.

M. *Dispositif*

132 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées par le juge du procès.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé Wendell Clayton : Wasser McArthur, Toronto.

Procureur de l'intimé Troy Farmer : Deepak Paradkar, Thornhill.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Her Majesty The Queen in Right of Canada and Canada Customs and Revenue Agency *Appellants*

v.

Addison & Leyen Ltd., Concrest Corporation Ltd., John Joseph Dietrich, Jeannette Marie Dietrich, Rofamco Investments Ltd., Wilfrid Daniel Roach and Helen Ann Roach *Respondents*

INDEXED AS: CANADA *v.* ADDISON & LEYEN LTD.

Neutral citation: 2007 SCC 33.

File No.: 31451.

2007: May 24; 2007: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Tax liability — Property transferred not at arm's length — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether length of delay before decision to assess taxpayers enough to ground judicial review — Whether regular appeal process could have dealt with tax liability issues — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Agence des douanes et du revenu du Canada *Appelantes*

c.

Addison & Leyen Ltd., Concrest Corporation Ltd., John Joseph Dietrich, Jeannette Marie Dietrich, Rofamco Investments Ltd., Wilfrid Daniel Roach et Helen Ann Roach *Intimés*

RÉPERTORIÉ : CANADA *c.* ADDISON & LEYEN LTD.

Référence neutre : 2007 CSC 33.

N° du greffe : 31451.

2007 : 24 mai; 2007 : 12 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Obligation fiscale — Transfert de biens avec lien de dépendance — Cotisations établies à l'encontre des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — La longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir des cotisations à l'égard des contribuables suffit-elle à fonder un contrôle judiciaire? — La procédure d'appel normale aurait-elle permis de trancher des questions relatives à l'obligation fiscale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

Administrative law — Judicial review — Availability — Jurisdiction of Federal Court — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether judicial review available — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

In February 2001, the Minister of National Revenue sent notices of assessment to the respondent taxpayers pursuant to s. 160 of the *Income Tax Act* for taxes owing by a company to the limit of the payments received by them as direct or indirect shareholders of that company. The Minister had concluded the company's taxes, which arose from a 1992 assessment of its 1989 taxation year, were not recoverable. The taxpayers filed notices of objection in May 2001, to which Revenue Canada did not respond, but never appealed to the Tax Court. In 2005, the taxpayers applied for judicial review, under s. 18.5 of the *Federal Courts Act*, of the Crown's decision to use its discretionary assessment powers under s. 160, arguing that the long delay before the assessment was abusive, prevented their mounting a proper challenge to the assessment's validity in the Tax Court and deprived them of any possibility of indemnification by the primary taxpayer. The Federal Court granted the Crown's motion to strike the claim, but a majority of the Federal Court of Appeal reversed that decision and allowed the application for judicial review to proceed.

Held: The appeal should be allowed.

On the facts of this case, judicial review was not available because the Minister can assess at any time as s. 160 of the *Income Tax Act* contains no limitation period. This does not mean that the exercise of this discretion is never reviewable, but the length of the delay before a decision whether or not to assess is not enough to ground judicial review. The length of delay might, however, ground a remedy like mandamus to prod the

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Possibilité de recours — Compétence de la Cour fédérale — Cotisations établies à l'égard des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — Y a-t-il possibilité de recours en contrôle judiciaire? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

En février 2001, le ministre du Revenu national a envoyé aux contribuables intimés des avis de cotisation fondés sur l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, leur réclamant les impôts impayés par une société, jusqu'à concurrence des paiements qu'ils avaient reçus à titre d'actionnaires directs ou indirects de cette société. Il avait conclu que les impôts de la société, découlant de la cotisation établie en 1992 pour l'année d'imposition 1989, n'étaient pas recouvrables. Les contribuables ont déposé des avis d'opposition en mai 2001, auxquels Revenu Canada n'a pas donné suite, mais n'ont jamais interjeté appel devant la Cour de l'impôt. En 2005, en vertu de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ils ont demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Couronne d'user de son pouvoir discrétionnaire pour établir des cotisations fondées sur l'art. 160, faisant valoir que le long délai d'établissement de la cotisation était abusif, qu'il les empêchait de contester valablement la validité de la cotisation devant la Cour de l'impôt et qu'il les privait de toute possibilité de se faire indemniser par le premier contribuable. La Cour fédérale a fait droit à la requête de la Couronne visant à faire radier la demande, mais la Cour d'appel fédérale a infirmé à la majorité cette décision et a permis que la demande de contrôle judiciaire suive son cours.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Compte tenu des faits en cause, il n'était pas possible de recourir au contrôle judiciaire parce que le ministre peut, en tout temps, établir une cotisation, car l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun délai de prescription. Cela ne veut pas dire que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne peut jamais faire l'objet d'un contrôle, mais la longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir une cotisation ne suffit

Minister to act with due diligence. Furthermore, the allegations of fact here did not show that the regular appeal process could not have dealt with the tax liability issues. [9-10]

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 152, 160.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sharlow and Malone JJ.A.), [2006] 4 F.C.R. 532, 265 D.L.R. (4th) 253, 346 N.R. 238, [2006] 3 C.T.C. 95, 2006 D.T.C. 6248, [2006] F.C.J. No. 489 (QL), 2006 FCA 107, reversing a judgment of Kelen J., [2005] 2 C.T.C. 201, 2005 D.T.C. 5212, [2005] F.C.J. No. 516 (QL), 2005 FC 411. Appeal allowed.

Graham R. Garton, Q.C., and *Wendy Burnham*, for the appellants.

Roderick A. McLennan, Q.C., H. M. Kay, Q.C., Curtis R. Stewart and *L. A. Goldbach*, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — The respondents applied for judicial review of a tax assessment issued by the Minister of National Revenue under s. 160 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"). On a motion by the Crown, the Federal Court struck the application. A majority of the Federal Court of Appeal reversed this judgment and allowed the application for judicial review to proceed. For the reasons that follow, we are of the view that the Crown's motion to strike was well founded, that its appeal should be allowed and that the application for judicial review should be struck.

The present litigation arises out of the tax planning decisions that were made several years ago and the business dealings that were subsequently transacted. In 1989, the respondents, who held shares, directly or indirectly, in a company, York

pas à fonder un contrôle judiciaire. Elle peut toutefois justifier un recours comme le *mandamus* pour inciter le ministre à faire preuve de diligence raisonnable. De plus, les allégations de fait n'ont pas établi qu'une procédure d'appel normale n'aurait pas permis d'examiner les questions relatives à l'obligation fiscale. [9-10]

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 152, 160.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sharlow et Malone), [2006] 4 R.C.F. 532, 265 D.L.R. (4th) 253, 346 N.R. 238, [2006] 3 C.T.C. 95, 2006 D.T.C. 6248, [2006] A.C.F. nº 489 (QL), 2006 CAF 107, qui a infirmé un jugement du juge Kelen, [2005] 2 C.T.C. 201, 2005 D.T.C. 5212, [2005] A.C.F. nº 516 (QL), 2005 CF 411. Pourvoi accueilli.

Graham R. Garton, c.r., et *Wendy Burnham*, pour les appelantes.

Roderick A. McLennan, c.r., H. M. Kay, c.r., Curtis R. Stewart et *L. A. Goldbach*, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Les intimés ont demandé le contrôle judiciaire de la cotisation fiscale que le ministre du Revenu national a établie en vertu de l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »). La Cour fédérale a radié leur demande sur requête de la Couronne. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a infirmé le jugement de radiation et a permis que la demande de contrôle judiciaire suive son cours. Pour les motifs ci-après exposés, nous estimons que la requête en radiation de la Couronne est bien fondée et qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de radier la demande de contrôle judiciaire. 1

Le litige découle de décisions de planification fiscale prises il y a plusieurs années et d'opérations commerciales réalisées par la suite. En 1989, les intimés, qui étaient alors, directement ou indirectement, actionnaires de la société York Beverages 2

Beverages (1968) Ltd. ("York"), which had sold its bottling business the year before, sold their York shares to another company, Synergy Inc. ("Synergy"). Synergy planned to use York's cash in hand to purchase seismic data and reduce York's tax liability to zero. Between the time of the sales of the bottling business and of the York shares, the respondents received various payments from York in the form of dividends, directors' fees, loan repayments, etc.

3 In 1992, the Minister of National Revenue reassessed York for the 1989 taxation year under s. 152 *ITA* after determining that the seismic data had been overvalued. The reassessment was for $3,247,074.05, including a penalty and interest. York filed a notice of objection. The Minister never responded and York never appealed to the Tax Court of Canada.

4 At some point, the Minister concluded that nothing would ever be recovered from York. In February 2001, the Minister sent notices of assessment to the respondents under s. 160 *ITA*. In the notices of assessment, the Minister claimed York's entire tax liability from the respondents, jointly and severally, and the amount assessed in respect of each of the respondents was limited to the amount of the payments that person had received from York in 1988 and 1989. Including interest, the claim now exceeds $6,000,000.

5 The respondents filed notices of objection in May 2001. Revenue Canada never dealt with the objections and the respondents never appealed to the Tax Court of Canada. In 2005, they applied for judicial review of the Crown's decision to use its discretion to assess them under s. 160 *ITA*. They submitted that the long delay in issuing the assessment was abusive, prevented them from mounting a proper challenge to the validity of the assessment in the Tax Court and deprived them of any possibility of indemnification by the primary taxpayer.

(1968) Ltd. (« York »), laquelle avait vendu son entreprise d'embouteillage l'année précédente, ont vendu leurs actions dans York à Synergy Inc. (« Synergy »). Cette dernière prévoyait d'employer les liquidités de York pour acquérir des données sismiques et réduire à zéro l'obligation fiscale de York. Entre la vente de l'entreprise d'embouteillage et celle des actions de York, les intimés ont reçu divers paiements de York, notamment à titre de dividendes, d'allocations de présence d'administrateurs, de remboursement de prêt.

En 1992, ayant déterminé que les données sismiques avaient été surévaluées, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de York pour l'année d'imposition 1989 en vertu de l'art. 152 *LIR*. La nouvelle cotisation s'élevait à 3 247 074,05 $, y compris pénalités et intérêts. York a déposé un avis d'opposition. Le ministre n'y a jamais donné suite, et York n'a jamais interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

Jugeant qu'il ne recouvrerait rien de York, le ministre a envoyé aux intimés, en février 2001, des avis de cotisation fondés sur l'art. 160 *LIR*, leur réclamant, à titre solidaire, la totalité de l'obligation fiscale de York jusqu'à concurrence des paiements qu'ils avaient reçus de la société en 1988 et 1989. La somme réclamée s'établissait à plus de 6 000 000 $ avec les intérêts en 2001.

Les intimés ont déposé des avis d'opposition en mai 2001. Revenu Canada n'y a jamais donné suite, et les intimés ne se sont jamais pourvus en appel devant la Cour canadienne de l'impôt. En 2005, ils ont demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Couronne d'user de son pouvoir discrétionnaire d'établir à leur encontre des cotisations fondées sur l'art. 160 *LIR*. Ils ont fait valoir que le long délai d'établissement de la cotisation était abusif, qu'il les empêchait de contester valablement la validité de la cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt et qu'il les privait de toute possibilité de se faire indemniser par le premier contribuable.

The Crown moved to strike the application for judicial review. In the Federal Court, Kelen J. granted the motion and struck the application: [2005] 2 C.T.C. 201, 2005 FC 411. He found that judicial review was not available to the respondents and that they could and ought to have pursued alternative remedies. The majority of the Federal Court of Appeal reversed the trial judgment: [2006] 4 F.C.R. 532, 2006 FCA 107. Sharlow J.A. held that the Federal Court had jurisdiction over the matter and that the test for granting a motion to strike had not been met. She stated that judicial review might be available on the issue of the exercise of the discretion to assess a taxpayer under s. 160 *ITA*. Rothstein J.A. (as he then was), in dissent, would have upheld Kelen J.'s judgment. He was of the view that a delay in issuing an assessment under s. 160 is not reviewable by the Federal Court under its judicial review jurisdiction.

La Couronne a présenté une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire. En Cour fédérale, le juge Kelen a fait droit à la requête : [2005] 2 C.T.C. 201, 2005 CF 411. Il a conclu que les intimés n'étaient pas admis à demander un contrôle judiciaire et qu'ils pouvaient et auraient dû exercer d'autres recours. La Cour d'appel fédérale a infirmé à la majorité ce jugement pour les motifs exposés par la juge Sharlow : [2006] 4 R.C.F. 532, 2006 CAF 107. Elle a estimé que la Cour fédérale avait compétence en l'espèce et que la requête ne satisfaisait pas au critère applicable en matière de radiation. Elle a jugé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations conféré par l'art. 160 *LIR* pouvait faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans sa dissidence, le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour) a indiqué qu'il aurait maintenu la décision du juge Kelen et qu'à son avis la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire n'habilitait pas celle-ci à examiner les délais d'établissement des cotisations sous le régime de l'art. 160. 6

The issue in this appeal is whether judicial review under s. 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, is available to challenge the exercise of the Minister's discretion to assess a taxpayer under s. 160 *ITA*. What the case actually turns on, however, is the interpretation of s. 160.

Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider s'il est possible de se prévaloir du recours en contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, pour contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations conféré au ministre par l'art. 160 *LIR*. C'est une question qui dépend, en fin de compte, de l'interprétation de l'art. 160. 7

We need not engage in a lengthy theoretical discussion on whether s. 18.5 can be used to review the exercise of ministerial discretion. It is not disputed that the Minister belongs to the class of persons and entities that fall within the Federal Court's jurisdiction under s. 18.5. Judicial review is available, provided the matter is not otherwise appealable. It is also available to control abuses of power, including abusive delay. Fact-specific remedies may be crafted to address the wrongs or problems raised by a particular case.

Nul besoin de s'engager dans une longue discussion théorique sur la question de la possibilité de se prévaloir de l'art. 18.5 pour faire contrôler l'exercice de pouvoirs ministériels discrétionnaires. Personne ne conteste que le ministre fasse partie de la catégorie de personnes et d'entités visée par l'exercice de la compétence de la Cour fédérale prévue à l'art. 18.5. Le recours au contrôle judiciaire demeure possible dans la mesure où la question n'est pas autrement susceptible d'appel. Il reste également possible en cas d'abus de pouvoir, notamment de délais abusifs. On peut élaborer des réparations adaptées aux faits pour corriger les injustices ou problèmes soulevés dans une affaire donnée. 8

9 Nevertheless, we find that judicial review was not available on the facts of this case. As Rothstein J.A. pointed out, the interpretation of s. 160 *ITA* by the majority of the Federal Court of Appeal amounted to reading into that provision a limitation period that was simply not there. The Minister can assess a taxpayer at any time. In the words of Rothstein J.A.:

> While in the sense identified by the majority, subsection 160(1) may be considered a harsh collection remedy, it is also narrowly targeted. It only affects transfers of property to persons in specified relationships or capacities and only when the transfer is for less than fair market value. Having regard to the application of subsection 160(1) in specific and limited circumstances, Parliament's intent is not obscure. Parliament intended that the Minister be able to recover amounts transferred in these limited circumstances for the purpose of satisfying the tax liability of the primary taxpayer transferor. The circumstances of such transactions mak[e] it clear that Parliament intended that there be no applicable limitation period and no other condition on when the Minister might assess. [para. 92]

10 The Minister is granted the discretion to assess a taxpayer at any time. This does not mean that the exercise of this discretion is never reviewable. However, in light of the words "at any time" used by Parliament in s. 160 *ITA*, the length of the delay before a decision on assessing a taxpayer is made does not suffice as a ground for judicial review, except, perhaps, inasmuch as it allows for a remedy like mandamus to prod the Minister to act with due diligence once a notice of objection has been filed. Moreover, in the case at bar, the allegations of fact in the statement of claim do not disclose any reason why it would have been impossible to deal with the tax liability issues relating to either the underlying tax assessment against York or the assessments against the respondents through the regular appeal process.

Toutefois, nous estimons qu'il n'était pas possible de recourir au contrôle judiciaire compte tenu des faits en cause. Comme l'a souligné le juge Rothstein, l'interprétation que la majorité de la Cour d'appel fédérale donne à l'art. 160 équivaut à ajouter dans cette disposition un délai de prescription qui n'y figure tout simplement pas. Le ministre peut en tout temps établir une cotisation à l'égard d'un contribuable. Selon le juge Rothstein :

> Même si dans le sens retenu par les juges majoritaires, le paragraphe 160(1) peut être considéré comme un moyen de recouvrement draconien, il vise aussi une cible précise. Il ne vise que les transferts de biens à des personnes se trouvant dans des relations ou des situations particulières, et seulement lorsque le transfert est en contrepartie d'une valeur inférieure à la juste valeur marchande des biens transférés. Comme le paragraphe 160(1) s'applique dans des circonstances précises et limitées, l'intention du législateur n'est pas obscure. Le législateur voulait que le ministre puisse recouvrer les montants transférés dans ces circonstances limitées afin de régler l'obligation fiscale du premier contribuable, auteur du transfert. Compte tenu des circonstances entourant de telles transactions, il est clair que le législateur souhaitait qu'il n'y ait pas de délai de prescription ni aucune autre condition applicable au moment de l'établissement de la cotisation par le ministre. [par. 92]

Le ministre dispose du pouvoir discrétionnaire d'établir une cotisation à l'égard d'un contribuable en tout temps. Cela ne veut pas dire que l'exercice de ce pouvoir ne peut jamais faire l'objet d'un contrôle. Toutefois, en raison du terme « en tout temps » à l'art. 160 *LIR*, la longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir une cotisation à l'égard d'un contribuable ne suffit pas à fonder un contrôle judiciaire, sauf, peut-être, s'il s'agit d'autoriser un recours comme le *mandamus* pour inciter le ministre à faire preuve de diligence raisonnable une fois l'avis d'opposition déposé. De plus, en l'espèce, les allégations de fait dans la déclaration n'expliquent pas pourquoi il aurait été impossible d'examiner les questions relatives à l'obligation fiscale, tant en ce qui a trait à la cotisation fiscale sous-jacente établie à l'encontre de York qu'aux cotisations établies à l'égard des intimés au cours d'une procédure d'appel normale.

Reviewing courts should be very cautious in authorizing judicial review in such circumstances. The integrity and efficacy of the system of tax assessments and appeals should be preserved. Parliament has set up a complex structure to deal with a multitude of tax-related claims and this structure relies on an independent and specialized court, the Tax Court of Canada. Judicial review should not be used to develop a new form of incidental litigation designed to circumvent the system of tax appeals established by Parliament and the jurisdiction of the Tax Court. Judicial review should remain a remedy of last resort in this context.

Dans de telles circonstances, les tribunaux de révision ne doivent ouvrir la voie aux recours en contrôle judiciaire qu'avec beaucoup de circonspection. Il y a lieu de protéger l'intégrité et l'efficacité du système de cotisation et d'appel en matière fiscale. Le Parlement a édifié une structure complexe pour assurer le traitement d'une multitude de revendications se rapportant au fisc, et cette structure s'appuie sur un tribunal spécialisé et indépendant, la Cour canadienne de l'impôt. On ne saurait permettre que le contrôle judiciaire serve à créer une nouvelle forme de procédure connexe destinée à contourner le système d'appel établi par le Parlement en matière fiscale ainsi que la compétence de la Cour de l'impôt. Dans ce contexte, le contrôle judiciaire devrait demeurer un recours de dernier ressort. 11

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside and the judgment of the motions judge is restored, with costs.

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel fédérale est infirmé et le jugement du juge des requêtes est rétabli, avec dépens. 12

APPENDIX

Statutory Provisions

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

160. (1) Where a person has, on or after May 1, 1951, transferred property, either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to

. . .

(*c*) a person with whom the person was not dealing at arm's length,

the following rules apply:

(*d*) the transferee and transferor are jointly and severally liable to pay a part of the transferor's tax under this Part for each taxation year equal to the amount by which the tax for the year is greater than it would have been if it were not for the operation of sections 74.1 to 75.1 of this Act and section 74 of the *Income Tax Act*, chapter 148 of the Revised Statutes of Canada, 1952, in respect of any income from, or

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)

160. (1) Lorsqu'une personne a, depuis le 1er mai 1951, transféré des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon à l'une des personnes suivantes :

. . .

c) une personne avec laquelle elle avait un lien de dépendance,

les règles suivantes s'appliquent :

d) le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont solidairement responsables du paiement d'une partie de l'impôt de l'auteur du transfert en vertu de la présente partie pour chaque année d'imposition égale à l'excédent de l'impôt pour l'année sur ce que cet impôt aurait été sans l'application des articles 74.1 à 75.1 de la présente loi et de l'article 74 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts revisés du Canada

gain from the disposition of, the property so transferred or property substituted therefor, and

(*e*) the transferee and transferor are jointly and severally liable to pay under this Act an amount equal to the lesser of

(i) the amount, if any, by which the fair market value of the property at the time it was transferred exceeds the fair market value at that time of the consideration given for the property, and

(ii) the total of all amounts each of which is an amount that the transferor is liable to pay under this Act in or in respect of the taxation year in which the property was transferred or any preceding taxation year,

but nothing in this subsection shall be deemed to limit the liability of the transferor under any other provision of this Act.

. . .

(2) The Minister may at any time assess a taxpayer in respect of any amount payable because of this section and the provisions of this Division apply, with any modifications that the circumstances require, in respect of an assessment made under this section as though it had been made under section 152.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18.5 Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to . . . the Tax Court of Canada . . . from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Bennett Jones, Calgary.

de 1952, à l'égard de tout revenu tiré des biens ainsi transférés ou des biens y substitués ou à l'égard de tout gain tiré de la disposition de tels biens;

e) le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont solidairement responsables du paiement en vertu de la présente loi d'un montant égal au moins élevé des montants suivants :

(i) l'excédent éventuel de la juste valeur marchande des biens au moment du transfert sur la juste valeur marchande à ce moment de la contrepartie donnée pour le bien,

(ii) le total des montants dont chacun représente un montant que l'auteur du transfert doit payer en vertu de la présente loi au cours de l'année d'imposition dans laquelle les biens ont été transférés ou d'une année d'imposition antérieure ou pour une de ces années;

aucune disposition du présent paragraphe n'est toutefois réputée limiter la responsabilité de l'auteur du transfert en vertu de quelque autre disposition de la présente loi.

. . .

(2) Le ministre peut, en tout temps, établir une cotisation à l'égard d'un contribuable pour toute somme payable en vertu du présent article. Par ailleurs, les dispositions de la présente section s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux cotisations établies en vertu du présent article comme si elles avaient été établies en vertu de l'article 152.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant [. . .] la Cour canadienne de l'impôt [. . .], d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelantes : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés : Bennett Jones, Calgary.

Dell Computer Corporation *Appellant*

v.

Union des consommateurs and Olivier Dumoulin *Respondents*

and

Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Public Interest Advocacy Centre, ADR Chambers Inc., ADR Institute of Canada and London Court of International Arbitration *Interveners*

INDEXED AS: DELL COMPUTER CORP. *v.* UNION DES CONSOMMATEURS

Neutral citation: 2007 SCC 34.

File No.: 31067.

2006: December 13; 2007: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Arbitration — Sale of computer equipment over Internet — Arbitration clause contained in terms and conditions of sale — Consumer instituting class action against seller — Article of book of Civil Code on private international law providing that Quebec authority has jurisdiction to hear action involving consumer contract if consumer has domicile or residence in Quebec, and that waiver of that jurisdiction by consumer may not be set up against consumer — Whether arbitration clause can be set up against consumer — Whether arbitration clause contains foreign element that renders rules on international jurisdiction of Quebec authorities applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

Arbitration — Review of application to refer dispute to arbitration — Whether arbitrator or court has jurisdiction to rule first on parties' arguments on validity or

Dell Computer Corporation *Appelante*

c.

Union des consommateurs et Olivier Dumoulin *Intimés*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, Centre pour la défense de l'intérêt public, ADR Chambers Inc., ADR Institute of Canada et Cour d'arbitrage international de Londres *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DELL COMPUTER CORP. *c.* UNION DES CONSOMMATEURS

Référence neutre : 2007 CSC 34.

N° du greffe : 31067.

2006 : 13 décembre; 2007 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Arbitrage — Vente de matériel informatique par Internet — Clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente — Consommateur intentant un recours collectif contre le vendeur — Disposition du livre du Code civil traitant du droit international privé prévoyant que les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation si le consommateur a son domicile ou sa résidence au Québec et que la renonciation du consommateur à cette compétence ne peut lui être opposée — La clause d'arbitrage est-elle opposable au consommateur? — La clause d'arbitrage comporte-t-elle un élément d'extranéité faisant jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

Arbitrage — Examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage — Qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire a compétence pour statuer, en premier, sur les arguments

applicability of arbitration clause — Limits of intervention by court in case involving arbitration clause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943.

Contracts — Consumer contract or contract of adhesion — External clause — Electronic commerce — Validity of arbitration clause — Whether arbitration clause that can be accessed by means of hyperlink in contract entered into via Internet is external clause — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1435.

The Dell company sells computer equipment retail over the Internet. It has its Canadian head office in Toronto and a place of business in Montreal. On April 4, 2003, the order pages on its English-language Web site indicated prices of $89 rather than $379 and of $118 rather than $549 for two models of handheld computers. On April 5, on being informed of the errors, Dell blocked access to the erroneous order pages through the usual address. D, circumventing the measures taken by Dell by using a deep link that enabled him to access the order pages without following the usual route, ordered a computer at the lower price indicated there. Dell then posted a price correction notice and at the same time announced that it would not process orders for computers at the prices of $89 and $118. When Dell refused to honour D's order at the lower price, the Union des consommateurs and D filed a motion for authorization to institute a class action against Dell. Dell applied for referral of D's claim to arbitration pursuant to an arbitration clause contained in the terms and conditions of sale, and dismissal of the motion for authorization to institute a class action. The Superior Court and the Court of Appeal held, for different reasons, that the arbitration clause could not be set up against D.

Held (Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. D's claim should be referred to arbitration and the motion for authorization to institute a class action should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: To ensure the internal consistency of the *Civil Code of Québec*, it is necessary to adopt a contextual interpretation that limits the scope of the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to situations with a relevant foreign element. Since the prohibition in art. 3149 C.C.Q. against waiving the jurisdiction of Quebec authorities is found in that title, it applies only to situations with such an element. The foreign element must be a point of contact that is legally relevant to a foreign

soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une clause d'arbitrage? — Paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une clause d'arbitrage — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943.

Contrats — Contrat de consommation ou d'adhésion — Clause externe — Commerce électronique — Validité de la clause d'arbitrage — La clause d'arbitrage accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet constitue-t-elle une clause externe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1435.

La société Dell vend au détail, par Internet, du matériel informatique. Elle a son siège canadien à Toronto ainsi qu'un établissement à Montréal. Le 4 avril 2003, les pages de commande de son site Internet anglais indiquent le prix de 89 $ au lieu de 379 $ et le prix de 118 $ au lieu de 549 $ pour deux modèles d'ordinateur de poche. Le 5 avril, Dell est informée des erreurs et bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle. Contournant les mesures prises par Dell en empruntant un lien profond qui lui permet d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, D commande un ordinateur au prix inférieur indiqué. Dell publie ensuite un avis de correction de prix et annonce simultanément son refus de donner suite aux commandes d'ordinateurs aux prix de 89 $ et 118 $. Devant le refus de Dell d'honorer la commande de D au prix inférieur, l'Union des consommateurs et D déposent une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre Dell. Dell demande le renvoi de la demande de D à l'arbitrage en vertu de la clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente et le rejet de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. La Cour supérieure et la Cour d'appel concluent, pour des motifs différents, que la clause d'arbitrage est inopposable à D.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La demande de D est renvoyée à l'arbitrage et la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif est rejetée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Le respect de la cohérence interne du *Code civil du Québec* commande une interprétation contextuelle ayant pour effet de limiter aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent la portée des dispositions du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec. Puisque la prohibition visant la renonciation à la compétence des autorités québécoises prévue par l'art. 3149 C.c.Q. fait partie de ce titre, elle ne s'applique qu'aux situations comportant un tel élément. Il

country, which means that the contact must be sufficient to play a role in determining whether a court has jurisdiction. An arbitration clause is not in itself a foreign element warranting the application of the rules of Quebec private international law. The neutrality of arbitration as an institution is one of the fundamental characteristics of this alternative dispute resolution mechanism. Unlike the foreign element, which suggests a possible connection with a foreign state, arbitration is an institution without a forum and without a geographic basis. The parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provisions by which they are bound, to choose any place, form and procedures they consider appropriate. The choice of procedure does not alter the institution of arbitration. The rules become those of the parties, regardless of where they are taken from. As a result, an arbitration that contains no foreign element in the true sense of the word is a domestic arbitration. In the instant case, the facts that the applicable rules of the American arbitration organization provide that arbitrations will be governed by a U.S. statute and that English will be the language used in the proceedings are not relevant foreign elements for purposes of the application of Quebec private international law. [3] [26] [50-53] [56-58]

In a case involving an arbitration agreement, any challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator in accordance with the competence-competence principle, which has been incorporated into art. 943 C.C.P. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator's jurisdiction is based solely on a question of law. This exception, which is authorized by art. 940.1 C.C.P., is justified by the courts' expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting referral and by the rule that an arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record. Before departing from the general rule of referral, the court must be satisfied that the challenge to the arbitrator's jurisdiction is not a delaying tactic and that it will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding. In the case at bar, the parties have raised questions of law relating to the application

doit s'agir d'un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger, c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente. Le seul fait de stipuler une clause d'arbitrage ne constitue pas en lui-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. La neutralité de l'arbitrage comme institution est en fait l'une des caractéristiques fondamentales de ce mode amiable de règlement des conflits. Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. La procédure choisie n'a pas d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine. Par conséquent, une situation d'arbitrage qui ne comporte aucun élément d'extranéité au sens véritable du mot est un arbitrage interne. En l'espèce, le fait que les règles applicables de l'organisme arbitral américain prévoient que l'arbitrage sera régi par une loi américaine et que l'anglais sera la langue utilisée dans les procédures ne constituent pas des éléments d'extranéité pertinents pour l'application du droit international privé québécois. [3] [26] [50-53] [56-58]

En présence d'une convention d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier conformément au principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 943 C.p.c. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation, permise par l'art. 940.1 C.p.c., se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. En l'espèce, les parties ont soulevé des questions de droit portant

of the provisions on Quebec private international law and to whether the class action is of public order. There are a number of other arguments, however, that require an analysis of the facts in order to apply the law to this case, such as those relating to the existence of a foreign element and to the external nature of the arbitration clause. Consequently, the matter should have been referred to arbitration. [84-88]

The arbitration clause in issue, which could be accessed by means of a hyperlink in a contract entered into via the Internet, is not an external one within the meaning of art. 1435 C.C.Q. and is valid. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. The traditional test of physical separation, which is applied to determine whether contractual stipulations in paper documents are external, cannot be transposed without qualification to the context of electronic commerce. To determine whether clauses on the Internet are external clauses, therefore, it is necessary to consider another rule that is implied by art. 1435 C.C.Q.: the precondition of accessibility. This precondition is a useful tool for the analysis of an electronic document. Thus, a clause that requires operations of such complexity that its text is not reasonably accessible cannot be regarded as an integral part of the contract. Likewise, a clause contained in a document on the Internet to which a contract on the Internet refers, but for which no hyperlink is provided, will be an external clause. It is clear from the interpretation of art. 1435 C.C.Q. and from the principle of functional equivalence that underlies the *Act to establish a legal framework for information technology* that access to the clause in electronic format must be no more difficult than access to its equivalent on paper. In the instant case, the evidence shows that the consumer could access the page of Dell's Web site containing the arbitration clause directly by clicking on the highlighted hyperlink entitled "Terms and Conditions of Sale". This link reappeared on every page the consumer accessed. When the consumer clicked on the link, a page containing the terms and conditions of sale, including the arbitration clause, appeared on the screen. From this point of view, the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page. [94] [96-97] [99-101]

Although the class action is of public interest, it is a procedure, and its purpose is not to create a new right. The mere fact that D decided to bring the matter

sur l'application des dispositions du droit international privé québécois et le caractère d'ordre public du recours collectif. Plusieurs autres moyens requéraient cependant une analyse des faits pour déterminer l'application à l'espèce des règles de droit, tels que la recherche de l'élément d'extranéité et le caractère externe de la clause d'arbitrage. En conséquence, l'affaire aurait dû être renvoyée à l'arbitrage. [84-88]

La clause d'arbitrage en litige, qui est accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet, ne constitue pas une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q. et est valide. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Le critère traditionnel de séparation physique, qui permet de reconnaître le caractère externe des stipulations contractuelles sur support papier, ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique. La détermination du caractère externe des clauses sur Internet requiert donc de prendre en considération une autre règle qui est implicite à l'art. 1435 C.c.Q. : la condition préalable d'accessibilité. Cette condition s'avère un instrument utile pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. Il ressort de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. et du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* que l'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Dans le présent cas, la preuve démontre que le consommateur peut accéder directement à la page du site Internet de Dell où figure la clause d'arbitrage en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente ». Ce lien est reproduit à chaque page à laquelle le consommateur accède. Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document. [94] [96-97] [99-101]

Bien que le recours collectif soit un régime d'intérêt public, ce recours est une procédure qui n'a pas pour objet de créer un nouveau droit. Le seul fait que

before the courts by means of a class action rather than an individual action does not affect the admissibility of his action. An argument based on the class action being of public order cannot therefore be advanced to prevent the court hearing the action from referring the parties to arbitration. [105-106] [108]

Since the facts triggering the application of the arbitration clause occurred before the coming into force of s. 11.1 of the *Consumer Protection Act*, which prohibits any stipulation that obliges a consumer to refer a dispute to arbitration, that provision does not apply to the facts of this case. [111] [120]

Per Bastarache, LeBel and Fish JJ. (dissenting): One should not attach any significance to the structure of the *Civil Code of Québec* or the *Code of Civil Procedure* when interpreting the substantive provisions under review here. The coherence of the regime is not dependent on the particular Book of the C.C.P. that deals with arbitrations, or the particular title and Book of the C.C.Q. containing art. 3149. The C.C.Q. itself constitutes an ensemble which is not meant to be parcelled out into chapters and sections that are not interrelated. [141]

Quebec's acceptance of jurisdiction clauses is rooted in the principle of primacy of the autonomy of the parties. Both art. 3148, para. 2 C.C.Q. and art. 940.1 C.P.C. can be interpreted as giving practical effect to that principle and are consistent with the international movement towards harmonizing the rules of jurisdiction. On that point, art. 940.1 C.C.P. seems clear: if the parties have an agreement to arbitrate on the matter of the dispute, on the application of either of the parties, the court "shall" refer the parties to arbitration, unless the case has been inscribed on the roll or the court finds the agreement to be null. The reference to the nullity of the agreement is clearly also meant to cover the situation where the arbitration agreement, without being null, cannot be set up against the applicant. By using the term "shall", the legislator has indicated that the court has no discretion to refuse, on the application of either of the parties, to refer the case to arbitration when the appropriate conditions are met. [142] [144] [149]

The courts below were correct to fully consider D's challenge to the validity of the arbitration agreement based on the application of art. 3149 C.C.Q. Although art. 940.1 C.C.P. is not clear regarding the extent of the analysis the court should undertake, a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator's clear intention

D ait décidé de s'adresser aux tribunaux au moyen de la procédure de recours collectif, au lieu d'un recours individuel, n'a pas pour effet de modifier la recevabilité de son action. Le caractère d'ordre public du recours collectif ne saurait donc être invoqué pour s'opposer à ce que le tribunal judiciaire saisi de l'action renvoie les parties à l'arbitrage. [105-106] [108]

Comme les faits entraînant la mise en œuvre de la clause d'arbitrage se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de l'art. 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdit une stipulation ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce. [111] [120]

Les juges Bastarache, LeBel et Fish (dissidents) : Il ne faudrait attacher aucune importance à la structure du *Code civil du Québec* ou du *Code de procédure civile* pour interpréter les dispositions substantielles à l'étude dans le présent pourvoi. La cohérence du régime ne tient pas au livre du C.p.c. qui traite en particulier de l'arbitrage, ni au titre ou livre du C.c.Q. où se trouve l'art. 3149. Le C.c.Q. constitue en soi un ensemble qui ne doit pas être morcelé en chapitres et en dispositions dépourvus de tout lien entre eux. [141]

L'acceptation par le Québec des clauses de juridiction repose sur le principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. L'article 3148, al. 2 C.c.Q. et l'art. 940.1 C.p.c. peuvent tous deux s'interpréter de manière à donner réellement effet à ce principe et s'inscrivent dans l'évolution internationale vers l'harmonisation des règles de compétence. Sur ce point, l'art. 940.1 C.p.c. semble clair : si les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, le tribunal « renvoie » les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins que la cause n'ait été inscrite ou que le tribunal ne constate la nullité de la convention. Il semble évident que la mention de la nullité de la convention vise également le cas où la convention d'arbitrage ne peut, sans être nulle, être opposée au demandeur. En employant le verbe « renvoie » au présent de l'indicatif, le législateur a signalé que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, lorsque les conditions requises sont remplies. [142] [144] [149]

Les juridictions inférieures ont eu raison d'examiner pleinement la contestation de D quant à la validité de la convention d'arbitrage, compte tenu de l'art. 3149 C.c.Q. Bien que l'art. 940.1 C.p.c. manque de précision quant à l'étendue de l'examen auquel devrait se livrer le tribunal, une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention

to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory jurisdiction of the Superior Court. When seized with a declinatory exception, a court should rule on the validity of the arbitration agreement only if it is possible to do so on the basis of documents and pleadings filed by the parties without having to hear evidence or make findings about its relevance and reliability. That said, courts may still exercise some discretion when faced with a challenge to the validity of an arbitration agreement regarding the extent of the review they choose to undertake. In some circumstances, particularly in those that truly merit the label "international commercial arbitration", it may be more efficient to submit all questions regarding jurisdiction for the arbitrator to hear at first instance. In other circumstances, such as in the present case where provisions of the C.C.Q. must be interpreted, it would seem preferable for the court to fully entertain the challenge to the arbitration agreement's validity. [176] [178]

The arbitration agreement at issue here cannot be set up against D because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Quebec authorities under art. 3149 C.C.Q. In determining whether art. 3149 applies, it is necessary to ask whether the jurisdiction chosen in the contract through a forum selection or arbitration clause is a "Québec authority". If that jurisdiction is not a "Québec authority", art. 3149 comes into play to permit the consumer or worker to bring his or her dispute before a "Québec authority". An arbitration clause is itself sufficient to trigger the application of art. 3148, para. 2, and hence the exceptions that apply to it, including art. 3149. Forum selection and arbitration clauses constitute on their own the requisite foreign element for these rules of private international law to be engaged. A contractual arbitrator cannot be a "Québec authority" for the purposes of art. 3149. A "Québec authority" must mean a decision-maker situated in Quebec holding its authority from Quebec law. No arbitrator who is bound by U.S. law could be a "Québec authority". Moreover, one would think a "Québec authority" would be required to provide arbitration services in French, whereas here, the American arbitration body's code of procedure provides that all arbitrations will be in English. Finally, it seems completely incongruous that in order to begin the process attributing to the purported "Québec authority" power to hear the dispute, the consumer must first contact an American institution, located in the U.S., that is in charge of organizing the arbitration. [152] [184] [200] [204] [212-216]

claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure. Lorsqu'il est saisi d'un moyen déclinatoire, le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l'arbitrage que s'il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci. Cela dit, les tribunaux peuvent toujours exercer un certain pouvoir discrétionnaire quant à l'étendue de l'examen qu'ils choisissent de faire lorsque la validité d'une convention d'arbitrage est contestée. Dans certaines circonstances, et en particulier dans celles qui méritent vraiment d'être qualifiées d'« arbitrage commercial international », il peut être plus avantageux que l'arbitre soit saisi en première instance de toutes les questions de compétence. Dans d'autres circonstances, telles qu'en l'espèce où il faut interpréter certaines dispositions du C.c.Q., il semblerait préférable que le tribunal entende au complet la contestation relative à la validité de la convention d'arbitrage. [176] [178]

La convention d'arbitrage en cause ne saurait être opposée à D parce qu'elle constitue une renonciation à la compétence des autorités québécoises au sens de l'art. 3149 C.c.Q. Pour déterminer si l'art. 3149 s'applique, il est nécessaire de se demander si la juridiction choisie dans le contrat au moyen d'une clause d'élection de for ou d'arbitrage est une « autorité québécoise ». Si cette juridiction n'est pas une « autorité québécoise », l'art. 3149 entre en jeu et permet au consommateur ou au travailleur de soumettre son litige à une « autorité québécoise ». La clause d'arbitrage suffit en soi à déclencher l'application de l'art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l'art. 3149. Les clauses d'élection du for et d'arbitrage constituent en soi l'« élément d'extranéité » requis pour que ces règles de droit international privé s'appliquent. Un arbitre consensuel ne saurait être qualifié d'« autorité québécoise » pour l'application de l'art. 3149. Une « autorité québécoise » doit s'entendre du décideur situé au Québec qui tient sa compétence du droit québécois. Aucun arbitre lié par le droit américain ne saurait être qualifié d'« autorité québécoise ». En outre, on pourrait penser qu'une « autorité québécoise » serait tenue d'offrir ses services d'arbitrage en français alors qu'en l'espèce, le code de procédure de l'organisme d'arbitrage américain stipule que tous les arbitrages se dérouleront en anglais. Enfin, il semble tout à fait incongru que le consommateur doive d'abord communiquer avec une institution américaine, située aux États-Unis et responsable de l'organisation de l'arbitrage, afin d'entamer le processus visant à attribuer à la soi-disant « autorité québécoise » la compétence nécessaire pour entendre le litige. [152] [184] [200] [204] [212-216]

The argument that a consumer dispute could never be arbitrated because it would constitute an arbitration over a matter of public order must be rejected. Article 2639 C.C.Q. deals with the kind of disputes that cannot be submitted to arbitration, namely "[d]isputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order". A consumer dispute does not constitute another matter of public order. Furthermore, the fact that certain *Consumer Protection Act* rules to be applied by the arbitrator are in the nature of public order does not constitute a bar for the hearing of the case by an arbitral tribunal. Finally, the fact that the *Consumer Protection Act* and the C.C.Q. are silent as to the arbitrability of a consumer dispute suggests its permissibility. An act should only be interpreted as excluding the possibility of arbitration if it is clear from it that this is what the legislator intended. No provisions of the *Consumer Protection Act* or the C.C.Q. indicate that this is the case for consumer disputes. [218-221]

Il faut rejeter l'argument voulant qu'un litige de consommation ne pourrait jamais être soumis à l'arbitrage parce qu'il s'agirait d'un arbitrage sur une question qui intéresse l'ordre public. L'article 2639 C.c.Q. traite du genre de différend qui ne peut être soumis à l'arbitrage, soit le « différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public ». Un litige de consommation ne constitue pas une de ces autres questions qui intéressent l'ordre public. En outre, le fait que certaines des règles de la *Loi sur la protection du consommateur* que l'arbitre devrait appliquer présentent un caractère d'ordre public n'empêche en rien un tribunal arbitral d'instruire l'affaire. Enfin, le silence de la *Loi sur la protection du consommateur* et du C.c.Q. quant à l'arbitrabilité d'un litige de consommation tend à indiquer que l'arbitrage est permis. Aucune loi ne devrait être interprétée comme excluant le recours à l'arbitrage, sauf s'il est clair que telle était l'intention du législateur. Aucune disposition de la *Loi sur la protection du consommateur* ou du C.c.Q. n'indique que c'est le cas des litiges de consommation. [218-221]

The argument that the principle of the autonomy of the parties has no bearing on this case as the arbitration clause is found in a contract of adhesion must also fail as it is based on the false assumption that an adhering party does not truly consent to be bound by the obligations contained in a contract of adhesion. Therefore, it is not sufficient for the respondents to raise the fact that the arbitration clause is found in a contract of adhesion in order to demonstrate that D should not be bound by it. Moreover, an arbitration clause cannot be said to be abusive, and therefore void, only because it is found in a consumer contract or in a contract of adhesion. [227-229]

L'argument voulant que le principe de l'autonomie de la volonté des parties n'a aucune application en l'espèce puisque la clause d'arbitrage figure dans un contrat d'adhésion doit également être rejeté puisqu'il repose sur la fausse hypothèse qu'un adhérent ne consent pas vraiment à être assujetti aux obligations énoncées dans un contrat d'adhésion. Il n'est donc pas suffisant pour les intimés de soulever le fait que la clause d'arbitrage se trouve dans un contrat d'adhésion pour démontrer que D ne devrait pas être lié par elle. En outre, une clause d'arbitrage ne saurait être abusive et, par le fait même, nulle uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation ou dans un contrat d'adhésion. [227-229]

The arbitration agreement is not null on the ground that it is found in an external clause that was not expressly brought to the attention of D as required under art. 1435 C.C.Q. While the hyperlink to the Terms and Conditions of Sale was in smaller print, located at the bottom of the Configurator Page, this is consistent with industry standards. It can therefore be concluded that the hyperlink was evident to D. Furthermore, the Configurator Page contained a notice that the sale was subject to the Terms and Conditions of Sale, available by hyperlink, thus bringing the Terms and Conditions expressly to D's attention. [152] [238]

La convention d'arbitrage n'est pas nulle parce qu'elle se trouve dans une clause externe qui n'a pas été portée expressément à la connaissance de D, comme l'exige l'art. 1435 C.c.Q. Même si l'hyperlien menant aux conditions de la vente était en petits caractères en plus d'être situé au bas de la page de configuration, cette pratique est conforme aux normes de l'industrie. On peut donc conclure que l'hyperlien était évident pour D. De plus, la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujettie aux conditions de vente, accessibles par hyperlien, les portant ainsi expressément à la connaissance de D. [152] [238]

The recent amendment to the *Consumer Protection Act* does not apply to this case as the arbitration agreement was concluded before the new provision came into

Les modifications récentes à la *Loi sur la protection du consommateur* ne s'appliquent pas en l'espèce puisque la convention d'arbitrage a été conclue avant l'entrée

force and the general presumption against retroactivity has not been rebutted. [162]

Cases Cited

By Deschamps J.

Followed: *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19; **referred to:** *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17; *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46; *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Fondation M. v. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996); *C.C.I.C. Consultech International v. Silverman*, [1991] R.D.J. 500; *Banque Nationale du Canada v. Premdev inc.*, [1997] Q.J. No. 689 (QL); *Acier Leroux inc. v. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839; *Robertson Building Systems Ltd. v. Constructions de la Source inc.*, [2006] Q.J. No. 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation v. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] Q.J. No. 329 (QL); *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL); *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

Dominion Bridge Corp. v. Knai, [1998] R.J.Q. 321; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Masson v. Thompson*, [1994] R.J.Q. 1032; *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"*, [1971] F.C. 263; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46; *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *In re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL); *World LLC v. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] Q.J. No. 736 (QL); *Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173; *Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.*, [2002] Q.J. No.

en vigueur de la nouvelle disposition, et la présomption générale de la non-rétroactivité de la loi n'a pas été réfutée. [162]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt suivi : *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46; *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Fondation M. c. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996); *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500; *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.*, [1997] A.Q. nº 689 (QL); *Acier Leroux inc. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839; *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, [2006] J.Q. nº 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] A.Q. nº 329 (QL); *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. nº 5922 (QL); *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

Dominion Bridge Corp. c. Knai, [1998] R.J.Q. 321; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Masson c. Thompson*, [1994] R.J.Q. 1032; *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire « Angelic Power »*, [1971] C.F. 263; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *In re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. nº 5922 (QL); *World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] A.Q. nº 736 (QL); *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173; *Simbol Test Systems Inc. c. Gnubi Communications Inc.*, [2002] J.Q. nº 437 (QL); *Sonox*

437 (QL); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] Q.J. No. 9998 (QL); *Martineau v. Verreault*, [2001] Q.J. No. 3103 (QL); *Chassé v. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165; *Lemieux v. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] Q.J. No. 9489 (QL); *Joseph v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669; *Bureau v. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006; *Richard-Gagné v. Poiré*, [2006] Q.J. No. 9350 (QL), 2006 QCCS 4980; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Lipohar v. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65; *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; *Rees v. Convergia*, [2005] Q.J. No. 3248 (QL), 2005 QCCA 353; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299.

Statutes and Regulations Cited

Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec, Draft Bill, 2nd Sess., 33rd Leg., Quebec, 1988, ss. 3477, 3511.

Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration, S.Q. 1986, c. 73.

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, Bill 48, 2nd Sess., 37th Leg., 2006.

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, S.Q. 2006, c. 56, ss. 2, 17, 18.

Act to establish a legal framework for information technology, R.S.Q., c. C-1.1, s. 5.

Civil Code of Lower Canada, arts. 8.1, 27, 85.

Civil Code of Québec, Bill 125, 1st Sess., 34th Leg., introduced December 18, 1990.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1379, 1435, 1436, 1437, 2639, 2640, 2642, 3094, 3111, 3117, 3118, 3134, 3139, 3141 to 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152 to 3154.

Code de procédure civile (France), arts. 1458, 1492.

Code Napoléon.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 21.1, 31, 33, 68, 940, 940.1, 940.6, 943, 943.1, 943.2, 946.4, para. 1(2), 948 to 951.2, 999(*d*), 1000, 1051.

Commercial Arbitration Act, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.).

Constitution Act, 1867, s. 96.

Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 8, 11.1, 54.8 to 54.16, 271, para. 3.

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 10.

Sia c. Albury Grain Sales Inc., [2005] J.Q. nº 9998 (QL); *Martineau c. Verreault*, [2001] J.Q. nº 3103 (QL); *Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165; *Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] J.Q. nº 9489 (QL); *Joseph c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669; *Bureau c. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006; *Richard-Gagné c. Poiré*, [2006] J.Q. nº 9350 (QL), 2006 QCCS 4980; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Lipohar c. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65; *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; *Rees c. Convergia*, [2005] J.Q. nº 3248 (QL), 2005 QCCA 353; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Kanitz c. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 8.1, 27, 85.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1379, 1435, 1436, 1437, 2639, 2640, 2642, 3094, 3111, 3117, 3118, 3134, 3139, 3141 à 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152 à 3154.

Code civil du Québec, projet de loi 125, 1re sess., 34e lég., présenté le 18 décembre 1990.

Code de procédure civile (France), art. 1458, 1492.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 21.1, 31, 33, 68, 940, 940.1, 940.6, 943, 943.1, 943.2, 946.4, al. 1(2), 948 à 951.2, 999*d*), 1000, 1051.

Code Napoléon.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., ch. C-1.1, art. 5.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

Loi fédérale sur le droit international privé, RO 1988 1776, art. 114.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2, 17, 18.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, projet de loi nº 48, 2e sess., 37e lég., Québec, 2006.

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.Q. 1986, ch. 73.

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé, avant-projet de loi, 2e sess., 33e lég., Québec, 1988, art. 3477, 3511.

Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. 1985, ch. 17 (2e suppl.).

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 8, 11.1, 54.8 à 54.16, 271, al. 3.

Loi fédérale sur le droit international privé, RO 1988 1776, s. 114.

International Documents

Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980), art. 3.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 U.N.T.S. 3, art. II.

United Nations. Commission on International Trade Law. *Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session* (New York, 22 February - 4 March 1983) (A/CN.9/233).

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I, arts. 8(1), 16, Explanatory Note.

Authors Cited

Audit, Bernard. *Droit international privé*, 4e éd. Paris: Économica, 2006.

Bachand, Frédéric. "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" (2006), 22 *Arb. Int'l* 463.

Bachand, Frédéric. *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.

Baudouin et Jobin: Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Béguin, Jacques. *L'arbitrage commercial international*. Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1987.

Bienvenu, Pierre. "The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region" (1999), 59 *R. du B.* 705.

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

Bouchard, Mario. "L'autorisation d'exercer le recours collectif" (1980), 21 *C. de D.* 855.

Brierley, John E. C. "Arbitration Agreements: Articles 2638-2643", in *Reform of the Civil Code*, vol. 3B, *Marine insurance, Carriage by water, Affreightment, Deposit, Loan, Suretyship, Gaming and Wagering, Transaction, Arbitration Agreements, Insurance and Annuities*. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 10.

Documents internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3, art. II.

Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1980), art. 3.

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, art. 8(1), 16, note explicative.

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa cinquième session* (New York, 22 février - 4 mars 1983) (A/CN.9/233).

Doctrine citée

Audit, Bernard. *Droit international privé*, 4e éd. Paris : Économica, 2006.

Bachand, Frédéric. « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? » (2006), 22 *Arb. Int'l* 463.

Bachand, Frédéric. *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989.

Baudouin et Jobin : Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Béguin, Jacques. *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987.

Bienvenu, Pierre. « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B.* 705.

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2005.

Bouchard, Mario. « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855.

Brierley, John E. C. « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1067.

notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.

Brierley, John E. C. "Quebec's New (1986) Arbitration Law" (1987-88), 13 *Can. Bus L.J.* 58.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto: Edmond Montgomery, 1993.

Canada. Industry Canada. Office of Consumer Affairs. *Your Internet Business: Earning Consumer Trust.* A guide to consumer protection for on-line merchants. Ottawa: The Department, 1999.

Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure.* Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2005.

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

Collier, J. G. *Conflict of Laws*, 3rd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2001.

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000, "*constater*".

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil: Sources annotées.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (feuilles mobiles mises à jour février 2006, envoi nº 17).

Crépeau, Paul-André. "Une certaine conception de la recodification", dans *Du Code civil du Québec: Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie.* Montréal: Thémis, 2005, 23.

Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, vol. 1, 14th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2006.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.

Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.

Gaillard, Emmanuel, and John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Gautrais, Vincent. *Know your law: Guide respecting the management of technology-based documents.* Québec: Fondation du Barreau du Québec, 2005.

Glenn, H. Patrick. "Droit international privé", dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Brierley, John E. C. « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto : Edmond Montgomery, 1993.

Canada. Industrie Canada. Bureau de la consommation. *Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs.* Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct. Ottawa : Le Ministère, 1999.

Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure.* Huntington, N.Y. : Juris Publishing, 2005.

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 1997.

Collier, J. G. *Conflict of Laws*, 3rd ed. Cambridge, U.K. : Cambridge University Press, 2001.

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2000, « constater ».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994 (feuilles mobiles mises à jour février 2006, envoi nº 17).

Crépeau, Paul-André. « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie.* Montréal : Thémis, 2005, 23.

Cromwell, T. A. « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, vol. 1, 14th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2006.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.

Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.

Gaillard, Emmanuel, and John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* The Hague : Kluwer Law International, 1999.

Gautrais, Vincent. *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques.* Québec : Fondation du Barreau du Québec, 2005.

Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.

Guillemard, Sylvette. "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, www.ejcl.org/82/abs82-1.html.

Guillemard, Sylvette, et Alain Prujiner. "La codification internationale du droit international privé: un échec?" (2005), 46 *C. de D.* 175.

Hill, Jonathan. "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in Patrick Capps, Malcolm Evans and Stratos Konstadinidis, eds., *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

Kierstead, Shelley. "Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 98.

Lefebvre, Brigitte. "Le contrat d'adhésion" (2003), 105 *R. du N.* 439.

Lehmann, Matthias. "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.

Loquin, Éric. "Compétence arbitrale", *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034. France: Éditions Techniques, 1975.

Loussouarn, Yvon, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières. *Droit international privé*, 8e éd. Paris: Dalloz, 2004.

Makarov, Alexander N. "Sources", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York: Oceana, 1972.

Marquis, Louis. "La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire" (1990), 21 *R.D.U.S.* 303.

Marquis, Louis. "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois" (1991-1992), 37 *McGill L.J.* 448.

Marquis, Louis. "Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel", dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, 447.

Mustill, Michael John. "Arbitration: History and Background" (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006.

Guillemard, Sylvette. « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, www.ejcl.org/82/abs82-1.html.

Guillemard, Sylvette, et Alain Prujiner. « La codification internationale du droit international privé : un échec? » (2005), 46 *C. de D.* 175.

Hill, Jonathan. « The Exercise of Jurisdiction in Private International Law », in Patrick Capps, Malcolm Evans and Stratos Konstadinidis, eds., *Asserting Jurisdiction : International and European Legal Perspectives*. Oxford : Hart Publishing, 2003.

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton : Juriliber, 1994.

Kierstead, Shelley. « Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : The Canadian Approach » (1999), 31 *Rev. can. dr. comm.* 98.

Lefebvre, Brigitte. « Le contrat d'adhésion » (2003), 105 *R. du N.* 439.

Lehmann, Matthias. « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice » (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006.

Loquin, Éric. « Compétence arbitrale », *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034. France : Éditions Techniques, 1975.

Loussouarn, Yvon, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières. *Droit international privé*, 8e éd. Paris : Dalloz, 2004.

Makarov, Alexander N. « Sources », in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York : Oceana, 1972.

Marquis, Louis. « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303.

Marquis, Louis. « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448.

Marquis, Louis. « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993, 447.

Mustill, Michael John. « Arbitration : History and Background » (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43.

North, Peter, and J. J. Fawcett. *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. London: Butterworths, 1999.

Parisien, Serge. "La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique", dans Daniel Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique*. Montréal: Thémis, 2003, 175.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 46, 1re sess., 33e lég., 16 juin 1986, p. 2975.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 55, 1re sess., 33e lég., 30 octobre 1986, p. 3672.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, nº 134, 2e sess., 33e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Sainte-Foy, Qué.: Le Comité, 2000.

Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.

Quebec. Ministère de la Justice. Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144). Québec: Le Ministère, 1991.

Rochette, Stéphane. "Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?", dans *Repères*, EYB 2006REP504.

Saumier, Geneviève. "Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure" (1998), 58 *R. du B.* 145.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Talpis, Jeffrey A. "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*" (1994), 96 *R. du N.* 183.

Talpis, J. A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law*. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.

North, Peter, and J. J. Fawcett. *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. London : Butterworths, 1999.

Parisien, Serge. « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans Daniel Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique*. Montréal : Thémis, 2003, 175.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 46, 1re sess., 33e lég., 16 juin 1986, p. 2975.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, nº 55, 1re sess., 33e lég., 30 octobre 1986, p. 3672.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, nº 134, 2e sess., 33e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970.

Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Sainte-Foy, Qué. : Le Comité, 2000.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et II. Québec : Publications du Québec, 1993.

Québec. Ministère de la Justice. Projet de loi 125 : Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144). Québec : Le Ministère, 1991.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*. Québec : Éditeur officiel, 1978.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires*. Québec : Éditeur officiel, 1978.

Rochette, Stéphane. « Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion? », dans *Repères*, EYB 2006REP504.

Saumier, Geneviève. « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure » (1998), 58 *R. du B.* 145.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Talpis, Jeffrey A. « Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec* » (1994), 96 *R. du N.* 183.

Talpis, J. A., et G. Goldstein, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1989), 91 *R. du N.* 456.

Talpis, J. A., et G. Goldstein. « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1988), 91 *R. du N.* 606.

Talpis, J. A., et G. Goldstein, "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1989), 91 *R. du N.* 456.

Talpis, J. A., et G. Goldstein. "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1988), 91 *R. du N.* 606.

Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime.* Montréal: Yvon Blais, 1994.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé.* Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Thuilleaux, Sabine, et Dean M. Proctor. "L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale" (1992), 37 *McGill L.J.* 470.

Tremblay, Raymond. "La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel" (1988), 91 *R. du N.* 246.

Vermeys, Nicolas W. "Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand 'browsewrap' rime avec 'arbitrabilité'", dans *Repères*, EYB 2005REP375.

Vischer, Frank. "Connecting Factors", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law.* New York: Oceana, 1999.

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated 2007, release 7).

Wyler, Éric, et Alain Papaux. "Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public", dans Éric Wyler et Alain Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique.* Paris: Éditions A. Pédone, 1999, 239.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Mailhot and Morissette JJ.A., and Lemelin J. (*ad hoc*)), [2005] R.J.Q. 1448, [2005] Q.J. No. 7011 (QL), 2005 QCCA 570, affirming a decision of Langlois J., J.E. 2004-457, [2004] Q.J. No. 155 (QL). Appeal allowed, Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Mahmud Jamal, *Anne-Marie Lizotte* and *Dominic Dupoy*, for the appellant.

Ronald Bourguignon, *Yves Lauzon* and *Careen Hannouche*, for the respondents.

Mistrale Goudreau and *Philippa Lawson*, for the interveners the Canadian Internet Policy

Talpis, J. A., et J.-G. Castel. « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801.

Tetley, William. *International Conflict of Laws : Common, Civil and Maritime.* Montréal : Yvon Blais, 1994.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.

Thuilleaux, Sabine, et Dean M. Proctor. « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470.

Tremblay, Raymond. « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246.

Vermeys, Nicolas W. « Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand "browsewrap" rime avec "arbitrabilité" », dans *Repères*, EYB 2005REP375.

Vischer, Frank. « Connecting Factors », in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law.* New York : Oceana, 1999.

Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated 2007, release 7).

Wyler, Éric, et Alain Papaux. « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », dans Éric Wyler et Alain Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique.* Paris : Éditions A. Pédone, 1999, 239.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Mailhot et Morissette, et la juge Lemelin (*ad hoc*)), [2005] R.J.Q. 1448, [2005] J.Q. nº 7011 (QL), 2005 QCCA 570, qui a confirmé une décision de la juge Langlois, J.E. 2004-457, [2004] J.Q. nº 155 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents.

Mahmud Jamal, *Anne-Marie Lizotte* et *Dominic Dupoy*, pour l'appelante.

Ronald Bourguignon, *Yves Lauzon* et *Careen Hannouche*, pour les intimés.

Mistrale Goudreau et *Philippa Lawson*, pour les intervenants la Clinique d'intérêt public et de

and Public Interest Clinic and the Public Interest Advocacy Centre.

J. Brian Casey, Janet E. Mills and *John Pirie*, for the intervener ADR Chambers Inc.

Stefan Martin and *Margaret Weltrowska*, for the intervener ADR Institute of Canada.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand and *Azim Hussain*, for the intervener the London Court of International Arbitration.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

DESCHAMPS J. — The expansion of trade is without question spurring the development of rules governing international relations. Alternative dispute resolution mechanisms, including arbitration, are among the means the international community has adopted to increase efficiency in economic relationships. Concomitantly, in Quebec, recourse to arbitration has increased greatly owing this mechanism's flexibility when compared with the traditional justice system.

This appeal relates to the debate over the place of arbitration in Quebec's civil justice system. More specifically, the Court is asked to consider the validity and applicability of an arbitration agreement in the context of a domestic legal dispute under the rules of Quebec law and international law, and to determine whether the arbitrator or a court of law should rule first on these issues.

To ensure the internal consistency of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), it is necessary to adopt a contextual interpretation that limits the scope of the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to situations with a relevant foreign element. The prohibition in art. 3149 C.C.Q. against waiving the jurisdiction of Quebec authorities is found in that title and accordingly applies only to situations

politique d'Internet du Canada et le Centre pour la défense de l'intérêt public.

J. Brian Casey, Janet E. Mills et *John Pirie*, pour l'intervenante ADR Chambers Inc.

Stefan Martin et *Margaret Weltrowska*, pour l'intervenante ADR Institute of Canada.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand et *Azim Hussain*, pour l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — La multiplication des échanges commerciaux alimente sans contredit le développement des normes régissant les relations internationales. Les modes amiables de règlement des litiges, dont l'arbitrage, font partie des moyens que la communauté internationale a retenus afin d'améliorer l'efficacité des rapports économiques. De façon concomitante, au Québec, l'arbitrage a pris un essor considérable en raison de la flexibilité que ce régime offre par rapport au système de justice traditionnel. 1

Le présent pourvoi s'inscrit dans le cadre du débat sur la place de l'arbitrage dans le système québécois de justice civile. Plus précisément, la Cour est appelée à se pencher, dans le contexte d'un litige interne, sur la validité et l'applicabilité d'une convention d'arbitrage au regard des règles du droit québécois et du droit international et à déterminer qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire devrait se prononcer en premier sur ces questions. 2

Le respect de la cohérence interne du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), commande une interprétation contextuelle, qui a pour effet de limiter aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent la portée des dispositions du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec. Parce que la prohibition visant la renonciation à la compétence des autorités québécoises prévue par l'art. 3149 3

with a relevant foreign element. Since arbitration is in essence a neutral institution, it does not in itself have any foreign element. An arbitration tribunal has only those connections that the parties to the arbitration agreement intended it to have. The independence and territorial neutrality of arbitration are characteristics that must be promoted and preserved in order to foster the development of this institution. In the case at bar, the arbitration clause was not prohibited by any provision of Quebec legislation at the time it was invoked. Consequently, for the reasons that follow, I would allow the appeal, refer Mr. Dumoulin's claim to arbitration and dismiss the motion for authorization to institute a class action.

1. Facts

4 Dell Computer Corporation ("Dell") is a company that sells computer equipment retail over the Internet. It has its Canadian head office in Toronto and a place of business in Montreal. In the late afternoon of Friday, April 4, 2003, the order pages on Dell's English-language Web site indicated a price of $89 rather than $379 for the Axim X5 300 MHz handheld computer and a price of $118 rather than $549 for the Axim X5 400 MHz handheld computer. The pages of the site where the products were advertised listed the correct prices, however. On April 5, on being informed of the errors, Dell blocked access to the erroneous order pages through the usual address, although the pages were not withdrawn from the site. On the morning of April 7, Olivier Dumoulin, a Quebec consumer, was told about the prices by an acquaintance who sent him the detailed links, which the parties described as "deep links". These links made it possible to access the order pages without following the usual route, that is, through the home page and the advertising pages. In short, the deep links made it possible to circumvent the measures taken by Dell. Using a deep link, Mr. Dumoulin ordered a computer at the price of $89. Shortly after Mr. Dumoulin placed his order, Dell corrected the two price errors. That

C.c.Q. fait partie du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec, elle ne s'applique qu'aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent. Étant à la base une institution neutre, l'arbitrage ne comporte en lui-même aucun élément d'extranéité. Un tribunal d'arbitrage n'a de liens de rattachement que ceux qui sont voulus par les parties à la convention d'arbitrage. L'indépendance et la neutralité territoriale de l'arbitrage sont des caractéristiques qu'il faut promouvoir et préserver pour favoriser le développement de cette institution. En l'espèce, à l'époque où elle a été invoquée, la clause d'arbitrage n'était prohibée par aucune disposition législative québécoise. En conséquence, pour les motifs exprimés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de renvoyer la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

1. Faits

Dell Computer Corporation (« Dell ») est une société qui vend au détail, par Internet, du matériel informatique. Elle a son siège canadien à Toronto ainsi qu'un établissement à Montréal. En fin d'après-midi, le vendredi 4 avril 2003, sur le site Internet anglais de Dell, les pages de commande indiquent le prix de 89 $ au lieu de 379 $ pour l'ordinateur de poche Axim X5 300 MHz et le prix de 118 $ au lieu de 549 $ pour l'ordinateur de poche Axim X5 400 MHz. Les pages du site qui annoncent les produits donnent cependant les bons prix. Le 5 avril, Dell est informée des erreurs et bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle; ces pages ne sont toutefois pas retirées du site. Le matin du 7 avril, M. Olivier Dumoulin, un consommateur québécois, est informé de ces prix par une de ses connaissances qui lui transmet le détail de liens, qualifiés par les parties de « liens profonds ». Ces liens permettent d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, soit la page d'accueil et les pages d'annonce. En somme, les liens profonds permettent de contourner les mesures prises par Dell. Empruntant un lien profond, M. Dumoulin commande un ordinateur au prix de 89 $. Peu de temps après la commande de M. Dumoulin, Dell corrige les deux erreurs de prix. Le même jour,

same day, Dell posted a price correction notice and at the same time announced that it would not process orders for computers at the prices of $89 and $118. At trial, a Dell employee testified that over the course of that weekend, 354 Quebec consumers had placed a total of 509 orders for these Axim computers, whereas on an average weekend, only one to three of them were sold in Quebec.

On April 17, Mr. Dumoulin put Dell in default, demanding that it honour his order at the price of $89. When Dell refused, the Union des consommateurs and Mr. Dumoulin ("Union") filed a motion for authorization to institute a class action against Dell. Dell applied for referral of Mr. Dumoulin's claim to arbitration pursuant to an arbitration clause contained in the terms and conditions of sale, and dismissal of the motion for authorization to institute a class action. The Union contended that the arbitration clause was null and that, in any event, it could not be set up against Mr. Dumoulin.

2. Judicial History

The trial judge noted that according to the arbitration clause, arbitration proceedings were to be governed by the rules of the National Arbitration Forum ("NAF"), which is [TRANSLATION] "located in the United States". This led her to conclude that there was a foreign element for purposes of the rules of Quebec private international law and that the prohibition under art. 3149 C.C.Q., as interpreted in *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.), should apply. In her view, the arbitration clause could not be set up against Mr. Dumoulin. She then considered the criteria for instituting a class action and authorized the action against Dell ([2004] Q.J. No. 155 (QL)).

The Court of Appeal dismissed Dell's appeal from that decision ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). It began by expressing its disagreement with the Superior Court's application of the rules of Quebec private international law. According to the Court of Appeal, this was not a situation in which the consumer had waived the jurisdiction of Quebec authorities. It noted that the parties had agreed that the dispute was governed by the laws

Dell publie un avis de correction de prix et annonce simultanément son refus de donner suite aux commandes d'ordinateurs aux prix de 89 $ et 118 $. Un employé de Dell témoigne au procès que, durant cette fin de semaine, 354 consommateurs québécois ont commandé au total 509 de ces ordinateurs Axim, alors qu'en moyenne, au Québec, il ne s'en vend que 1 à 3 par fin de semaine.

Le 17 avril, M. Dumoulin met Dell en demeure d'honorer sa commande au prix de 89 $. Devant le refus de Dell, l'Union des consommateurs et M. Dumoulin (« Union ») déposent une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre Dell. Dell demande le renvoi de la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage en vertu de la clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente et le rejet de la requête en recours collectif. L'Union plaide que la clause d'arbitrage est nulle et, de toute façon, inopposable à M. Dumoulin.

2. Historique judiciaire

La juge de première instance souligne que la clause d'arbitrage précise que l'arbitrage est régi par les règles du National Arbitration Forum (« NAF »), qui est « situé aux États-Unis », ce qui l'amène à conclure à l'existence d'un élément d'extranéité suivant les règles du droit international privé québécois et à l'application de la prohibition de l'art. 3149 C.c.Q. tel qu'il a été interprété dans l'arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.). Selon la juge, la clause d'arbitrage est inopposable à M. Dumoulin. Elle examine ensuite les critères donnant ouverture à l'exercice d'un recours collectif et autorise le recours contre Dell ([2004] J.Q. nº 155 (QL)).

La Cour d'appel rejette le pourvoi formé par Dell à l'encontre de cette décision ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). D'abord, elle exprime son désaccord avec l'application par la Cour supérieure des règles du droit international privé québécois. La Cour d'appel est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une situation où le consommateur a renoncé à la compétence des autorités québécoises. Elle signale que les parties admettent que le litige est régi par les lois

applicable in Quebec and that the arbitration could take place in Quebec. In its view, the instant case could be distinguished from *Dominion Bridge*, a case in which a foreign element had triggered the application of art. 3149 C.C.Q. However, the Court of Appeal concluded that the arbitration clause was external to the contract. Since Dell had not proven that the clause had been brought to the consumer's attention, the effect of art. 1435 C.C.Q. was that the clause could not be set up against him. The Court of Appeal then briefly discussed whether an issue arising under the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, could be referred to arbitration and held that the Quebec legislature did not intend to preclude arbitration in such matters. Finally, it discussed, but did not accept, the argument that the class action should take precedence over arbitration, mentioning that the disputes that may not be submitted to arbitration are identified in the *Civil Code of Québec* and certain specific statutes.

8 On November 9, 2006, the Quebec Minister of Justice tabled Bill 48, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts* (2nd Sess., 37th Leg.) ("Bill 48"), in the National Assembly. One of the Bill's provisions prohibits obliging a consumer to refer a dispute to arbitration. Bill 48, which came into force the day after the hearing of the appeal to this Court, does not include any transitional provisions applicable to this case.

3. Positions of the Parties

9 In this Court, the parties have reiterated the arguments raised in the Superior Court and the Court of Appeal. More specifically, Dell submits that the arbitration clause is not prohibited by any provision of Quebec legislation. It therefore is not contrary to public order, is not prohibited by art. 3149 C.C.Q., and is neither external nor abusive. Dell also contends that the courts are limited to conducting a *prima facie* analysis of the validity of an arbitration clause and must leave it to the arbitrator to consider the clause on the merits. According to Dell, this approach, which is based on the

applicables au Québec et que l'arbitrage peut être tenu au Québec. Selon la Cour d'appel, il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'arrêt *Dominion Bridge*, où un élément d'extranéité entraînait l'application de l'art. 3149 C.c.Q. La Cour d'appel conclut cependant que la clause d'arbitrage est externe au contrat. Comme Dell n'a pas prouvé que la clause avait été portée à la connaissance du consommateur, elle lui est inopposable suivant l'art. 1435 C.c.Q. La Cour d'appel traite ensuite brièvement de l'arbitrabilité d'une question relevant de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, et juge que le législateur québécois n'a pas eu l'intention, en cette matière, d'écarter tout arbitrage. Enfin, elle expose l'argument suivant lequel la procédure de recours collectif aurait préséance sur l'arbitrage, mais ne le retient pas, mentionnant plutôt que les différends qui ne peuvent être soumis à l'arbitrage sont prévus par le *Code civil du Québec* et par des lois spécifiques.

Le 9 novembre 2006, le ministre de la Justice du Québec a déposé devant l'Assemblée nationale le projet de loi 48, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances* (2e sess., 37e lég.) (« Loi 48 »). L'une de ses dispositions prévoit qu'il est interdit d'imposer à un consommateur le recours à l'arbitrage en cas de litige. La Loi 48, qui est entrée en vigueur le lendemain de l'audition du présent pourvoi devant la Cour, ne comporte pas de disposition transitoire applicable à la présente affaire.

3. Position des parties

Devant notre Cour, les parties reprennent les arguments soulevés devant la Cour supérieure et la Cour d'appel. En particulier, Dell soutient que la clause d'arbitrage n'est prohibée par aucune disposition législative québécoise. Elle ne serait donc ni contraire à l'ordre public, ni prohibée par l'art. 3149 C.c.Q., ni externe ni abusive. De plus, Dell soutient que les tribunaux se limitent à une analyse sommaire (appelée aussi « *prima facie* ») de la validité des clauses d'arbitrage, laissant à l'arbitre la responsabilité de les évaluer au fond. Cette approche, qui découle du principe dit de « compétence-compétence », a,

"competence-competence" principle, was implicitly adopted by this Court in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17, and the Superior Court should have applied it in the case at bar and referred the matter to an arbitrator to assess the validity of the clause based on the Union's submissions. The Union did not express an opinion on the degree of scrutiny to which the validity of the arbitration clause should be subject but did take a position, contrary to Dell's, on every other issue.

After Bill 48 came into force, the Court asked the parties to make written submissions regarding its applicability to the instant case. Dell raised three arguments in support of its position that Bill 48 does not affect the case: that the Bill does not have retroactive effect; that the new legislation cannot apply to disputes already before the courts; and that Dell had a vested right to the arbitration procedure provided for in the contract with Mr. Dumoulin. The Union advanced only one argument: that the provision on arbitration clauses merely confirms an existing prohibition.

The parties have raised many issues. In my view, the most significant one in the context of this case concerns the application of art. 3149 C.C.Q. This question is not only a potentially decisive one for the parties, but also one that involves the ordering of the rules in the *Civil Code of Québec*; the answer to it will have repercussions on the interpretation of the other provisions of the title in which this article appears and on the interpretation of the Code in general. The analysis of this issue will lead me to consider the influence of international rules on Quebec law. These rules are also relevant to another issue: whether the competence-competence principle applies to the review of the application to refer the dispute to arbitration. The conclusion I will reach is that an arbitrator has jurisdiction to assess the validity and applicability of an arbitration clause and that, although there are exceptions, the decision regarding jurisdiction should initially be left to the arbitrator. However, in light of the state of the case, I will discuss all the issues that have been raised.

selon Dell, été implicitement adoptée par la Cour dans *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, et elle aurait dû être appliquée en l'espèce par la Cour supérieure pour renvoyer le dossier à l'arbitre, afin qu'il évalue la validité de la clause au regard des arguments plaidés par l'Union. Cette dernière ne se prononce pas sur l'intensité de l'examen de la validité de la clause d'arbitrage, mais prend une position inverse à celle de Dell sur tous les autres points.

10 À la suite de l'entrée en vigueur de la Loi 48, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites concernant l'applicabilité de cette loi à la présente affaire. Dell avance trois arguments au soutien de sa prétention suivant laquelle la Loi 48 n'a aucun effet sur la présente affaire : d'abord, cette loi n'a pas d'effet rétroactif; ensuite, la loi nouvelle ne peut s'appliquer aux litiges en cours d'instance; enfin, Dell invoque un droit acquis à la procédure d'arbitrage prévue par le contrat intervenu avec M. Dumoulin. L'Union ne fait valoir qu'un seul argument : la disposition qui traite des clauses d'arbitrage ne fait que confirmer une prohibition déjà en vigueur.

11 Les questions soulevées par les parties sont nombreuses. Dans le contexte du présent litige, celle qui me paraît la plus importante touche à l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Cette question est non seulement potentiellement déterminante pour les parties, mais elle concerne aussi l'ordonnancement des règles dans le *Code civil du Québec*; la réponse qui y sera donnée aura des répercussions sur l'interprétation des autres dispositions du titre dans lequel figure cet article et sur l'interprétation du Code en général. L'analyse de ce point m'amènera à me pencher sur l'influence des normes internationales sur le droit québécois. Ces normes sont aussi pertinentes pour répondre à une autre question, celle de l'application du principe de compétence-compétence à l'examen de la demande de renvoi à l'arbitrage. Je conclurai que l'arbitre a compétence pour évaluer la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage et que, sauf exceptions, la décision sur la compétence devrait lui appartenir en premier lieu. Cependant, compte tenu de l'état du dossier, je traiterai de toutes les questions soulevées.

4. Application of Art. 3149 C.C.Q.

12 It will be helpful to reproduce the provision in issue and discuss its context. It reads as follows:

3149. A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

This provision appears in Title Three, entitled "International Jurisdiction of Québec Authorities", which is found in Book Ten of the *Civil Code of Québec*, entitled "Private International Law". The Court must decide whether it applies in the case at bar. In my view, it is applicable only where there is a relevant foreign element that justifies resorting to the rules of Quebec private international law. I will explain why.

4.1 *Context of Application of the Rules on the International Jurisdiction of Quebec Authorities*

4.1.1 Purpose and Consequences of the Codification of Private International Law in the *Civil Code of Québec*

13 When the Quebec legislature began the reform of the civil law in the mid-twentieth century, it did so in a way that was consistent with the civil law tradition in its purest form. As Professor Crépeau writes:

[TRANSLATION] The Civil Code is an organic, ordered, structured, harmonious and cohesive whole that contains the substantive subject matters of private law, governing, in the civil law tradition, the legal status of persons and property, relationships between persons, and relationships between persons and property.

(P.-A. Crépeau, "Une certaine conception de la recodification", in *Du Code civil du Québec: Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie* (2005), 23, at p. 40)

14 The codification process therefore entailed a reflection on all the principles and on how to

4. Application de l'art. 3149 C.c.Q.

Il est utile de rappeler le texte et le contexte de la disposition dont l'application est en litige. Cette disposition est rédigée ainsi :

3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

Elle fait partie du titre troisième « De la compétence internationale des autorités du Québec », lequel se trouve dans le livre dixième du *Code civil du Québec* « Du droit international privé ». La Cour doit décider si cette disposition s'applique en l'espèce. À mon avis, elle ne s'applique que dans les situations comportant un élément d'extranéité pertinent qui justifie le recours aux règles du droit international privé québécois. J'explique pourquoi.

4.1 *Contexte d'application des règles de compétence internationale des autorités québécoises*

4.1.1 Objet et conséquences de la codification du droit international privé dans le *Code civil du Québec*

Lorsque le législateur québécois amorce la réforme du droit civil au milieu du 20e siècle, sa démarche s'inscrit dans la plus pure tradition civiliste. Le professeur Crépeau dit ceci à cet égard :

Le Code civil constitue un ensemble organique, ordonné, structuré, agencé et cohérent des matières substantielles de droit privé, régissant, dans la tradition civiliste, la condition juridique des personnes et des biens, de même que les relations entre les personnes elles-mêmes, et les rapports entre les personnes et les biens.

(P.-A. Crépeau, « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie* (2005), 23, p. 40)

La codification implique donc une réflexion sur l'ensemble des normes et sur leur organisation

organize them in one central document with a view to simplifying and clarifying the rules, and thus making them more accessible. The organization of rules is an essential feature of codification. Professors Brierley and Macdonald describe the impact of this feature on the mode of presentation and the interpretation of the *Civil Code* as follows:

A number of assumptions as to form underpin a Civil Code. Their common character is linked to notions of rationality and systematization, nicely captured by Weber's expression — formal rationality. To say that a Civil Code is, and must be understood as, systematic and rationally organized implies that it reflects a consciously chosen, integrated design for presenting the law that has been consistently followed. . . .

. . .

The rational and systematic character of the Code also bears on its mode of presentation. One of the central features of the Code is its taxonomic structure. This affects both its organization and its drafting style. Just as the very existence of a Code labelled "Civil Code" presupposes a larger legal universe that can be divided and subdivided — public law, private law; and, within private law, procedure and substance; and, within substantive private law, commercial law and civil law — the same taxonomic approach is carried through into the Code itself. Its primary division is into large books — for example, persons, property, modes of acquisition of property, commercial law — each of which is subdivided into titles. Within these titles the Code is subdivided into chapters that, in turn, are divided into sections and sometimes into subsections. All the concepts relating to a given area of the law are thus logically derived from first principles, meticulously developed, and systematically ordered. . . .

In this architectonic mode of presentation, the inventory of subjects selected for inclusion and the manner of their placement serve to define the range of meaning that each of the subjects so included may have. The initial organizational choices bear directly on the manner in which the Code adapts to changing circumstances. . . .

(J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at pp. 102-4)

à l'intérieur d'un document central dans le but de simplifier les règles, de les clarifier et, ainsi, de les rendre plus accessibles. L'organisation des normes constitue une caractéristique essentielle de la codification. Les professeurs Brierley et Macdonald décrivent l'impact de cette caractéristique sur la présentation et l'interprétation du *Code civil* :

[TRADUCTION] Plusieurs postulats quant à la forme sous-tendent l'édification d'un code civil. Ils ont en commun d'être liés aux notions de rationalité et de systématisation, si bien décrites par l'expression « rationalité formelle » utilisée par Weber. Affirmer qu'un code civil est et doit être considéré comme systématique et organisé rationnellement suppose qu'il correspond à un modèle intégré de présentation du droit qui a été choisi consciemment et suivi avec constance. . .

. . .

Le caractère rationnel et systématique du Code touche également son mode de présentation. Une des caractéristiques principales du Code est sa structure taxinomique, qui influe tant sur son organisation que sur son style de rédaction. Tout comme la simple existence d'un Code désigné sous le nom de « Code civil » présuppose un univers juridique plus vaste qui peut être divisé et subdivisé — en droit public et droit privé; puis, à l'intérieur du droit privé, en droit procédural et droit substantiel; et, à l'intérieur du droit privé substantiel, en droit commercial et droit civil — le même modèle taxinomique est transposé dans le Code lui-même. Ce dernier est d'abord divisé en grands livres — par exemple, des personnes, des biens, des modes d'acquisition des biens, du droit commercial — chacun d'eux étant subdivisés en titres. Les titres du Code sont subdivisés en chapitres qui, à leur tour, sont divisés en sections et parfois en sous-sections. Ainsi, toutes les notions relevant d'un domaine particulier du droit sont dérivées logiquement des principes fondamentaux, développées méticuleusement et ordonnées systématiquement. . .

Dans ce mode de présentation architectonique, la liste des objets sélectionnés et leur ordonnancement servent à préciser la signification que chacun d'eux peut avoir. Les choix organisationnels initiaux influent directement sur la façon dont le Code s'adapte aux changements de circonstances. . .

(J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 102-104)

15 In his commentaries on the *Civil Code of Québec*, Quebec's Minister of Justice confirmed that the Code [TRANSLATION] "is a structured and hierarchical statutory scheme": *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. I, at p. VII. For this reason, it cannot be assumed that the jurists who took part in the reform placed the provisions of the *Civil Code of Québec* in one title or another indiscriminately or without a concern for coherence. A codification process presupposes an ordering of rules, and the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities reflect this general philosophy of codification.

Dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice du Québec confirme que le Code « constitue un ensemble législatif structuré et hiérarchisé » : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. VII. Il ne saurait donc être question de tenir pour acquis que les dispositions du *Code civil du Québec* ont été placées dans un titre ou dans un autre de façon éparse et sans souci de cohérence de la part des juristes qui ont participé à la réforme. Le processus de codification suppose l'ordonnancement des normes et les dispositions du titre sur la compétence internationale des autorités du Québec reflètent cette philosophie générale de la codification.

4.1.2 Private International Law

16 Private international law is the branch of a state's domestic law that governs private relationships that [TRANSLATION] "exten[d] beyond the scope of a single national legal system": É. Wyler and A. Papaux, "Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public", in É. Wyler and A. Papaux, eds., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (1999), 239, at p. 241. Since every state has the power to adopt its own system of rules, the result is a variety of conceptions of private international law. Thus, in some countries, this branch of law is limited to the conflict of laws, whereas in France, private international law has a broader scope, extending also to questions concerning the status of foreign nationals and the nationality of persons. In English private international law, an intermediate approach has been adopted that generally concerns three types of questions: (i) conflict of laws, (ii) conflict of jurisdictions and (iii) the recognition and enforcement of foreign judgments: *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (14th ed. 2006), vol. 1, at p. 4; P. North and J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* (13th ed. 1999), at p. 7. What is the situation in Quebec law?

4.1.2 Le domaine du droit international privé

Le droit international privé est la branche du droit interne de chaque État qui régit les rapports de nature privée dont la portée « excède le cadre d'un seul ordre juridique national » : É. Wyler et A. Papaux, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », dans É. Wyler et A. Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (1999), 239, p. 241. Comme chaque État possède le pouvoir d'adopter son propre système de règles, il en résulte une variété de conceptions du droit international privé. Ainsi, pour certains pays, ce domaine se limite aux questions relatives aux conflits de lois, alors qu'en France, le droit international privé couvre un plus large domaine et s'étend également aux questions concernant la condition des étrangers et la nationalité des personnes. Le droit international privé anglais a adopté une conception intermédiaire et régit généralement trois types de questions : (i) les conflits de lois, (ii) les conflits de juridictions et (iii) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères : *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (14e éd. 2006), vol. 1, p. 4; P. North et J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* (13e éd. 1999), p. 7. Mais qu'en est-il du droit québécois?

4.1.3 Legislative History of Quebec Private International Law

17 The drafters of the original rules of Quebec private international law naturally drew on French

4.1.3 Historique législatif du droit international privé québécois

Les premières règles du droit international privé québécois étaient naturellement inspirées du droit

law. Like the *Code Napoléon*, the *Civil Code of Lower Canada* contained only a few articles on this subject, and until the *Civil Code of Québec* was enacted in 1991, they and a few provisions of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), and from specific statutes constituted the private international law of Quebec.

While Quebec's private international law was going through a period of relative stagnation in the nineteenth and early twentieth centuries, a growing number of states had recourse to codification, adopting increasingly comprehensive and systematic rules: B. Audit, *Droit international privé* (4th ed. 2006), at para. 37; A. N. Makarov, "Sources", in International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1972), c. 2, at pp. 4-5. The subsequent project to codify Quebec's private international law was part of that trend; it was included in the mandate for the proposed general reform of the *Civil Code* that was assigned to the Civil Code Revision Office ("Office") in 1965.

In 1975, an initial draft codification of the rules of Quebec private international law was submitted to the Office by its private international law committee, which was chaired by Professor J.-G. Castel. The content of this report was amended slightly and was incorporated two years later into Book Nine of the *Draft Civil Code* (Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. I, *Draft Civil Code*, at pp. 593 *et seq.*). The preliminary chapter and Chapter I of Book Nine contained general provisions. Chapter II concerned conflicts of laws, while Chapter III dealt with conflicts of jurisdictions. Chapters IV and V dealt with the recognition and enforcement of foreign decisions and arbitration awards. Finally, Chapter VI codified the immunity from civil jurisdiction and execution enjoyed by foreign states and certain other international actors.

The structure of Book Nine attests to the Quebec legislature's adoption of the intermediate approach of English private international law described by Dicey, Morris and Collins and North and Fawcett

français. À l'image du *Code Napoléon*, le *Code civil du Bas Canada* ne contenait qu'un nombre limité d'articles qui, avec quelques dispositions du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), et de lois particulières, ont composé, jusqu'à l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991, le droit international privé québécois.

18 Alors que le droit international privé québécois traversait, au 19e et au début du 20e siècle, une période de stagnation relative, un nombre grandissant d'États ont emprunté la voie de la codification, adoptant des règles de plus en plus complètes et systématiques : B. Audit, *Droit international privé* (4e éd. 2006), par. 37; A. N. Makarov, « Sources », dans International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1972), ch. 2, p. 4-5. Le projet de codification du droit international privé québécois s'est inscrit dans ce dernier mouvement et a fait partie du projet général de réforme du *Code civil* officiellement confié en 1965 à l'Office de révision du Code civil (« Office »).

19 En 1975, un premier projet de codification des règles de droit international privé québécois a été soumis à l'Office par son comité du droit international privé, que présidait le professeur J.-G. Castel. Le contenu de ce rapport a été légèrement modifié et intégré deux ans plus tard dans le livre neuvième du *Projet de Code civil* (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I, *Projet de Code civil*, p. 597 et suiv.). Le chapitre préliminaire et le chapitre I énoncent des dispositions d'ordre général. Le chapitre II porte sur les conflits de lois alors que le chapitre III traite des conflits de juridictions. Les chapitres IV et V traitent de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères et des sentences arbitrales étrangères. Enfin, le chapitre VI codifie les immunités de juridiction civile et d'exécution dont jouissent les États étrangers et certains autres acteurs internationaux.

20 La structure de ce livre témoigne de l'adoption par le législateur québécois de la conception intermédiaire du droit international privé anglais, telle que l'ont décrite les auteurs Dicey, Morris

(mentioned above). The Office's decision was the result of a process that stretched over many years.

21 The Office explained that Chapter III on conflicts of jurisdictions was adopted to make up for a lack of specific rules on private international law that had obliged courts to resort to the *Code of Civil Procedure*'s provisions on the judicial districts in Quebec where proceedings could be instituted:

> To remedy this state of affairs and to distinguish between international and domestic jurisdiction, it seemed necessary to provide rules applicable exclusively to situations containing a foreign element. [Emphasis added.]

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 965)

22 In the commentaries that accompanied the final text of the *Civil Code of Québec*, the Minister of Justice mentioned a number of times that the various sections of Book Ten of the *Civil Code* apply to legal situations [TRANSLATION] "with a foreign element". He expressly repeated this in the introduction to Title Three on the international jurisdiction of Quebec authorities (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1998). The Minister also reiterated the Office's comments on the need for a set of jurisdictional rules for private international law distinct from the rules of the *Code of Civil Procedure* upon which the courts had relied until then:

> [TRANSLATION] Since there were no rules for determining whether Quebec authorities had jurisdiction over disputes with a foreign element, the courts had extended the domestic law rules of jurisdiction provided for in the Code of Civil Procedure to such situations.
>
> The general objective of Title Three is to remedy this deficiency by establishing specific rules for determining the international jurisdiction of Quebec authorities . . . .

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1998)

et Collins et North et Fawcett mentionnés précédemment. Cette décision de l'Office est le résultat d'un processus qui s'est échelonné sur plusieurs années.

L'Office précise que l'adoption du chapitre III traitant des conflits de juridictions vise à suppléer à l'absence de règles propres au droit international privé, situation qui obligeait les tribunaux à recourir aux dispositions du *Code de procédure civile* traitant des districts judiciaires au Québec où les actions pouvaient être intentées :

> Pour remédier à cet état de choses et distinguer entre la compétence internationale et la compétence locale, il a paru nécessaire de présenter des règles s'appliquant uniquement à des situations contenant un élément d'extranéité. [Je souligne.]

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 981)

Les *Commentaires du ministre de la Justice* accompagnant le texte final du *Code civil du Québec* soulignent, à de multiples reprises, que le champ d'application des diverses sections du livre dixième du *Code civil* vise les situations juridiques « présentant un élément d'extranéité ». Cette précision est expressément reprise dans l'introduction du titre troisième sur la compétence internationale des autorités québécoises (t. II, p. 1998). Le ministre réitère aussi les commentaires de l'Office sur la nécessité de créer, pour le droit international privé, un régime de règles de compétence juridictionnelle distinct de celui prévu au *Code de procédure civile* auquel se reportaient les tribunaux jusque-là :

> Comme il n'existait pas de règles pour déterminer la compétence des autorités du Québec dans les litiges présentant un élément d'extranéité, la jurisprudence avait étendu à ces situations les règles de compétence du droit interne, prévues au Code de procédure civile.
>
> L'objectif général du Titre troisième est de remédier à cette lacune, en prévoyant des règles spécifiques pour déterminer la compétence internationale des autorités du Québec . . .

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1998)

These commentaries shed light on the distinction between rules of jurisdiction governing purely domestic disputes and those that, because of a foreign element, form part of private international law. Where domestic disputes are concerned, the question of adjudicative jurisdiction is governed by the *Code of Civil Procedure*. In the case at bar, arts. 31 and 1000 C.C.P. are the provisions that confer jurisdiction over class actions on the Quebec Superior Court.

Given that domestic disputes are governed by the general provisions of Quebec domestic law, there is no reason to apply the rules relating to the international jurisdiction of Quebec authorities to a dispute that involves no foreign element.

4.2 *Foreign Element Concept*

What is this foreign element that is omnipresent in the literature on private international law? Very little has been written about it. Of course, disputes in which rules of private international law are relied on usually have an international aspect and, as a result, the courts have not needed to elaborate on the parameters of the foreign element concept. One reference to this concept can be found in *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966 (C.A.), at para. 17, in which Philippon J. (*ad hoc*), dissenting on another issue, described the initial step of the analytical approach in private international law:

> [TRANSLATION] First, it had to be determined whether the dispute related to an international situation or a transnational event or had a foreign element. [Emphasis deleted.]

This foreign element can be defined, however. It must be "[a] point of contact which is legally relevant to a foreign country", which means that the contact must be sufficient to play a role in determining whether a court has jurisdiction: J. A. Talpis and J.-G. Castel, "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 5B, at p. 38 (emphasis added); *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (loose-leaf), vol. 1, at p. 1-1; see also Wyler and Papaux, at p. 256.

Ces commentaires mettent en lumière la distinction entre les règles de compétence régissant les litiges purement internes et celles qui, en raison d'un élément d'extranéité, font partie du droit international privé. Pour les litiges internes, le *Code de procédure civile* règle la question de la compétence juridictionnelle. En l'espèce, ce sont les art. 31 et 1000 C.p.c. qui attribuent compétence à la Cour supérieure du Québec en matière de recours collectif. 23

Compte tenu du fait que les litiges internes sont régis par les dispositions générales du droit interne québécois, il n'y a pas de raison de recourir aux règles traitant de la compétence internationale des autorités québécoises lorsqu'un litige ne présente aucun élément d'extranéité. 24

4.2 *Notion d'extranéité*

Quel est cet élément d'extranéité omniprésent dans la littérature sur le droit international privé? Peu d'analyses y sont consacrées. Il faut dire que l'aspect international ressort habituellement dans les litiges où les règles du droit international privé sont invoquées, d'où l'absence de nécessité pour les tribunaux de s'étendre sur les paramètres de cette notion d'extranéité. On trouve une mention de cette notion dans l'arrêt *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966 (C.A.), par. 17, où le juge Philippon (*ad hoc*), dissident sur une autre question, énonce l'étape initiale de la méthode d'analyse en droit international privé : 25

> Dans un premier temps, il fallait déterminer si le litige était relatif à une situation internationale ou à un événement transf[r]ontalier ou présentant un élément d'extranéité. [Italique omis.]

Il est cependant possible de cerner cet élément d'extranéité. Il doit s'agir d'« un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger », c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente : J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 801, p. 870 (je souligne); *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-1; voir aussi Wyler et Papaux, p. 256. 26

27 Since our private international law is based on English law, it will be helpful to review the state of English law on this question. North and Fawcett define private international law as follows:

> Private international law, then, is that part of law which comes into play when the issue before the court affects some fact, event or transaction that is so closely connected with a foreign system of law as to necessitate recourse to that system. [Emphasis added; p. 5.]

This definition is similar to the one adopted by Canadian authors, and it includes a notion common to many systems of private international law: the factor connecting a matter with a particular system. It follows that the foreign element and the connecting factor are overlapping notions. One author describes the connecting factor concept as follows:

> The connecting factor is the element forming one of the facts of the case which is selected in order to attach a question of law to a legal system. The connecting factor determines the applicable law or the jurisdiction of a court. For instance, if the facts of a case present a question of intestate succession to movables, the element among those facts selected for the designation of the applicable law may be the last domicile, the last habitual residence, the nationality of the deceased or the situs of the movables. Likewise, one of these connecting factors may be employed to establish the jurisdiction of the courts to deal with intestate succession to movables.
>
> (F. Vischer, "Connecting Factors", in International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1999), c. 4, at p. 3)

See also Y. Loussouarn, P. Bourel and P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé* (8th ed. 2004), at p. 2. The connecting factor and foreign element concepts are recognized in Quebec private international law, too: Talpis and Castel, at p. 38; C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2nd ed. 2006), at pp. 11-12.

28 These two concepts can, therefore, overlap. A connecting factor is a tie to either the domestic or a foreign legal system, whereas the foreign

Comme notre droit international privé est d'inspiration anglaise, il est utile d'examiner l'état du droit anglais sur cette question. Voici comment les auteurs North et Fawcett définissent le droit international privé :

> [TRADUCTION] Le droit international privé est donc la partie du droit qui entre en jeu lorsque la question soumise au tribunal concerne un fait, un événement ou une opération ayant un lien si étroit avec un système de droit étranger qu'il faut nécessairement recourir à ce système. [Je souligne; p. 5.]

Cette définition se rapproche de celle adoptée par les auteurs canadiens et contient une notion familière à bien des systèmes de droit international privé : le facteur de rattachement à un régime particulier. Il s'ensuit que l'élément d'extranéité et le facteur de rattachement sont deux notions qui se recoupent. Un auteur décrit ainsi ce qu'est un facteur de rattachement :

> [TRADUCTION] Le facteur de rattachement est l'élément factuel propre à l'affaire que l'on choisit pour rattacher une question de droit à un système juridique. Le facteur de rattachement détermine le droit applicable ou la compétence d'un tribunal. Par exemple, si les faits soulèvent une question de succession *ab intestat* mobilière, l'élément factuel choisi pour la désignation du droit applicable pourrait être le lieu du dernier domicile du défunt, son dernier lieu de résidence habituelle ou sa nationalité, ou le lieu où se trouvent les biens meubles. De même, un de ces facteurs de rattachement pourrait servir à déterminer la compétence d'un tribunal à l'égard d'une succession *ab intestat* mobilière.
>
> (F. Vischer, « Connecting Factors », dans International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1999), ch. 4, p. 3)

Voir aussi Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé* (8e éd. 2004), p. 2. Le droit international privé québécois reconnaît lui aussi les concepts de facteur de rattachement et d'élément d'extranéité : Talpis et Castel, p. 870; C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2e éd. 2006), p. 11-12.

Rattachement et extranéité peuvent donc se chevaucher. Le facteur de rattachement est un lien avec le système juridique interne ou un système

element concept refers to a possible tie to a foreign legal system. Thus, in a personal action brought in Quebec, the fact that a defendant is domiciled in Quebec is a connecting factor with respect to the Quebec legal system but not a foreign element, whereas the fact that a defendant is domiciled in England will be considered both a connecting factor with respect to English jurisdiction and a foreign element with respect to the Quebec legal system. Certain of the connecting factors enumerated in Professor Vischer's definition above are common to most systems of private international law (see on this point the enumerations in Loussouarn, Bourel and de Vareilles-Sommières, at p. 2; North and Fawcett, at p. 5).

A state is free to determine what connecting factors or foreign elements it considers to be relevant. In Quebec, the legislature adopted a number of factors already found in the main Western private international law systems. In the title of the *Civil Code of Québec* on the conflict of laws, these factors are divided into four main categories, each of which is addressed in a separate chapter: (1) personal factors, with the main one being the place of domicile; (2) property-related factors; (3) factors related to obligations, such as the place where a contract is entered into; and (4) factors related to procedure, which is usually governed by the law of the court hearing the case (arts. 3083 to 3133 C.C.Q.).

The legislature also provided for certain connecting factors in respect of the international jurisdiction of Quebec authorities, which is the subject of a separate title. The place where one of the parties is domiciled heads the list of these factors, too. Article 3148 C.C.Q. shows this clearly:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

(1) the defendant has his domicile or residence in Québec;

(2) the defendant is a legal person, is not domiciled in Québec but has an establishment in Québec, and the dispute relates to its activities in Québec;

juridique étranger, alors que l'élément d'extranéité signale la possibilité d'un lien avec un système juridique étranger. Ainsi, dans une action personnelle intentée au Québec, le domicile québécois du défendeur constitue un facteur de rattachement au droit québécois mais non un élément d'extranéité, alors que le domicile anglais du défendeur sera considéré à la fois comme un facteur de rattachement au ressort anglais et un élément d'extranéité par rapport au régime québécois. Plusieurs des facteurs de rattachement énumérés dans la définition ci-dessus du professeur Vischer sont d'ailleurs communs à la majorité des régimes de droit international privé (voir en ce sens les énumérations figurant dans Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, p. 2; North et Fawcett, p. 5).

29 Un État peut préciser les facteurs de rattachement ou d'extranéité qu'il estime pertinents. Au Québec, le législateur a retenu plusieurs facteurs faisant déjà partie des principaux systèmes occidentaux de droit international privé. Dans le titre du *Code civil du Québec* sur les conflits de lois, ces facteurs sont répartis dans quatre grandes catégories qui font chacune l'objet d'un chapitre distinct : premièrement, les facteurs personnels, dont le principal est le lieu du domicile; deuxièmement, les facteurs réels; troisièmement, les facteurs liés aux obligations, par exemple le lieu où le contrat est conclu; quatrièmement, les facteurs reliés à la procédure — celle-ci suivant généralement la loi du lieu du tribunal saisi du litige (art. 3083 à 3133 C.c.Q.).

30 Pour ce qui est de la compétence internationale des autorités du Québec, qui fait l'objet d'un titre distinct, le législateur a aussi prévu certains facteurs de rattachement. Parmi ceux-ci, le lieu du domicile d'une des parties figure encore en tête de liste. L'article 3148 C.c.Q. l'illustre bien :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

(3) a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec;

(4) the parties have by agreement submitted to it all existing or future disputes between themselves arising out of a specified legal relationship;

(5) the defendant submits to its jurisdiction.

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

See also arts. 3134, 3141 to 3147, 3149, 3150, and 3154, para. 2 C.C.Q. Other factors that are considered include the place where damage was suffered or an injurious act occurred (art. 3148, para. 1(3) C.C.Q.), and the place where the property in dispute is located (arts. 3152 to 3154, para. 1 C.C.Q.).

31 It can be seen that what these traditional factors have in common is a concrete connection with Quebec; if private international law is invoked, it can be assumed that there is an equally concrete foreign element that can serve as a basis for applying a foreign legal system. Despite the developments I have just mentioned, we should question the postulate that the rules of Quebec private international law apply only where there is a foreign element.

32 In the Office's *Draft Civil Code*, it was clear that a foreign element was necessary. In its commentary on the provision on the law applicable to juridical acts, the Office stated the following:

It should be noted that the text applies to juridical acts of an international character. The parties are not free to refer to a law not related to their act unless that act contains a foreign element.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 977 (commentary on art. 21 of Book Nine of the *Draft Civil Code*))

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

Voir aussi les art. 3134, 3141 à 3147, 3149, 3150, 3154, al. 2 C.c.Q. Par ailleurs, sont également considérés le lieu où un préjudice est subi ou un fait dommageable s'est produit (art. 3148, al. 1(3) C.c.Q.), ainsi que le lieu où le bien en litige est situé (art. 3152 à 3154, al. 1 C.c.Q.).

On remarque que le lien commun entre ces facteurs traditionnels est leur rattachement concret au for québécois; on infère que si le droit international privé est mis en cause, c'est qu'un élément d'extranéité tout aussi concret peut faire jouer un régime juridique étranger. Malgré les développements dont je viens de faire état, il convient tout de même de s'interroger sur le postulat suivant lequel les règles du droit international privé québécois n'entrent en jeu qu'en présence d'un élément d'extranéité.

Dans le *Projet de Code civil* de l'Office, il était clair que l'élément d'extranéité était requis. Dans ses commentaires sur la disposition traitant de la loi applicable aux actes juridiques, l'Office a dit ceci :

On notera que le texte s'applique aux actes juridiques présentant un caractère international. Les parties ne peuvent se référer à une loi quelconque, qui n'aurait aucun rapport avec leur acte, à moins que ce dernier ne présente un élément d'extranéité.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 993 (commentaire sur l'art. 21 du livre neuvième du *Projet de Code civil*))

In discussing art. 48 of Book Nine of the *Draft Civil Code*, the predecessor of art. 3148 C.C.Q. on the international jurisdiction of Quebec authorities, the Office stated that the jurisdictional rules set out in this article "are intended to apply to situations involving a foreign element" (Civil Code Revision Office, vol. II, t. 2, at p. 988).

The 1988 draft bill did not substantively alter the traditional foreign element requirement (*An Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec*). The wording of art. 3477 of the draft bill on the designation of the applicable law was substantially similar to that of the final version of the provision in the *Civil Code of Québec* (art. 3111). It read as follows:

3477. A juridical act containing a foreign element is governed by the law expressly designated in the instrument or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

A system of law may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act.

The reference in this article to the foreign element led professors Talpis and Goldstein to ask whether such a reference was necessary, since they considered the foreign element requirement to be essential:

[TRANSLATION] It might first be asked whether it was necessary to specify that the parties may choose the applicable law only for a contract "containing a foreign element". It is obvious that the existence of a foreign element is the *sine qua non* of recourse to *all* the rules in Book Ten of the future Civil Code. However, since the Draft Bill does not include a specific provision on evasion of the law, this reference may have been intended to indicate that the will of the parties is not sufficient to turn a contract connected entirely with Quebec into an international one. [Underlining added.]

(J. A. Talpis and G. Goldstein, "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1989), 91 *R. du N.* 456, at p. 476)

As for art. 3511 of the 1988 draft bill, which concerned the international jurisdiction of Quebec

Au sujet de l'art. 48 du livre neuvième du *Projet de Code civil*, qui est l'ancêtre de l'art. 3148 C.c.Q. sur la compétence internationale des autorités québécoises, l'Office écrit que les règles de compétence énoncées à cet article « sont destinées à s'appliquer à des situations contenant un élément étranger » (Office de révision du Code civil, vol. II, t. 2, p. 1004).

33 L'avant-projet de loi de 1988 n'a pas changé le fond de la question quant à l'exigence d'extranéité traditionnelle (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*). Voici d'ailleurs le texte de son art. 3477 sur la désignation du droit applicable, dont le libellé se rapproche considérablement de sa version finale au *Code civil du Québec* (art. 3111) :

3477. L'acte juridique présentant un élément d'extranéité est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

34 La mention de l'élément d'extranéité dans cet article a amené les professeurs Talpis et Goldstein à s'interroger sur la nécessité d'une telle précision, car l'exigence d'extranéité leur paraissait incontournable :

On peut se demander d'abord s'il était nécessaire de préciser que les parties ne peuvent choisir la loi applicable que dans le cas d'un contrat « présentant un élément d'extranéité ». Il est évident que la condition *sine qua non* de l'utilisation de *toutes* les règles du Livre dix du futur Code civil est l'existence d'un élément d'extranéité. Cependant, cet Avant-Projet ne comportant pas de disposition traitant spécifiquement de la fraude à la loi, on a peut-être tenté, par cette précision, d'affirmer que la volonté des parties ne suffit pas à rendre international un contrat que tout rattache au Québec. [Je souligne.]

(J. A. Talpis et G. Goldstein, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1989), 91 *R. du N.* 456, p. 476)

Quant à l'art. 3511 de l'avant-projet de loi de 1988, qui traitait de la compétence internationale des

authorities, it already contained all the substantive elements of the future art. 3148 C.C.Q.

35 In Bill 125 of 1990, the *Civil Code of Québec*, however, the foreign element requirement was not retained with respect to the designation of the applicable law. The legislature incorporated a special rule into the provision. The final version of art. 3111 includes an addition to the text that was initially proposed:

3111. A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

A juridical act containing no foreign element remains, nevertheless, subject to the mandatory provisions of the law of the country which would apply if none were designated.

The law of a country may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act.

What this addition brings to the title on the conflict of laws is to make it possible for the parties to provide that a purely domestic juridical act will be governed by the law of a foreign jurisdiction. However, immediately after recognizing the autonomy of the will of the parties where the designation of the applicable law is concerned, the legislature hastened to limit it in the second paragraph of the provision. Thus, in the absence of a foreign element, a juridical act remains subject to the mandatory rules that would apply if no law were designated. As a result, the designation of the law of a foreign jurisdiction in an act that contains no foreign element is a special circumstance that was cautiously introduced into Quebec private international law and is confined to the rules applicable to the conflict of laws.

36 I should add that the wording of art. 3111 C.C.Q. is based on that of art. 3 of the *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (Rome Convention of 1980), which authorizes the "[choice of] a foreign law" where there is no foreign element. It is also conceivable that the determination of the law applicable to a juridical act will at times require a more complex analysis than the one to

autorités québécoises, tous les éléments substantiels du futur art. 3148 C.c.Q. s'y retrouvaient déjà.

Le projet de loi 125 de 1990, *Code civil du Québec*, ne retient cependant pas l'exigence de l'extranéité pour ce qui est de la désignation du droit applicable. Le législateur y a intégré une règle particulière. Dans sa version finale, l'art. 3111 C.c.Q. comprend un ajout par rapport au texte initialement proposé :

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

Cet ajout introduit au titre traitant des conflits de lois la possibilité pour les parties de prévoir qu'un acte juridique purement interne sera régi par une loi étrangère. Cependant, immédiatement après avoir reconnu l'autonomie de la volonté des parties pour la désignation du droit applicable, le législateur s'est empressé de la limiter à l'al. 2. Par conséquent, en l'absence d'extranéité, l'acte juridique demeure soumis aux règles impératives qui s'y appliqueraient en l'absence de désignation. La désignation d'une loi étrangère sans que l'acte ne présente d'élément d'extranéité est donc un cas particulier prudemment introduit en droit international privé québécois et est confiné aux règles des conflits de lois.

Je précise que la formulation de l'art. 3111 C.c.Q. s'inspire de l'art. 3 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Convention de Rome de 1980) qui permet les « choix [de] loi étrangère » en l'absence d'élément d'extranéité. On peut aussi concevoir que la détermination du droit applicable à un acte juridique repose parfois sur une analyse plus complexe que celle faite en

be made where adjudicative jurisdiction is in issue. Thus, a juridical act, such as a giving of security, that appears to have only domestic connections may in reality be part of an international transaction whose ramifications are not in issue in a given dispute. So there are several possible explanations for the exception provided for in Title Two on the conflict of laws.

In the title on the international jurisdiction of Quebec authorities, on the other hand, there is no exception to the foreign element requirement, and it is clear that a court asked to apply the rules of private international law must first determine whether the situation involves a foreign element. This position is consistent with the traditional definition of private international law and with the Office's intention. It must now be asked whether, in the case at bar, the choice of arbitration procedure gives rise to a foreign element warranting the application of art. 3149 C.C.Q. To answer this question, it will be necessary to consider how arbitration has been incorporated into Quebec law.

4.3 *Arbitration in Quebec*

4.3.1 International Sources

International arbitration law is strongly influenced by two texts drafted under the auspices of the United Nations: the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 ("New York Convention"), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I ("Model Law").

The New York Convention entered into force in 1959. Article II of the Convention provides that a court of a contracting state that is seized of an action in a matter covered by an arbitration clause must refer the parties to arbitration. At present, 142 countries are parties to the Convention. The accession of this many countries is evidence of a broad consensus in favour of the institution of arbitration. Lord Mustill wrote the following about the Convention:

matière de compétence juridictionnelle. Ainsi, un acte juridique — par exemple une sûreté — peut n'avoir en apparence que des liens internes, alors qu'en réalité cet acte fait partie d'une opération internationale dont les ramifications ne sont pas en cause dans un litige donné. Plusieurs explications peuvent donc être fournies pour l'exception faite au titre deuxième traitant des conflits de lois.

37 Dans le cas du titre sur la compétence internationale des autorités québécoises, aucune exception n'est faite à l'égard de l'exigence d'un élément d'extranéité et il est clair que les tribunaux à qui l'on demande d'appliquer des règles de droit international privé doivent d'abord déterminer si la situation présente un tel élément. Cette position est conforme à la définition traditionnelle du droit international privé et à l'intention de l'Office. Il reste à se demander si le choix de la procédure d'arbitrage constitue, en l'espèce, un élément d'extranéité susceptible de justifier l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Pour répondre à cette question, il faut examiner comment l'arbitrage est intégré au droit québécois.

4.3 *L'arbitrage au Québec*

4.3.1 Les sources internationales

38 Le droit international de l'arbitrage est fortement influencé par deux textes élaborés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies : la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (« Convention de New York »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), annexe I (« Loi type »).

39 La Convention de New York est entrée en vigueur en 1959. Son article II prévoit qu'un tribunal d'un État contractant doit renvoyer les parties à l'arbitrage s'il est saisi d'un litige portant sur une question couverte par une clause d'arbitrage. À ce jour, 142 pays sont parties à cette convention. Ce nombre élevé d'adhésions témoigne d'un large consensus à l'égard de la reconnaissance de l'institution de l'arbitrage. Lord Mustill a d'ailleurs écrit les commentaires suivants au sujet de cette convention :

This Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law.

(M. J. Mustill, "Arbitration: History and Background" (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43, at p. 49)

Canada acceded to the New York Convention on May 12, 1986.

40 The Model Law is another fundamental text in the area of international commercial arbitration. It is a model for legislation that the UN recommends that states take into consideration in order to standardize the rules of international commercial arbitration. The Model Law was drafted in a manner that ensured consistency with the New York Convention: F. Bachand, "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" (2006), 22 *Arb. Int'l* 463, at p. 470; S. Kierstead, "Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 98, at pp. 100-101.

41 The final text of the Model Law was adopted on June 21, 1985 by the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL"). In its explanatory note on the Model Law, the UNCITRAL Secretariat states that it

reflects a worldwide consensus on the principles and important issues of international arbitration practice. It is acceptable to States of all regions and the different legal or economic systems of the world.

("Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", U.N. Doc. A/40/17, Annex I, at para. 2)

In 1986, Parliament enacted the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.), which was based on the Model Law. The Quebec legislature followed suit that same year and incorporated the Model Law into its legislation. Quebec's Minister of Justice at the time, Herbert Marx, reiterated the above-quoted comment by

[TRADUCTION] Cette Convention est l'instrument international en matière d'arbitrage qui a connu le plus grand succès et dont on pourrait peut-être affirmer qu'il s'agit de la loi internationale qui s'est avérée la plus efficace de toute l'histoire du droit commercial.

(M. J. Mustill, « Arbitration : History and Background » (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43, p. 49)

Le Canada a adhéré à la Convention de New York le 12 mai 1986.

La Loi type est un autre texte fondamental en matière d'arbitrage commercial international. Il s'agit d'un modèle de loi que l'ONU recommande aux États de prendre en considération afin d'uniformiser les règles d'arbitrage commercial international. La Loi type a été rédigée de façon à être conforme à la Convention de New York : F. Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? » (2006), 22 *Arb. Int'l* 463, p. 470; S. Kierstead, « Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : The Canadian Approach » (1999), 31 *Rev. can. dr. comm.* 98, p. 100-101.

Le texte final de la Loi type a été adopté le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). Dans sa note explicative relative à la Loi type, le Secrétariat de la CNUDCI dit que celle-ci

traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international. Elle est acceptable pour les Etats de toutes les régions et convient aux différents systèmes juridiques et économiques du monde entier.

(« Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », Doc. N.U. A/40/17, annexe 1, par. 2)

En 1986, le Parlement s'est fondé sur la Loi type pour adopter la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^{e} suppl.). Le législateur québécois a emboîté le pas la même année et l'a intégrée à son corpus législatif. Le ministre de la Justice du Québec de l'époque, Herbert Marx, a repris à son compte le commentaire formulé par le Secrétariat

the UNCITRAL Secretariat: National Assembly, *Journal des débats*, vol. 29, No. 46, 1st Sess., 33rd Leg., June 16, 1986, at p. 2975, and vol. 29, No. 55, October 30, 1986, at p. 3672.

4.3.2 Nature and Scope of the 1986 Legislative Amendments to the *Civil Code of Lower Canada* and the *Code of Civil Procedure*

In 1986, the *Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73 ("Bill 91"), which established a scheme for promoting arbitration in Quebec, was tabled in the legislature. Bill 91 added a new title on arbitration agreements to the *Civil Code of Lower Canada*. This title consisted of only six provisions setting out a few general principles relating to the validity and applicability of such agreements. The legislature's decision to place arbitration agreements among the nominate contracts in the *Civil Code of Lower Canada* is significant. After that, there was no longer any reason to regard arbitration agreements as being outside the sphere of the general law; on the contrary, they were now an integral part of it: *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), at p. 2785; J. E. C. Brierley, "Arbitration Agreements: Articles 2638-2643", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3B, at p. 1. The provisions added by Bill 91 would be restated without any major changes in the chapter of the *Civil Code of Québec* on arbitration agreements.

Bill 91 also had a considerable impact on the *Code of Civil Procedure*. Substantial additions were made to Book VII on arbitrations, which was divided into two titles. Title I is a veritable code of arbitral procedure that regulates every step of an arbitration proceeding subject to Quebec law, from the appointment of the arbitrator to the order of the proceeding to the award and homologation. Most of these rules apply only "where the parties have not made stipulations to the contrary" (art. 940 C.C.P.). Title II sets out a system of rules applicable to the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec.

de la CNUDCI cité ci-dessus : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 29, nº 46, 1re sess., 33e lég., 16 juin 1986, p. 2975, et vol. 29, nº 55, 30 octobre 1986, p. 3672.

4.3.2 La nature et la portée des amendements législatifs de 1986 au *Code civil du Bas Canada* et au *Code de procédure civile*

42 En 1986, le législateur a déposé la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, ch. 73 (« Loi 91 »), qui instaure un régime visant à favoriser la tenue d'arbitrages au Québec. La Loi 91 a ajouté au *Code civil du Bas Canada* un nouveau titre consacré à la convention d'arbitrage. Ce titre n'est composé que de six dispositions qui énoncent quelques principes généraux relatifs à la validité et l'applicabilité de ces conventions. La décision du législateur d'insérer la convention d'arbitrage parmi les contrats nommés du *Code civil du Bas Canada* est significative. Dorénavant, il n'y a plus de raison de voir la convention d'arbitrage comme exorbitante du droit commun; au contraire, elle en fait partie intégrante : *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), p. 2785; J. E. C. Brierley, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, 1067, p. 1068-1069. Les dispositions introduites par la Loi 91 seront reprises sans grand changement dans le chapitre sur la convention d'arbitrage du *Code civil du Québec.*

43 Le *Code de procédure civile* a lui aussi été touché de façon importante. La Loi 91 a enrichi substantiellement son livre VII sur les arbitrages, qui est dorénavant divisé en deux titres. Le titre premier est un véritable code de procédure arbitrale qui réglemente toutes les étapes d'un arbitrage assujetti aux lois québécoises, et ce, de la nomination des arbitres jusqu'aux étapes de la sentence et de l'homologation, en passant par le déroulement de l'instance arbitrale. Il s'agit de règles qui, en majorité, ne s'appliquent que « lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires » (art. 940 C.p.c.). Le titre II, quant à lui, introduit un régime de règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec.

44 Although Bill 91 was the Quebec legislature's response to Canada's accession to the New York Convention and to UNCITRAL's adoption of the Model Law, it is not identical to those two instruments. As the Quebec Minister of Justice noted, Bill 91 was [TRANSLATION] "inspired" by the Model Law and [TRANSLATION] "implement[ed]" the New York Convention: *Journal des débats*, October 30, 1986, at p. 3672. For this reason, it is important to consider the interplay between Quebec's domestic law and private international law before interpreting the provisions of Bill 91.

45 This Court analysed the interplay between the New York Convention and Bill 91 in *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, at paras. 39 *et seq.* After noting that there is a recognized presumption of conformity with international law, the Court mentioned that Bill 91 "incorporate[s] the principles of the *New York Convention*" and concluded that the Convention is a formal source for interpreting the provisions of Quebec law governing the enforcement of arbitration agreements: para. 41. This conclusion is confirmed by art. 948, para. 2 C.C.P., which provides that the interpretation of Title II on the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec (arts. 948 to 951.2 C.C.P.) "shall take into account, where applicable, the [New York] Convention".

46 The same is not true of the Model Law. Unlike an instrument of conventional international law, the Model Law is a non-binding document that the United Nations General Assembly has recommended that states take into consideration. Thus, Canada has made no commitment to the international community to implement the Model Law as it did in the case of the New York Convention. Nevertheless, art. 940.6 C.C.P. attaches considerable interpretive weight to the Model Law in international arbitration cases:

940.6 Where matters of extraprovincial or international trade are at issue in an arbitration, the interpretation of this Title, where applicable, shall take into consideration:

Si la Loi 91 est la réponse du législateur québécois à l'adhésion du Canada à la Convention de New York et à l'adoption de la Loi type par la CNUDCI, elle n'est pas une copie conforme de ces deux instruments. Comme le souligne le ministre de la Justice, la Loi 91 « s'inspire » de la Loi type et « me[t] en œuvre » la Convention de New York : *Journal des débats*, 30 octobre 1986, p. 3672. C'est pourquoi avant de procéder à l'interprétation des dispositions de la Loi 91, il convient de rappeler comment le droit interne québécois interagit avec le droit international public.

L'analyse de l'interaction de la Convention de New York et de la Loi 91 a été faite par la Cour dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46, par. 39 et suiv. Après avoir réitéré l'existence reconnue de la présomption de conformité au droit international, la Cour souligne que la Loi 91 « intègre les principes de la *Convention de New York* » et conclut que celle-ci constitue une source formelle d'interprétation des dispositions du droit québécois visant l'exécution des conventions d'arbitrage : par. 41. C'est d'ailleurs ce que confirme l'art. 948, al. 2 C.p.c., lequel précise que le titre II sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec (art. 948 à 951.2 C.p.c.), « s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention » de New York.

La situation est différente pour ce qui est de la Loi type. En effet, contrairement au droit international conventionnel, il s'agit d'un texte non contraignant que l'Assemblée générale des Nations Unies recommande aux États de prendre en considération. Il s'ensuit que le Canada n'a jamais eu à s'engager envers la communauté internationale à mettre en œuvre la Loi type de la même façon qu'il l'a fait pour la Convention de New York. Néanmoins, le texte de l'art. 940.6 C.p.c. confère à la Loi type une grande valeur interprétative en cas d'arbitrage international :

940.6 Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

(1) the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985;

(2) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session held in Vienna from the third to the twenty-first day of June 1985;

(3) the Analytical Commentary on the draft text of a model law on international commercial arbitration contained in the report of the Secretary-General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law.

In short, to quote Professor Brierley, Bill 91 opened Quebec arbitration law to "international thinking" in this area; this international thinking "has become a formal source of Quebec positive law": J. E. C. Brierley, "Quebec's New (1986) Arbitration Law" (1987-88), 13 *Can. Bus. L.J.* 58, at pp. 63 and 68-69.

4.3.3 Status of Arbitration in Quebec Private International Law

Bill 91 established the legal framework applicable to arbitration. Not all arbitration proceedings are subject to the same rules. First, Title I on arbitration proceedings applies only if the parties have not stipulated that they intend to opt out of it. In addition, the facts of the case must call for application of the *Code of Civil Procedure* either because the foreign parties have chosen it in accordance with a provision authorizing them to do so in a law that would otherwise govern this proceeding or because the circumstances of the proceeding necessitate the application of Quebec law. Second, Title II of Book VII of the *Code of Civil Procedure* contains special provisions on the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec. Third, art. 940.6 C.C.P. provides that Title I on arbitration proceedings is to be interpreted in light, where applicable, of the Model Law and certain documents related to it "[w]here matters of extraprovincial or international trade are at issue in an arbitration". As Professor Marquis notes, the words "*mettant en cause des*

1° de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international;

2° du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985;

3° du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

47 Bref, pour reprendre les termes du professeur Brierley, la Loi 91 a eu pour effet d'ouvrir le droit québécois de l'arbitrage à la « pensée internationale » dans ce domaine; cette pensée internationale « est maintenant une source officielle du droit positif québécois » : J. E. C. Brierley, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259, p. 265 et 270-271.

4.3.3 Le statut de l'arbitrage en droit international privé québécois

48 La Loi 91 établit le régime juridique applicable à l'arbitrage. Tous les arbitrages ne sont pas régis par les mêmes règles. Premièrement, le titre premier — qui concerne la tenue de l'arbitrage — ne s'applique que lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations qui s'en écarteraient. De plus, il faut que les faits dictent l'application du *Code de procédure civile*, soit parce que les parties étrangères l'ont choisi conformément à une disposition les autorisant à le faire dans une loi qui autrement régirait cet arbitrage, soit parce qu'il s'agit d'un arbitrage dont les faits dictent l'application du droit québécois. Deuxièmement, on trouve au titre II du livre VII du *Code de procédure civile* des dispositions particulières régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales prononcées hors du Québec. Troisièmement, l'art. 940.6 C.p.c. précise que l'interprétation du titre premier traitant de la tenue de l'arbitrage se fait en tenant compte, s'il y a lieu, de la Loi type et de certains documents y afférents « [d]ans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial

intérêts du commerce" in the French version of art. 940.6 have an [TRANSLATION] "unfamiliar sound in Quebec law": L. Marquis, "Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel", in H. P. Glenn, ed., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance* (1993), 447, at p. 483. In fact, they were taken straight from the French *Code de procédure civile*:

[TRANSLATION]

1492. Arbitration is international where matters of international trade are at issue.

Because the same words are used, Quebec authors agree that art. 940.6 C.C.P. has imported the concept of international arbitration from French law: S. Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial* (2006), at pp. 73-74; S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé* (1991), at p. 129; L. Marquis, "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois" (1991-1992), 37 *McGill L.J.* 448, at pp. 465 and 469.

49 The matter of international trade test is different from connecting factors such as the parties' place of residence or the place where the obligations are performed. Thus, a contractual legal situation may have foreign elements without involving any matters of extraprovincial or international trade; in such a case, although the resulting arbitration will not be considered an international arbitration, it will nonetheless be subject to the rules of private international law. Since the case at bar does not involve international commercial arbitration, this explanation is intended merely to highlight the fact that the test under art. 940.6 C.C.P. is clearly distinct from the foreign element requirement. Where the Quebec legislature intended different rules to apply, it has made this clear.

50 The rules on arbitration proceedings set out in Title I of Book VII of the *Code of Civil Procedure* apply, to the extent provided for, to any arbitration proceeding subject to Quebec law. The parties are

ou international ». Comme le signale le professeur Marquis, cette expression a une « consonance inconnue en droit québécois » : L. Marquis, « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance* (1993), 447, p. 483. En fait, l'expression en question est directement tirée du *Code de procédure civile* français :

1492. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Puisque les mêmes termes sont utilisés, les auteurs québécois s'accordent pour dire que l'art. 940.6 C.p.c. a importé du droit français la notion d'arbitrage international : S. Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial* (2006), p. 73-74; S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 129; L. Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448, p. 465 et 469.

Le critère de l'intérêt commercial international est différent des critères de rattachement tels le lieu de résidence des parties ou le lieu d'exécution des obligations. Ainsi, une situation juridique contractuelle peut présenter des éléments d'extranéité sans mettre en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international; dans un tel cas, l'arbitrage qui en résultera ne sera pas considéré comme un arbitrage international, mais il sera tout de même régi par les règles du droit international privé. Comme il n'est pas question, en l'espèce, d'un arbitrage commercial international, cette précision ne vise qu'à mettre en relief le fait que le critère de l'art. 940.6 C.p.c. est clairement distinct de l'exigence d'un élément d'extranéité. Lorsque le législateur québécois a voulu que des règles distinctes s'appliquent, il l'a précisé.

Les règles sur la tenue de l'arbitrage figurant dans le titre I du livre VII du *Code de procédure civile* s'appliquent, dans la mesure qui y est prévue, à tous les arbitrages assujettis au droit québécois. Il

free to attribute foreign connections to an arbitration process, in which case the rules of private international law may be applicable. However, an arbitration clause is not in itself a foreign element warranting the application of the rules of Quebec private international law. The commentators are unanimous on this point:

[TRANSLATION] It is clear that if an arbitration process is considered to be purely internal to Quebec, the law of Quebec will be applied to it. The rules of private international law will not be applicable. It is Quebec's Code of Civil Procedure (rules on arbitration) that will be applied.

(J. Béguin, *L'arbitrage commercial international* (1987), at p. 67)

See also to the same effect, in respect of comparative law, E. Gaillard and J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), at p. 47.

The neutrality of arbitration as an institution is one of the fundamental characteristics of this alternative dispute resolution mechanism. Unlike the foreign element, which suggests a possible connection with a foreign state, arbitration is an institution without a forum and without a geographic basis: Guillemard, at p. 77; Thuilleaux, at p. 145. Arbitration is part of no state's judicial system: *Desputeaux*, at para. 41. The arbitrator has no allegiance or connection to any single country: M. Lehmann, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753, at p. 755. In short, arbitration is a creature that owes its existence to the will of the parties alone: *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), at paras. 13 and 16.

To say that the choice of arbitration as a dispute resolution mechanism gives rise to a foreign element would be tantamount to saying that arbitration itself establishes a connection to a given territory, and this would be in outright contradiction to the very essence of the institution of arbitration: its

est loisible aux parties d'attribuer à l'arbitrage des rattachements étrangers. Un tel arbitrage sera alors susceptible de faire jouer les règles du droit international privé. Le seul fait de stipuler une clause d'arbitrage ne constitue cependant pas en lui-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. Cette constatation ne fait l'objet d'aucun débat dans la doctrine :

Il est clair que, si on juge que l'arbitrage est purement interne au Québec, on va le soumettre à la loi du Québec. Il échappera au droit international privé. On appliquera le Code de procédure civile (règles sur l'arbitrage) du Québec.

(J. Béguin, *L'arbitrage commercial international* (1987), p. 67)

Voir aussi, au même effet, en droit comparé, E. Gaillard et J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 47.

51 La neutralité de l'arbitrage comme institution est en fait l'une des caractéristiques fondamentales de ce mode amiable de règlement des conflits. Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique : Guillemard, p. 77; Thuilleaux, p. 145. Un arbitrage ne fait partie d'aucune structure judiciaire étatique : *Desputeaux*, par. 41. Il n'a ni allégeance ni rattachement à un État quelconque : M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice » (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753, p. 755. Bref, l'arbitrage est une créature dont l'existence repose sur la volonté exclusive des parties : *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), par. 13 et 16.

52 Si le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné, ce qui est tout à fait contradictoire avec l'essence même de l'institution de l'arbitrage,

neutrality. This institution is territorially neutral; it contains no foreign element. Furthermore, the parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provisions by which they are bound, to choose any place, form and procedures they consider appropriate. They can choose cyberspace and establish their own rules. It was open to the parties in the instant case to refer to the *Code of Civil Procedure*, to base their procedure on a Quebec or U.S. arbitration guide or to choose rules drawn up by a recognized organization, such as the International Chamber of Commerce, the Canadian Commercial Arbitration Centre or the NAF. The choice of procedure does not alter the institution of arbitration in any of these cases. The rules become those of the parties, regardless of where they are taken from.

53 I cannot therefore see how the parties' choice of arbitration can in itself create a foreign element. Such an interpretation would empty the foreign element concept of all meaning. An arbitration that contains no foreign element in the true sense of the word is a domestic arbitration. The rules on the international jurisdiction of Quebec authorities will apply only to an arbitration containing a foreign element, such as where a defendant in a case involving a personal claim is domiciled in another country.

54 It must now be determined whether the facts of the present case contain a foreign element.

4.4 *Seeking to Identify a Foreign Element in the Facts of the Case at Bar*

55 The trial judge saw a foreign element in the fact that [TRANSLATION] "[t]he NAF is located in the United States" (para. 32). The Court of Appeal rejected this conclusion, and the Union has abandoned this argument. Like other organizations, such as the International Chamber of Commerce and the Canadian Commercial Arbitration Centre, the NAF offers arbitration services. The place where decisions concerning arbitration services are made or where the employees of these organizations work has no impact on the disputes in which their rules are used.

c'est-à-dire la neutralité. Cette institution est neutre sur le plan territorial; elle ne comporte aucun élément d'extranéité. D'ailleurs, les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. Elles peuvent choisir l'espace virtuel et fixer leurs propres règles. Elles pouvaient, en l'espèce, se reporter au *Code de procédure civile*, s'inspirer d'un guide d'arbitrage québécois ou américain ou choisir les règles établies par une organisation reconnue comme la Chambre de Commerce internationale, le Centre canadien d'arbitrage commercial ou le NAF. Dans aucun de ces cas la procédure choisie n'a d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine.

Je ne peux donc concevoir que le simple fait pour les parties de choisir la juridiction arbitrale soit constitutif d'extranéité. Cette interprétation viderait de son sens la notion d'extranéité. Une situation d'arbitrage qui ne comporte aucun élément d'extranéité au sens véritable du mot est un arbitrage interne. Seule une situation d'arbitrage qui comporte un élément d'extranéité, par exemple le fait que le défendeur dans une réclamation personnelle soit domicilié à l'étranger, fera jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises.

Il s'agit maintenant de déterminer si les faits de la présente affaire comportent, eux, un élément d'extranéité.

4.4 *Recherche de l'élément d'extranéité dans les faits de l'espèce*

La juge de première instance a vu un élément d'extranéité dans le fait que « [l]e NAF est situé aux États-Unis » (par. 32). La Cour d'appel n'a pas retenu cette conclusion, qui n'est plus avancée par l'Union. Comme d'autres organisations telles que la Chambre de commerce internationale ou le Centre canadien d'arbitrage commercial, le NAF offre des services d'arbitrage. Le lieu où sont prises les décisions concernant les services d'arbitrage ou celui où travaillent les employés de ces organisations n'ont aucune incidence sur les litiges dans lesquels les règles de ces dernières sont utilisées.

Thus, the location of the NAF's head office is not a relevant foreign element for purposes of the application of Quebec private international law. Moreover, Dell having conceded that the arbitration proceeding will take place in Quebec should put an end to the debate regarding the place of arbitration.

Le lieu du siège du NAF ne constitue donc pas un élément d'extranéité pertinent pour l'application du droit international privé québécois. De plus, la concession de Dell suivant laquelle l'arbitrage aura lieu au Québec devrait clore le débat sur le lieu de l'arbitrage. 56

Another potential foreign element is found in the NAF's Code of Procedure (*National Arbitration Forum Code of Procedure*). Rules 5O and 48B of the NAF Code provide that, unless the parties agree otherwise, arbitrations and arbitration procedures are governed by the U.S. *Federal Arbitration Act*. In Quebec, designation of the applicable law is governed by Title Two of Book Ten of the *Civil Code of Québec* on the conflict of laws. The parties' designation of the applicable law under this title is not ordinarily recognized as a foreign element in the subsequent title on the international jurisdiction of Quebec authorities. In any event, since art. 3111 C.C.Q., which I discussed above, refers to designation of the law applicable to a juridical act containing no foreign element, the designation itself does not produce such an element.

Une autre source potentielle d'extranéité se trouve dans le Code de procédure du NAF (*National Arbitration Forum Code of Procedure*). Les règles 5O et 48B du Code du NAF prévoient que, sauf convention contraire des parties, l'arbitrage et la procédure arbitrale sont régis par la *Federal Arbitration Act* des États-Unis. Au Québec, la désignation du droit applicable est régie par le titre deuxième du livre dixième du *Code civil du Québec*, qui traite des conflits de lois. La désignation du droit applicable faite par les parties en vertu de ce titre ne constitue pas un facteur d'extranéité normalement reconnu dans le titre suivant sur la compétence internationale des autorités québécoises. De toute façon, comme l'art. 3111 C.c.Q., dont j'ai traité plus haut, porte sur la désignation du droit applicable à un acte juridique ne comportant aucun élément d'extranéité, c'est que la désignation elle-même n'emporte pas une telle extranéité. 57

The Union raised a final element: the language of the proceedings. According to the NAF Code, English is the language used in NAF proceedings, although the parties may choose another language, in which case the NAF or the arbitrator may order the parties to provide any necessary translation and interpretation services at their own cost (rules 11D and 35G of the NAF Code).

L'Union soulève un dernier élément, celui de la langue des procédures. Selon le Code du NAF, l'anglais est la langue utilisée dans les procédures de cette organisation, mais les parties peuvent choisir une autre langue, auquel cas le NAF ou l'arbitre pourra ordonner aux parties de fournir les traductions et services d'interprétation requis et d'en assumer les coûts (règles 11D et 35G du Code du NAF). 58

In my view, the language argument must fail. Although I agree that the use of a language with which the consumer is not familiar may cause difficulties, neither the French nor the English language can be characterized as a foreign element in Canada.

À mon avis, l'argument linguistique ne saurait être retenu. Bien que je convienne que l'utilisation d'une langue avec laquelle le consommateur n'est pas familier puisse causer des difficultés, ni la langue française ni la langue anglaise ne peuvent être, au Canada, qualifiées de facteur d'extranéité. 59

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. nonetheless consider it logical to accept that an arbitration clause in itself constitutes a foreign element

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel sont tout de même d'avis qu'il est logique d'accepter qu'une clause d'arbitrage constitue, en 60

that can result in application of the provisions on the international jurisdiction of Quebec authorities. Their interpretation has consequences for agreements other than consumer contracts. Thus, it would also be impossible to set up against a Quebec worker *any* undertaking to submit to an arbitrator any future disputes with his or her Quebec employer relating to an individual contract of employment. Furthermore, *any* arbitration agreement concerning damage suffered as a result of exposure to raw materials originating in Quebec would be null (see arts. 3151 and 3129 C.C.Q.), even an agreement between a Quebec supplier and a Quebec producer. This interpretation is hard to accept. It implies that the codifiers failed to achieve their objective of ordering the rules in both Book Ten on private international law and Chapter XVIII on arbitration agreements in Book Five. This is an important point, and it is not strictly confined to the foreign element argument. I will therefore consider it separately.

elle-même, un élément d'extranéité faisant jouer les dispositions sur la compétence internationale des autorités québécoises. Leur interprétation entraîne des conséquences qui débordent les contrats de consommation. Ainsi, serait également inopposable *tout* engagement que prendrait un travailleur québécois de porter devant un arbitre un éventuel différend avec son employeur québécois relativement à son contrat individuel de travail. De plus, serait nulle *toute* convention d'arbitrage se rapportant à un préjudice découlant de l'exposition à des matières premières provenant du Québec (voir les art. 3151 et 3129 C.c.Q.), même une convention liant un fournisseur québécois et un producteur québécois. Cette interprétation est difficilement acceptable. Elle implique que le codificateur n'aurait pas atteint son objectif d'ordonnancement des règles tant pour ce qui est du livre dixième sur le droit international privé que pour ce qui est du chapitre XVIII — De la convention d'arbitrage — du livre cinquième. Ce point est important et déborde le strict argument fondé sur l'extranéité. Je l'examine donc de façon distincte.

4.5 *Ordering of the Rules on Arbitration*

4.5 *Ordonnancement des règles sur l'arbitrage*

61 The chapter on arbitration is found in the important Book Five of the *Civil Code of Québec* on obligations. Book Five is divided into two titles, the first of which concerns obligations in general, while the second concerns nominate contracts. Chapter XVIII is the final chapter of the title on nominate contracts. It incorporates the provisions of Bill 91 enacted in 1986, which I have already discussed. It contains a general provision, art. 2638 C.C.Q., which is based on the recognition that an arbitration agreement is valid and can be set up against a party:

Le chapitre sur l'arbitrage fait partie de l'important livre cinquième du *Code civil du Québec*, lequel traite des obligations. Ce livre est divisé en deux titres, le premier porte sur les obligations en général et le deuxième sur les contrats nommés. Le chapitre XVIII est le dernier du titre sur les contrats nommés. Il incorpore les dispositions de la Loi 91 adoptée en 1986 et dont j'ai discuté plus haut. Il contient une disposition générale, l'art. 2638 C.c.Q., qui reconnaît la validité et l'opposabilité d'une convention d'arbitrage :

2638. An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts.

2638. La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

In his commentary on this provision, the Minister of Justice stated that the essential purpose of the arbitration agreement is [TRANSLATION] "to displace judicial intervention" and that "by conferring jurisdiction on arbitrators, [one] ousts the usual

Dans ses Commentaires sur cet article, le ministre de la Justice dit qu'il est de l'essence de la convention d'arbitrage « d'écarter l'intervention des tribunaux » et qu'« en attribuant une compétence juridictionnelle aux arbitres [on] exclut la compétence

jurisdiction of the judiciary": *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1649.

Chapter XVIII also contains a provision that enumerates the cases in which the jurisdiction of the Quebec courts cannot be ousted by the parties. This provision reads as follows:

2639. Disputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration.

An arbitration agreement may not be opposed on the ground that the rules applicable to settlement of the dispute are in the nature of rules of public order.

Thus, the codifiers laid down, for disputes containing no foreign element, specific rules dealing, on the one hand, with the effect of the arbitration agreement and, on the other, with cases in which arbitration is not available under domestic law. They therefore considered what matters should be arbitrable. Where disputes not involving private international law issues are concerned, these matters are set out in the provisions governing arbitration. Article 3148, para. 2 C.C.Q. does not simply restate the text of art. 2638 C.C.Q. Rather, it lays down the same rule as it applies to an arbitration agreement containing a foreign element. To give arts. 3149 and 3151 C.C.Q. general application, it would be necessary to infer that the codifiers were inconsistent in not including, in the chapter on arbitration, the exceptions relating to consumer contracts, contracts of employment and claims regarding exposure to raw materials.

Furthermore, to view art. 3149 C.C.Q. as being limited to private international law is consistent with the legislature's objective. This provision is one of the new measures the legislature inserted into the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to protect certain more vulnerable groups: *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 2011. Article 3149 C.C.Q. refers to two of these groups, Quebec consumers and workers, who cannot waive the jurisdiction of a Quebec authority. I agree with the following comment by Beauregard J.A. of the Quebec Court

habituelle de l'ordre judiciaire » : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1649.

Ce chapitre contient aussi une disposition précisant les cas où les parties ne peuvent écarter la compétence des tribunaux québécois. Voici le texte de cette disposition : 62

2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

Le codificateur a donc prévu, pour ce qui est des litiges ne comportant pas d'élément d'extranéité, des règles spécifiques traitant, d'une part, de l'effet de la convention d'arbitrage et, d'autre part, des cas où l'arbitrage n'est pas autorisé en droit interne. Il s'est donc penché sur les matières susceptibles d'arbitrage. Pour les litiges qui ne mettent pas en cause le droit international privé, ces matières sont énumérées là où sont regroupées les dispositions régissant l'arbitrage. L'article 3148, al. 2 C.c.Q. n'est pas une répétition de l'art. 2638 C.c.Q. Il est l'expression de la même règle pour ce qui est des conventions d'arbitrage comportant un élément d'extranéité. Par ailleurs, donner aux art. 3149 et 3151 C.c.Q. une portée générale oblige à inférer que le codificateur a été incohérent en n'incluant pas, au chapitre sur l'arbitrage, les exclusions concernant les contrats de consommation, les contrats de travail et les réclamations liées à l'exposition aux matières premières. 63

Considérer que l'art. 3149 C.c.Q. se limite au droit international privé est par ailleurs cohérent avec l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, cette disposition fait partie des nouvelles mesures que le législateur a insérées dans le titre sur la compétence internationale des autorités du Québec afin de protéger certains groupes plus vulnérables : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 2011. L'article 3149 C.c.Q. mentionne deux de ces groupes, c'est-à-dire les consommateurs et les travailleurs québécois, qui ne peuvent renoncer à la compétence des autorités québécoises. Je suis 64

of Appeal in *Dominion Bridge* with regard to the legislature's general objective in enacting art. 3149 C.C.Q.:

[TRANSLATION] In my view, it is clear that the legislature intended to ensure that employees could not be required to go abroad to assert rights under a contract of employment. [p. 325]

Thus, the reason why an arbitration clause cannot be set up against a consumer under the title on the international jurisdiction of Quebec authorities is clearly to protect a consumer in a situation with a foreign element.

65 In enacting art. 3149 C.C.Q., the legislature could not have intended to take an obscure approach requiring a decontextualized reading of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities. The interpretation of art. 3149 C.C.Q. must be consistent with the legislature's objective of protecting vulnerable groups and must be harmonized not only with the title on the international jurisdiction of Quebec authorities, but also with the entire book of the C.C.Q. on private international law and Chapter XVIII on arbitration (in Title Two of Book Five), and with Book VII of the *Code of Civil Procedure* on arbitration. This brings out the internal consistency of these rules, which interact harmoniously and without redundancy. The general provisions on arbitration are grouped together in the books, titles and chapters of the *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, and specific exceptions are set out in these provisions. It would not be appropriate to shatter the consistency of the rules on arbitration and those on the international jurisdiction of Quebec authorities by placing all disputes concerning an arbitrator's jurisdiction within the scope of the rules on the jurisdiction of Quebec authorities regardless of whether there is a foreign element.

4.6 *Conclusion on the Application of Art. 3149 C.C.Q.*

66 The legal experts who worked on the reform of the *Civil Code*, the Minister of Justice who was in

d'accord avec les propos suivants, formulés par le juge Beauregard de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Dominion Bridge* relativement à l'objectif général du législateur à l'art. 3149 C.c.Q. :

Il me paraît manifeste que le législateur a voulu éviter qu'un employé soit obligé d'aller à l'étranger pour faire valoir ses droits aux termes d'un contrat d'emploi. [p. 325]

La raison d'être de l'inopposabilité de l'arbitrage, dans le titre sur la compétence internationale des autorités québécoises, est donc clairement la protection du consommateur dans une situation comportant un élément d'extranéité.

En édictant l'art. 3149 C.c.Q., le législateur ne peut avoir voulu emprunter une voie obscure, requérant une lecture décontextualisée du titre sur la compétence internationale des autorités québécoises. L'interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. doit permettre la réalisation de l'objectif de protection du législateur et cette interprétation doit être harmonisée non seulement avec le titre traitant de la compétence internationale des autorités québécoises mais aussi avec tout le livre sur le droit international privé et le chapitre XVIII sur l'arbitrage (titre deuxième du livre cinquième) du C.c.Q., ainsi qu'avec le livre VII sur l'arbitrage du *Code de procédure civile*. Cet exercice démontre la cohérence interne de ces règles, qui fonctionnent en harmonie les unes avec les autres et sans redondance. Les dispositions générales sur l'arbitrage sont regroupées ensemble tant dans les livres, titres et chapitres du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile*, à l'intérieur desquels des exceptions sont précisées pour les matières particulières. Il n'est pas souhaitable de faire éclater la cohérence entre les régimes sur l'arbitrage et sur la compétence internationale des autorités québécoises en incorporant dans le champ d'application des règles sur la compétence des autorités québécoises tous les litiges portant sur la compétence arbitrale sans égard à l'existence d'un élément d'extranéité.

4.6 *Conclusion sur l'application de l'art. 3149 C.c.Q.*

Les juristes qui ont travaillé à la réforme du *Code civil*, ainsi que le ministre de la Justice en poste lors

office at the time of the enactment of the *Civil Code of Québec*, and many Canadian and foreign authors recognized that a foreign element was a prerequisite for applying the rules on the international jurisdiction of Quebec authorities. The ordering effected in a codification process and the rule that a provision must be interpreted in light of its context require an interpretation of art. 3149 C.C.Q. that limits it to cases with a foreign element.

de l'adoption du *Code civil du Québec* et de nombreux auteurs canadiens et étrangers reconnaissent que l'extranéité est une condition préalable à l'application des règles en matière de compétence internationale des autorités québécoises. L'ordonnancement effectué lors d'une codification et la règle selon laquelle une disposition doit être interprétée en harmonie avec son contexte commandent une interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. qui le limite aux cas présentant un élément d'extranéité.

I will now discuss the other issues before this Court. They concern the degree of scrutiny of an arbitration clause by the Superior Court, and the validity and applicability of the arbitration clause. 67

Je me pencherai maintenant sur les autres questions en litige. Elles concernent l'intensité de l'examen de la clause d'arbitrage par la Cour supérieure ainsi que la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage.

5. Degree of Scrutiny of an Arbitration Clause by the Superior Court in Considering a Referral Application

5. L'intensité de l'examen de la clause d'arbitrage par la Cour supérieure lors de la demande de renvoi

The objective of this part is to determine whether it is the arbitrator or a court that should rule first on the parties' arguments on the validity or applicability of an arbitration agreement. I will accordingly consider the limits of intervention by the courts in cases involving arbitration agreements. 68

La présente partie a pour objectif de déterminer qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire devrait entendre, en premier, les arguments soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une convention d'arbitrage. J'examinerai donc les paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une convention d'arbitrage.

5.1 *Competence of Arbitrators to Rule on Their Own Jurisdiction in International Law*

5.1 *La compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence en droit international*

There are two opposing schools of thought in the debate over the degree of judicial scrutiny of an arbitrator's jurisdiction under an arbitration agreement. Under one, it is the court that must rule first on the arbitrator's jurisdiction; this view is based on a concern to avoid a duplication of proceedings. Since the court has the power to review the arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction, why should the arbitrator be allowed to make an initial ruling on this issue? According to this view, it would be preferable to have the court settle any challenge to the arbitrator's jurisdiction immediately. This first school of thought thus favours an interventionist judicial 69

Deux courants s'opposent dans le débat sur l'intensité de l'examen par le tribunal judiciaire de la compétence de l'arbitre aux termes d'une convention d'arbitrage. L'un requiert que ce soit le tribunal judiciaire qui statue en premier sur la compétence de l'arbitre; il est fondé sur la volonté d'éviter le dédoublement des procédures. Comme le tribunal judiciaire conserve le pouvoir de réviser la décision de l'arbitre concernant sa propre compétence, pourquoi alors laisser ce dernier se prononcer en premier sur cette question? Selon ce point de vue, il est préférable de laisser le tribunal judiciaire trancher immédiatement toute contestation concernant la compétence de l'arbitre. Ce premier courant

approach to questions relating to the jurisdiction of arbitrators.

70 The other school of thought gives precedence to the arbitration process. It is concerned with preventing delaying tactics and is associated with the principle commonly known as the "competence-competence" principle. According to it, arbitrators should be allowed to exercise their power to rule first on their own jurisdiction (Gaillard and Savage, at p. 401).

71 The New York Convention does not expressly require the adoption of either of these schools of thought. Article II(3) reads as follows:

> The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

72 According to some authors, this provision means that referral is the general rule: Gaillard and Savage, at pp. 402-4; F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international* (2005), at pp. 178-79 and 183. Its wording indicates that the court must not rule on the arbitrator's jurisdiction unless the clause is clearly null and void, inoperative or incapable of being performed.

73 The fact that art. II(3) of the New York Convention provides that the court can rule on whether an agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed does not mean that it is required to do so before the arbitrator does, however.

74 The Model Law, which, as I mentioned above, was drafted consistently with the New York Convention, is clearer. First of all, the wording of art. 8(1) of the Model Law is almost identical to that of art. II(3) of the New York Convention. What is more, art. 16 of the Model Law expressly recognizes the competence-competence principle. It reads as follows:

favorise donc une approche judiciaire interventionniste à l'égard des questions touchant à la compétence des arbitres.

L'autre courant donne préséance au processus arbitral. Il tend à prévenir les tactiques dilatoires. Il est associé au principe communément appelé « compétence-compétence ». Il favorise l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence (Gaillard et Savage, p. 401).

La Convention de New York ne dicte pas de façon expresse le choix de l'un ou l'autre des courants. L'article II(3) est rédigé ainsi :

> Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Certains auteurs considèrent que cette disposition signifie que le renvoi est la règle générale : Gaillard et Savage, p. 402-404; F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international* (2005), p. 178-179 et 183. Son texte signalerait que le tribunal ne doit statuer sur la compétence de l'arbitre que lorsque la clause est clairement nulle, inopérante ou inapplicable.

En effet, que le Tribunal puisse, comme le prévoit l'art. II(3) de la Convention de New York, se prononcer sur la caducité, le caractère inopérant ou l'inapplicabilité de la clause, ne signifie cependant pas qu'il ait l'obligation de se prononcer avant que l'arbitre ne le fasse.

La Loi type, qui, je l'ai dit plus tôt, a été rédigée en conformité avec la Convention de New York est plus claire. D'abord, l'art. 8(1) de la Loi type reprend presque textuellement le texte de l'art. II(3) de la Convention de New York. De plus, l'art. 16 de la Loi type admet expressément le principe de compétence-compétence. Voici le texte de cet article :

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ispo jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Some authors argue that the competence-competence principle requires the court to limit itself to a *prima facie* analysis of the application and to refer the parties to arbitration unless the arbitration agreement is manifestly tainted by a defect rendering it invalid or inapplicable: F. Bachand, "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" According to Professor Bachand, this interpretation is confirmed by the legislative history of the Model Law. This approach has also been adopted in a number of countries; France, for example, has formally incorporated the approach in art. 1458 of its *Code de procédure civile.* The *prima*

75

Certains auteurs soutiennent que le principe de compétence-compétence a pour effet d'obliger le tribunal judiciaire à s'en tenir à une analyse sommaire de la demande et de renvoyer les parties à l'arbitrage, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement entachée d'un vice la rendant invalide ou inapplicable : F. Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? ». Le professeur Bachand soutient que cette interprétation est confirmée par l'historique législatif de la Loi type. Cette approche a aussi été adoptée par plusieurs pays, dont la France, qui l'a incorporée formellement à l'art. 1458 de son *Code de procédure*

facie test has also been adopted in Switzerland by way of judicial interpretation: decision of the 1st Civil Court dated April 29, 1996 in *Fondation M. v. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996), cited by Gaillard and Savage, at p. 409.

76 The manifest nullity test is a fairly strict one:

[TRANSLATION] The nullity of an arbitration agreement will be manifest if it is incontestable. . . . As soon as a serious debate arises about the validity of the arbitration agreement, only the arbitrator can validly conduct the review. . . . An apparently valid arbitration clause will never be considered to be manifestly null.

(É. Loquin, "Compétence arbitrale", *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034 (1994), No. 105)

77 Despite the lack of consensus in the international community, the *prima facie* analysis test is gaining acceptance and has the support of many authors: Gaillard and Savage, at pp. 407-13; Bachand, "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" This test is indicative of a deferential approach to the jurisdiction of arbitrators.

78 Having completed this review of international law, I will now consider the state of Quebec law on this issue.

5.2 *Quebec Test for Judicial Intervention in a Case Involving an Arbitration Agreement*

79 The legal framework governing referral to arbitration is set out in the *Code of Civil Procedure*. The relevant provisions read as follows:

940.1 Where an action is brought regarding a dispute in a matter on which the parties have an arbitration agreement, the court shall refer them to arbitration on the application of either of them unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null.

The arbitration proceedings may nevertheless be commenced or pursued and an award made at any time while the case is pending before the court.

. . .

civile. Par interprétation judiciaire, le critère de l'analyse sommaire a aussi été retenu en Suisse : arrêt de la 1re Cour civile du 29 avril 1996 dans la cause *Fondation M. c. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996), citée par Gaillard et Savage, p. 409.

Le critère de nullité manifeste est plutôt strict :

La nullité de la convention d'arbitrage sera manifeste lorsqu'elle sera incontestable [. . .] Dès l'instant qu'il y a discussion sérieuse sur la validité de la convention d'arbitrage, seul l'arbitre peut valablement opérer la vérification [. . .] La clause d'arbitrage, dont la validité est apparente, ne sera jamais considérée comme manifestement nulle.

(É. Loquin, « Compétence arbitrale », *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034 (1994), nº 105)

Malgré l'absence de consensus au sein de la communauté internationale, le critère de l'analyse sommaire est de plus en plus reconnu et jouit de l'appui de nombreux auteurs : Gaillard et Savage, p. 407-413; Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? ». Ce critère est la marque d'une approche respectueuse à l'endroit de la compétence de l'arbitre.

Après ce survol du droit international, il convient d'examiner la position du droit québécois sur la question.

5.2 *Le critère québécois d'intervention judiciaire en présence d'une convention d'arbitrage*

Le cadre juridique du renvoi à l'arbitrage est décrit au *Code de procédure civile*, dont voici les dispositions pertinentes :

940.1 Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.

. . .

943. The arbitrators may decide the matter of their own competence.

943.1 If the arbitrators declare themselves competent during the arbitration proceedings, a party may within thirty days of being notified thereof apply to the court for a decision on that matter.

While such a case is pending, the arbitrators may pursue the arbitration proceedings and make their award.

943.2 A decision of the court during the arbitration proceedings recognizing the competence of the arbitrators is final and without appeal.

It should be noted from the outset that art. 940.1 C.C.P. incorporates the essence of art. II(3) of the New York Convention and of its counterpart in the Model Law, art. 8. Furthermore, art. 943 C.C.P. confers on arbitrators the competence to rule on their own jurisdiction. This article clearly indicates acceptance of the competence-competence principle incorporated into art. 16 of the Model Law.

A review of the case law on arbitration reveals that Quebec courts have often accepted or refused to give effect to arbitration clauses without reflecting on the degree of scrutiny required of them: *C.C.I.C. Consultech International v. Silverman*, [1991] R.D.J. 500 (C.A.); *Banque Nationale du Canada v. Premdev inc.*, [1997] Q.J. No. 689 (QL) (C.A.); *Acier Leroux inc. v. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839 (C.A.); *Robertson Building Systems Ltd. v. Constructions de la Source inc.*, [2006] Q.J. No. 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation v. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] Q.J. No. 329 (QL) (C.A.). However, it can be seen that where the analysis of a clause requires an assessment of contradictory factual evidence, Quebec courts can be reluctant to engage in a review on the merits. For example, in *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL) (C.A.), the buyer sued the seller on the basis of error induced by fraud. The court hearing the case had to decide whether the seller had made false representations to the buyer. The Court of Appeal simply referred the case to arbitration.

943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

943.1 Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet.

Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence.

943.2 La décision du tribunal qui reconnaît, pendant la procédure arbitrale, la compétence des arbitres est finale et sans appel.

On peut, d'emblée, constater que l'art. 940.1 C.p.c. intègre l'essence de l'art. II(3) de la Convention de New York et de son pendant dans la Loi type, l'art. 8. Par ailleurs, l'art. 943 C.p.c. reconnaît à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. Cet article signale clairement l'acceptation du principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 16 de la Loi type. 80

L'examen de la jurisprudence en matière d'arbitrage nous amène à constater que les tribunaux québécois ont souvent accepté ou refusé de donner effet aux clauses d'arbitrage sans s'interroger sur l'intensité de l'examen auquel ils devaient se livrer : *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500 (C.A.); *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.*, [1997] A.Q. nº 689 (QL) (C.A.); *Acier Leroux inc. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839 (C.A.); *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, [2006] J.Q. nº 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] A.Q. nº 329 (QL) (C.A.). On remarque cependant que lorsque l'analyse de la clause requiert l'examen d'une preuve factuelle contradictoire, les tribunaux québécois peuvent se montrer réticents à procéder à un examen au fond. Ainsi, dans *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. nº 5922 (QL) (C.A.), l'acheteur a poursuivi son vendeur pour erreur provoquée par le dol. Cette question exigeait du tribunal saisi qu'il décide si le vendeur avait fait de fausses déclarations à l'acheteur. La Cour d'appel s'est contentée de renvoyer le dossier à l'arbitrage. 81

82 One author suggests that Quebec courts are more deferential as regards the jurisdiction of arbitrators when hearing cases that simply concern the applicability of an arbitration clause, whereas if it is the validity of the same clause that is an issue, the rule they seem to observe is to dispose of the issue immediately: F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, at pp. 190-91. Although I agree that a distinction can be made between a case concerning validity and one concerning applicability, it cannot be said that the Quebec courts have uniformly used or identified this distinction as a criterion for intervening. Nor has it been adopted in the rest of Canada, where the *prima facie* analysis has also been extended to cases concerning the applicability of an arbitration clause: *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (Ont. C.A.). I therefore consider it necessary to pursue the analysis beyond this distinction.

Un auteur suggère que les tribunaux québécois font preuve de plus de respect envers la compétence de l'arbitre lorsqu'ils sont simplement saisis d'une contestation fondée sur l'applicabilité de la clause d'arbitrage, alors que si la question porte sur la validité de cette même clause, ils semblent avoir pour règle de trancher cette question de façon immédiate : F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, p. 190-191. Je reconnais qu'une distinction pourrait être faite entre les cas de validité et d'applicabilité. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est uniformément utilisée ou identifiée par les tribunaux québécois comme critère d'intervention. Je remarque aussi qu'elle n'est pas retenue dans le reste du Canada où l'analyse sommaire est également étendue aux cas d'applicabilité de la clause d'arbitrage : *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A. Ont.). C'est pourquoi j'estime nécessaire de pousser la recherche au-delà de cette distinction.

83 Article 940.1 C.C.P. refers only to cases where the arbitration agreement is null. However, since this provision was adopted in the context of the implementation of the New York Convention (the words of which, in art. II(3), are "null and void, inoperative or incapable of being performed"), I do not consider a literal interpretation to be appropriate. It is possible to develop, in a manner consistent with the empirical data from the Quebec case law, a test for reviewing an application to refer a dispute to arbitration that is faithful to art. 943 C.C.P. and to the *prima facie* analysis test that is increasingly gaining acceptance around the world.

L'article 940.1 C.p.c. ne mentionne que les cas de nullité de la convention d'arbitrage. Cependant, comme cette disposition fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l'art. II(3) sont « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »), je ne crois pas qu'une interprétation littérale soit indiquée. Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d'examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui soit fidèle à l'art. 943 C.p.c. et au critère de l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale.

84 First of all, I would lay down a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator's jurisdiction is based solely on a question of law. This exception is justified by the courts' expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting

Tout d'abord, il convient de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum

referral and by the rule that an arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. It allows a legal argument relating to the arbitrator's jurisdiction to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate. In addition, the danger that a party will obstruct the process by manipulating procedural rules will be reduced, since the court must not, in ruling on the arbitrator's jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause.

auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. De cette façon, l'argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre sera tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d'un débat strictement juridique. De plus, le risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l'obstruction est amenuisé du fait que la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l'application de la clause d'arbitrage.

If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court hearing the referral application must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record. 85

Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

Before departing from the general rule of referral, the court must be satisfied that the challenge to the arbitrator's jurisdiction is not a delaying tactic and that it will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding. This means that even when considering one of the exceptions, the court might decide that to allow the arbitrator to rule first on his or her competence would be best for the arbitration process. 86

Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. Cette dernière exigence signifie que, même si le tribunal est en présence d'une des situations d'exception, il peut décider qu'il est dans l'intérêt du processus arbitral de laisser l'arbitre se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence.

Thus, the general rule of the Quebec test is consistent with the competence-competence principle set out in art. 16 of the Model Law, which has been incorporated into art. 943 C.C.P. As for the exception under which a court may rule first on questions of law relating to the arbitrator's jurisdiction, this power is provided for in art. 940.1 C.C.P., which in fact recognizes that a court can itself find that the agreement is null rather than referring this issue to arbitration. 87

Ainsi, la règle générale du critère québécois est conforme au principe de compétence-compétence prévu à l'art. 16 de la Loi type et incorporé à l'art. 943 C.p.c. Quant à la dérogation permettant aux tribunaux de trancher de façon initiale les questions de droit relatives à la compétence de l'arbitre, il s'agit d'un pouvoir prévu à l'art. 940.1 C.p.c., qui reconnaît justement aux tribunaux le pouvoir de constater eux-mêmes la nullité de la convention au lieu de renvoyer cette question à l'arbitrage.

In the case at bar, the parties have raised questions of law relating to the application of the 88

En l'espèce, les parties ont soulevé des questions de droit portant sur l'application des dispositions du

provisions on Quebec private international law and to whether the class action is of public order. There are a number of other arguments, however, that require an analysis of the facts in order to apply the law to this case. This is true of the attempt to identify a foreign element in the circumstances of the case. Likewise, the external nature of the arbitration clause requires not only an interpretation of the law, but also a review of the documentary and testimonial evidence introduced by the parties. According to the test discussed above, the matter should have been referred to arbitration.

89 Considering the status of the case, it would be counterproductive for this Court to refer it to arbitration, thereby exposing the parties to a new round of proceedings. It would therefore be preferable to deal with all the questions here. I have already discussed the application of art. 3149 C.C.Q. and the question of the foreign element. I will now consider the external clause issue.

6. External Nature of the Arbitration Clause

90 In 1994, the legislature introduced arts. 1435 to 1437 C.C.Q. — which lay down special rules on the validity of certain clauses typically found in contracts of adhesion or consumer contracts — into the law of contractual obligations. Although all these rules share a general purpose of protecting the weakest and most vulnerable contracting parties, they concern different types of clauses (external, illegible, incomprehensible and abusive) and are accordingly aimed at different types of abuse. For example, whereas the notion of the external clause (art. 1435 C.C.Q.) traditionally concerns contract clauses that are physically separate from the main document, that of the illegible clause (art. 1436 C.C.Q.) concerns clauses that are not separate from the main document but are, owing to their physical presentation, illegible for a reasonable person. Thus, a clause that is [TRANSLATION] "buried among a large number of other clauses" because of its location in the contract is characterized as illegible: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at p. 897; B. Lefebvre, "Le contrat d'adhésion" (2003), 105 *R. du N.* 439, at p. 479. An incomprehensible clause (art. 1436 C.C.Q.) is one

droit international privé québécois et le caractère d'ordre public du recours collectif. Plusieurs autres moyens requéraient cependant une analyse des faits pour déterminer l'application à l'espèce des règles de droit. Il en va ainsi de la recherche de l'élément d'extranéité dans les faits de l'affaire. De même le caractère externe de la clause d'arbitrage requiert non seulement l'interprétation du droit mais aussi l'examen de la preuve documentaire et testimoniale présentée par les parties. En vertu du critère décrit ci-dessus, l'affaire aurait dû être renvoyée à l'arbitrage.

Vu l'état du dossier, il serait contreproductif pour notre Cour de renvoyer le dossier à l'arbitrage et d'exposer ainsi les parties à une nouvelle série de procédures. Il est donc souhaitable de traiter ici de toutes les questions. J'ai déjà discuté de l'application de l'art. 3149 C.c.Q. et de la recherche du facteur d'extranéité. J'examine maintenant la question de la clause externe.

6. Le caractère externe de la clause d'arbitrage

En 1994, le législateur a introduit dans le droit des obligations contractuelles les art. 1435 à 1437 C.c.Q., qui sont des règles particulières concernant la validité de certaines clauses contenues typiquement dans des contrats d'adhésion ou de consommation. Bien que ces règles aient toutes pour objet général la protection des parties contractantes plus faibles et vulnérables, chacune d'entre elles sanctionne différentes sortes de clauses (externes, illisibles, incompréhensibles et abusives) et s'attaque en conséquence à différents types d'abus. Par exemple, alors que la notion de clause externe (art. 1435 C.c.Q.) vise traditionnellement les clauses contractuelles qui sont physiquement séparées du document principal, la notion de clause illisible (art. 1436 C.c.Q.) vise, quant à elle, les clauses qui ne sont pas séparées du document principal mais dont la présentation physique les rend illisibles pour une personne raisonnable. C'est ainsi que l'on qualifie d'illisible la clause qui est « noyée parmi un grand nombre d'autres clauses » en raison de l'endroit où elle est située dans le contrat : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), p. 897; B. Lefebvre, « Le contrat d'adhésion » (2003), 105

that is drafted so poorly that its content is unintelligible or excessively ambiguous.

In the case at bar, the Union argues that, pursuant to art. 1435 C.C.Q., the arbitration clause is null because it is an external clause and because it has not been proven that Mr. Dumoulin knew of its existence. Article 1435 reads as follows:

1435. An external clause referred to in a contract is binding on the parties.

In a consumer contract or a contract of adhesion, however, an external clause is null if, at the time of formation of the contract, it was not expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, unless the other party proves that the consumer or adhering party otherwise knew of it.

This provision begins with a recognition that an external clause referred to in a contract is valid. However, its purpose is to remedy abuses resulting from the inclusion by reference of clauses that one of the parties is unaware of: Civil Code Revision Office, vol. II, t. 2, at pp. 601-2; *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at pp. 870-71. A party wishing to apply a clause that is external to a consumer contract or a contract of adhesion must prove that it was expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, or that the consumer or adhering party otherwise knew of it.

In the absence of a statutory definition, the authors have undertaken to define the external clause concept. An external clause is a contractual stipulation [TRANSLATION] "set out in a document that is separate from the agreement or instrument but that, according to a clause of this agreement, is deemed to be an integral part of it": *Baudouin et Jobin: Les obligations* (6th ed. 2005), at p. 267. A clause is external if it is physically separate from the contract: Lluelles and Moore, at p. 748. A clause found on the back of a contract or in a schedule at the end of it is not an external clause, because it is an integral part of the contract; art. 1435 C.C.Q. does not apply to such a clause.

R. du N. 439, p. 479. Par clause incompréhensible (art. 1436 C.c.Q.), on entend une clause dont la formulation est défectueuse, ce qui rend son contenu inintelligible ou trop ambigu.

91 En l'espèce, l'Union prétend qu'en vertu de l'art. 1435 C.c.Q. la clause d'arbitrage est nulle, parce qu'il s'agit d'une clause externe dont la connaissance par M. Dumoulin n'a pas été prouvée. Cet article est rédigé ainsi :

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

92 Cette disposition reconnaît d'abord la validité d'une clause externe à laquelle un contrat renvoie. Elle vise cependant à remédier aux abus découlant de l'insertion, par référence, de stipulations inconnues d'une des parties : Office de révision du Code civil, vol. II, t. 2, p. 612; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 870-871. La partie qui veut prendre avantage d'une clause externe à un contrat de consommation ou d'adhésion doit prouver qu'elle a été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent, ou que ceux-ci en avaient par ailleurs connaissance.

93 Faute de définition législative, la doctrine s'est chargée de définir la notion de clause externe. Il s'agit d'une stipulation contractuelle « figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée en faire partie intégrante » : *Baudouin et Jobin : Les obligations* (6e éd. 2005), p. 267. La clause est externe si elle est physiquement séparée du contrat : Lluelles et Moore, p. 748. Une clause se trouvant à l'endos du contrat ou dans une annexe à la fin de celui-ci n'est pas externe, parce qu'elle fait partie intégrante du contrat. Elle n'est pas visée par l'art. 1435 C.c.Q.

94 The case at bar is the first in which the Quebec Court of Appeal has had to consider whether a contract clause that can be accessed by means of a hyperlink in a contract entered into via the Internet can be considered to be an external clause. Previous disputes concerning the external nature of contractual stipulations have concerned paper documents.

95 Some aspects of electronic documents are covered by the law. In light of the growing number of juridical acts entered into via the Internet, the Quebec legislature has intervened and laid down rules relating to this new environment. Thus, the *Act to establish a legal framework for information technology*, R.S.Q., c. C-1.1, provides that documents have the same legal value whether they are paper or technology-based documents (s. 5). A contract may therefore be entered into using either an electronic medium — by, for example, filling out a form on a Web page — or paper: V. Gautrais, *Know your law: Guide respecting the management of technology-based documents* (2005), at p. 23.

96 Despite the efforts to harmonize the rules via legislation, there are legal rules that are not always easy to apply in the context of the Internet. This is true, for example, in the case of external clauses, since the traditional test of physical separation cannot be transposed without qualification to the context of electronic commerce.

97 A Web page may contain many links, each of which leads in turn to a new Web page that may itself contain many more links, and so on. Obviously, it cannot be argued that all these different but interlinked pages constitute a single document, or that the entire Web, as it scrolls down a user's screen, is just one document. However, it is difficult to accept that the need for a single command by the user would be sufficient for a finding that the provision governing external clauses is applicable. Such an interpretation would be inconsistent with the reality of the Internet environment, where no real distinction is made between scrolling through a document

La présente affaire est la première dans laquelle la Cour d'appel du Québec a eu à se demander dans quelle mesure une clause contractuelle accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet peut constituer une clause externe. Jusqu'à maintenant, les contestations concernant le caractère externe des stipulations contractuelles visaient des documents sur support papier.

Certains aspects des documents informatiques sont régis par la loi. En effet, devant le nombre croissant d'actes juridiques conclus par Internet, le législateur québécois est intervenu et a énoncé des règles relatives à ce nouvel environnement. Ainsi, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., ch. C-1.1, prévoit qu'un document a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique (art. 5). Un contrat peut donc être conclu aussi bien en utilisant un support électronique qu'un support papier, par exemple en remplissant un formulaire sur une page Internet : V. Gautrais, *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques* (2005), p. 23.

Malgré les efforts d'harmonisation par voie législative, l'application de certaines règles de droit dans le contexte de l'Internet ne se fait pas toujours sans difficulté. C'est notamment le cas des clauses externes pour lesquelles le critère traditionnel de séparation physique ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique.

Une page Internet peut comporter une multitude de liens, chacun conduisant à son tour à une nouvelle page Internet susceptible d'en comporter elle aussi une multitude, et ainsi de suite. À l'évidence, l'on ne saurait prétendre que toutes ces différentes pages reliées entre elles constituent un seul document, voire que l'ensemble du Web défilant devant l'écran de l'internaute n'est qu'un seul et même document. Par ailleurs, il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes. Une telle interprétation serait détachée de la réalité de

and using a hyperlink. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. There is no reason to favour one configuration over the other. To determine whether clauses on the Internet are external clauses, therefore, it is necessary to consider another rule that, although not expressly mentioned in art. 1435 C.C.Q., is implied by it.

Thus, a number of authors have stressed that, for an external clause to be binding on the parties, it must be reasonably accessible: Lluelles and Moore, at p. 753; *Baudouin et Jobin: Les obligations*, at p. 268. A contracting party cannot argue that a contract clause is binding unless the other party had a reasonable opportunity to read it. For this, the other party must have had access to it. Where a contract has been negotiated and all its terms and conditions are set out in the contract itself, the problem of accessibility does not arise, since all the clauses are part of a single document. Where the contract refers to an external document, however, accessibility is an implied precondition for setting up the clause against the other party.

The implied precondition of accessibility is a useful tool for the analysis of an electronic document. Thus, a clause that requires operations of such complexity that its text is not reasonably accessible cannot be regarded as an integral part of the contract. Likewise, a clause contained in a document on the Internet to which a contract on the Internet refers, but for which no hyperlink is provided, will be an external clause. Access to the clause in electronic format should be no more difficult than access to its equivalent on paper. This proposition flows both from the interpretation of art. 1435 C.C.Q. and from the principle of functional equivalence that underlies the *Act to establish a legal framework for information technology.*

l'environnement Internet, où l'on ne fait pas de distinction concrète entre le déroulement du document et l'utilisation d'un hyperlien. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Il n'y a pas de raison de privilégier une configuration plutôt qu'une autre. La détermination du caractère externe des clauses sur Internet requiert donc de prendre en considération une autre règle qui, si elle n'est pas explicitement mentionnée à l'art. 1435 C.c.Q., y est néanmoins implicite.

98 Ainsi, plusieurs auteurs soulignent que, pour qu'une clause externe à un contrat puisse lier les parties, elle doit être raisonnablement accessible : Lluelles et Moore, p. 753; *Baudouin et Jobin : Les obligations*, p. 268. En effet, pour qu'un contractant puisse invoquer la force obligatoire d'une clause contractuelle, il faut que l'autre contractant ait eu une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance. Pour ce faire, il faut qu'il y ait eu accès. Dans un contrat négocié faisant état de toutes les conditions contractuelles, le problème d'accessibilité ne survient pas parce que toutes les clauses font partie d'un même document. L'accessibilité est cependant une condition d'opposabilité préalable implicite lorsque le contrat renvoie à un document externe.

99 La condition préalable implicite d'accessibilité s'avère un instrument utile pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Cet énoncé découle tant de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. que du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.*

100 The evidence in the record shows that the consumer could access the page of Dell's Web site containing the arbitration clause directly by clicking on the highlighted hyperlink entitled "Terms and Conditions of Sale". This link reappeared on every page the consumer accessed. When the consumer clicked on the link, a page containing the terms and conditions of sale, including the arbitration clause, appeared on the screen. From this point of view, the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page.

Il ressort de la preuve au dossier que le consommateur peut accéder directement à la page du site Internet de Dell où figure la clause d'arbitrage en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente » (ou « *Terms and Conditions of Sale* » dans la version anglaise de ce site). Ce lien est reproduit à chaque page à laquelle le consommateur accède. Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.

101 In my view, the consumer's access to the arbitration clause was not impeded by the configuration of the clause; to read it, he or she needed only to click once on the hyperlink to the terms and conditions of sale. The clause is therefore not an external one within the meaning of the *Civil Code of Québec*.

À mon avis, l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente. La clause d'arbitrage ne constitue donc pas une clause externe au sens du *Code civil du Québec*.

102 The Union submits that the NAF Code, too, is an external document and cannot be set up against Mr. Dumoulin, the consumer in the instant case. According to the Union, the hyperlink merely led to the home page of the NAF's Web site, and to access the NAF Code, consumers had to pursue their searches beyond the home page. At first glance, the need to pursue a search beyond the home page seems to me to be insufficient to support a finding that the NAF Code is an external document. Without further evidence regarding access problems, I find that the argument must be rejected. Furthermore, even if the NAF Code were an external document, this argument would not be sufficient to decide the issue of the arbitrator's jurisdiction. If the NAF Code were in fact an external clause and therefore null pursuant to art. 1435 C.C.Q., that would not affect the validity of the arbitration clause. The arbitration procedure would then simply be governed by the C.C.P.

L'Union soutient que le Code du NAF est lui aussi un document externe inopposable au consommateur, M. Dumoulin. Selon l'Union, l'hyperlien mène seulement à la page d'accueil du site Internet du NAF et, pour accéder au texte du Code du NAF, le consommateur doit pousser sa recherche au-delà de la page d'accueil. À première vue, le fait de pousser la recherche au-delà de la page d'accueil me paraît insuffisant pour conclure que le Code du NAF est un document externe. Sans plus de preuve quant aux difficultés d'accès, j'estime que l'argument ne peut être retenu. Par ailleurs, même si le Code du NAF était un document externe, cet argument ne permettrait pas de trancher la question de la compétence de l'arbitre. En effet, à supposer que le Code du NAF soit une clause externe nulle au sens de l'art. 1435 C.c.Q., ceci n'affecterait pas la validité de la clause d'arbitrage. La procédure d'arbitrage serait alors simplement régie par le C.p.c.

103 In concluding, I would like to point out, relying only on the facts in the record and having heard no specific arguments on the issue of an illegible or

Je termine en soulignant que, suivant les seuls faits figurant au dossier et sans le bénéfice d'un argument précis sur le caractère illisible ou

incomprehensible arbitration clause, that I would have reached the same conclusion even if the Union had also argued that the clause was illegible or incomprehensible within the meaning of art. 1436 C.C.Q. As was mentioned above, the highlighted hyperlink appeared on every page the consumer accessed, and no evidence was adduced that could lead to the conclusion that the text was difficult to find in the document, or that it was hard to read or to understand.

I would also note that in this Court, the Union argued generally that the arbitration clause was abusive. This argument is based on the prohibition under art. 1437 C.C.Q. However, since no submissions were made in support of this allegation, I will simply find that the Union has not demonstrated its merits.

7. Availability of the Class Action Where There is an Arbitration Clause

As a separate ground in support of the argument that the arbitration clause cannot be set up against Mr. Dumoulin's motion, the Union relies on art. 2639 C.C.Q. and submits that because this is a class action, the dispute is of public order and therefore cannot be submitted to arbitration. Thus, Dell is not entitled to request that the dispute be referred to arbitration, and the class action must be heard on the merits. In my opinion, the Union's argument must be rejected. The class action is a procedure, and its purpose is not to create a new right.

The procedural framework for the class action was added to the *Code of Civil Procedure* in 1979. It is accepted that the class action has a social dimension: "Its purpose is to facilitate access to justice for citizens who share common problems and would otherwise have little incentive to apply to the courts on an individual basis to assert their rights" (*Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19, at para. 16) or might lack the financial means to do so. From this perspective, the class action is clearly of public interest. However, the first introductory provision of Book IX of the *Code of Civil Procedure* — Class

incompréhensible de la clause d'arbitrage, ma conclusion aurait été la même si l'Union avait aussi plaidé que la clause était illisible ou incompréhensible au sens de l'art. 1436 C.c.Q. Comme il a été mentionné précédemment, l'hyperlien en surbrillance paraît à chaque page à laquelle le consommateur accède et il n'a été présenté aucune preuve permettant de conclure que le texte était difficile à repérer à l'intérieur du document, ou qu'il était difficile à lire ou à comprendre.

104 Je souligne également que, devant notre Cour, l'Union a plaidé, de façon générale, le caractère abusif de la clause d'arbitrage. Ce moyen repose sur la prohibition prévue à l'art. 1437 C.c.Q. Cependant, comme l'Union n'a présenté aucun argument à l'appui de cette allégation, je me limiterai à constater que l'Union n'a pas démontré le bien-fondé de celle-ci.

7. L'opposabilité du recours collectif en présence d'une clause d'arbitrage

105 Comme motif distinct d'inopposabilité de la clause d'arbitrage à la requête de M. Dumoulin, l'Union invoque l'art. 2639 C.c.Q. et soutient que, parce qu'il s'agit d'un recours collectif, le différend intéresse l'ordre public et ne peut de ce fait être soumis à l'arbitrage. Il s'ensuivrait donc que Dell n'a pas le droit de demander le renvoi à l'arbitrage et que le recours collectif doit être entendu au fond. À mon avis, la prétention de l'Union doit être rejetée. Le recours collectif est une procédure qui n'a pas pour objet de créer un nouveau droit.

106 Le régime procédural du recours collectif a été introduit dans le *Code de procédure civile* en 1979. Il est reconnu que la procédure de recours collectif a une portée sociale. « Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits » (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, par. 16) ou n'auraient pas les moyens financiers pour le faire. En ce sens, le recours collectif est certainement un régime d'intérêt public. Cependant, la première disposition introductive du livre IX du

Action — reminds us that, as important as it may be, the class action is only a legal procedure:

999. . . .

(*d*) "class action" means the procedure which enables one member to sue without a mandate on behalf of all the members.

. . .

107 This position was already accepted at the time Book IX was enacted:

[TRANSLATION] The class action is not a right (*jus*); it is a procedure. It is not, in itself, even a means to exercise a right, a remedy in the sense of the maxim *ubi jus, ibi remedium*. It is merely a special mechanism that is applied to an existing means to exercise an existing right in order to "collectivize" it.

(M. Bouchard, "L'autorisation d'exercer le recours collectif" (1980), 21 *C. de D.* 855, at p. 864)

The notion that the class action procedure does not create new rights has been reiterated on numerous occasions, including recently by this Court in *Bisaillon*, at paras. 17 and 22.

108 In the case at bar, the parties agreed to submit their disputes to binding arbitration. The effect of an arbitration agreement is recognized in Quebec law: art. 2638 C.C.Q. Obviously, if Mr. Dumoulin had brought the same action solely as an individual, the Union's argument based on the class action being of public order could not have been advanced to prevent the court hearing the action from referring the parties to arbitration. Does the mere fact that Mr. Dumoulin instead decided to bring the matter before the courts by instituting a class action affect the admissibility of his action? In light of the reasons of LeBel J., writing for the majority in *Bisaillon*, at para. 17, the answer is no: "[the class action] cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so".

Code de procédure civile — Le recours collectif — rappelle que, aussi important soit-il, le recours collectif ne demeure qu'un moyen de procédure :

999. . . .

d) « recours collectif » : le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres.

. . .

Cette position était déjà admise à l'époque où le livre IX a été adopté :

Le recours collectif n'est pas un droit (*jus*); c'est un moyen. Ce n'est même pas en soi une façon d'exercer un droit, un « remède » au sens de la maxime *ubi jus, ibi remedium*. Ce n'est qu'un mécanisme particulier qui vient s'appliquer, pour la « collectiviser », à une façon déjà existante d'exercer un droit déjà existant.

(M. Bouchard, « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855, p. 864)

Quant à l'énoncé suivant lequel la procédure de recours collectif ne crée pas de nouveaux droits, il a été réitéré à de nombreuses reprises, y compris récemment par notre Cour dans l'arrêt *Bisaillon*, par. 17 et 22.

En l'espèce, les parties se sont engagées à soumettre leurs différends à l'arbitrage obligatoire. L'effet de la convention d'arbitrage est reconnue par le droit québécois : art. 2638 C.c.Q. Si M. Dumoulin avait intenté le même recours mais uniquement à titre individuel, l'argument de l'Union fondé sur le caractère d'ordre public du recours collectif ne pourrait évidemment plus être invoqué pour s'opposer à ce que le tribunal judiciaire saisi de l'action renvoie les parties à l'arbitrage. Le seul fait que M. Dumoulin ait plutôt décidé de s'adresser aux tribunaux au moyen de la procédure de recours collectif a-t-il pour effet de modifier la recevabilité de son action? Suivant les motifs exprimés par le juge LeBel, pour la majorité, dans *Bisaillon*, au par. 17, la réponse est négative : « la procédure du recours collectif ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas ».

Moreover, the Union's argument that the class action is a matter of public order that may not be submitted to arbitration has lost its force as a result of this Court's decision in *Desputeaux*. In that case, one of the parties had invoked the same provision, art. 2639 C.C.Q., to argue that the dispute over ownership of the copyright in a fictitious character, Caillou, was a question of public order that could not be submitted to arbitration. The Court held that the concept of public order referred to in art. 2639 C.C.Q. must be interpreted narrowly and is limited to matters analogous to those enumerated in that provision: paras. 53-55. In the case at bar, neither Mr. Dumoulin's hypothetical individual action nor the class action is a dispute over the status and capacity of persons, family law matters or analogous matters.

Par ailleurs, l'argument de l'Union suivant lequel le recours collectif est une question intéressant l'ordre public qui ne peut être assujettie à l'arbitrage a perdu de sa force à la suite de l'arrêt de notre Cour dans *Desputeaux*. Dans cette affaire, l'une des parties avait invoqué le même art. 2639 C.c.Q. pour soutenir que le différend portant sur la propriété des droits d'auteur liés au personnage fictif Caillou était une question intéressant l'ordre public, qui ne pouvait donc être soumise à l'arbitrage. La Cour a affirmé que la notion d'ordre public comprise à l'art. 2639 C.c.Q. devait recevoir une interprétation restrictive et se limitait aux seules matières analogues à celles énumérées à cette disposition : par. 53-55. En l'espèce, ni l'hypothétique action individuelle de M. Dumoulin, ni la procédure de recours collectif ne sont des différends portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou encore sur des matières analogues. 109

Consequently, the Union's argument relating to the public order nature of the class action must fail. I must now rule on the application of Bill 48, which came into force after this appeal was heard.

Par conséquent, l'argument de l'Union relatif au caractère d'ordre public de la procédure de recours collectif ne peut être retenu. Il reste maintenant à statuer sur la question de l'application de la Loi 48, laquelle est entrée en vigueur après l'audition du présent pourvoi. 110

8. Application of the *Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*

Bill 48 was enacted on December 14, 2006 (S.Q. 2006, c. 56). It introduces a number of measures, only one of which is relevant to the case at bar: the addition to the *Consumer Protection Act* of a provision on arbitration clauses. This provision reads as follows:

8. Application de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*

La Loi 48 a été adoptée le 14 décembre 2006 (L.Q. 2006, ch. 56). Cette loi comporte plusieurs mesures, dont une seule est pertinente en l'espèce. Il s'agit de celle qui ajoute à la *Loi sur la protection du consommateur* une disposition régissant les stipulations d'arbitrage. Cette disposition est rédigée ainsi : 111

2. The Act is amended by inserting the following section after section 11:

"**11.1.** Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer's right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited.

2. Cette loi est modifiée par l'insertion, après l'article 11, du suivant :

« **11.1.** Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration."

The question that arises is whether this new provision applies to the facts of the instant case.

112 Pursuant to s. 18 of Bill 48, s. 2 came into force on December 14, 2006. Section 18 reads as follows:

18. The provisions of this Act come into force on 14 December 2006, except section 1, which comes into force on 1 April 2007, and sections 3, 5, 9 and 10, which come into force on the date or dates to be set by the Government, but not later than 15 December 2007.

Bill 48 has only one transitional provision, s. 17, which provides that the new ss. 54.8 to 54.16 of the *Consumer Protection Act* do not apply to contracts entered into before the coming into force of the Bill. The instant case is not one in which s. 17 is applicable. However, if ss. 17 and 18 are read together, it would seem at first glance that, aside from the provisions referred to in s. 17, Bill 48 applies to contracts entered into before its coming into force. Is this true? And is Bill 48 applicable in the case at bar?

113 Professor P.-A. Côté writes in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 169, that "retroactive operation of a statute is highly exceptional, whereas prospective operation is the rule". He adds that "[a] statute has immediate effect when it applies to a legal situation that is ongoing at the moment of its commencement: the new statute governs the future developments of this situation" (p. 152). A legal situation is ongoing if the facts or effects are occurring at the time the law is being modified (p. 153). A statute of immediate effect can therefore modify the future effects of a fact that occurred before the statute came into force without affecting the prior legal situation of that fact.

114 To make it clear what is meant by an ongoing situation and one whose facts and effects have occurred in their entirety, it will be helpful to consider the example of the obligation to warrant against latent

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. »

La question qui se pose est de savoir si cette nouvelle disposition s'applique aux faits de l'espèce.

Par l'effet de l'art. 18 de la Loi 48, l'art. 2 est entré en vigueur le 14 décembre 2006. Voici le texte de l'art. 18 :

18. La présente loi entre en vigueur le 14 décembre 2006, à l'exception de l'article 1, qui entrera en vigueur le 1er avril 2007, et des articles 3, 5, 9 et 10, qui entreront en vigueur à la date ou aux dates fixées par le gouvernement, mais au plus tard le 15 décembre 2007.

La Loi 48 comporte une seule disposition transitoire, l'art. 17, lequel prévoit que les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi sont exclus de l'application des nouveaux art. 54.8 à 54.16 de la *Loi sur la protection du consommateur.* Ce n'est pas le cas en l'espèce. Cependant si l'on fait une lecture corrélative des art. 17 et 18, il semble à première vue que, sauf les dispositions visées à l'art. 17, la Loi 48 s'applique aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Est-ce le cas? Et qu'en est-il de l'application de la Loi 48 à l'instance en cours?

Comme l'a écrit le professeur P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 213, « l'effet de la loi dans le passé est tout à fait exceptionnel, alors que l'effet immédiat dans le présent est normal ». « Il y a effet immédiat de la loi nouvelle lorsque celle-ci s'applique à l'égard d'une situation juridique en cours au moment où elle prend effet : la loi nouvelle gouvernera alors le déroulement futur de cette situation » (p. 191). Une situation juridique est en cours lorsque les faits ou les effets sont en cours de déroulement au moment de la modification du droit (p. 192). Une loi d'application immédiate peut donc modifier les effets à venir d'un fait survenu avant l'entrée en vigueur de cette loi, sans remettre en cause le régime juridique antérieur en vigueur lorsque ce fait est survenu.

Pour aider à bien comprendre ce qu'est une situation en cours et une situation entièrement survenue, il est utile de reprendre l'exemple de l'obligation de garantie contre les vices cachés utilisée par les

defects cited by professors P.-A. Côté and D. Jutras in *Le droit transitoire civil: Sources annotées* (loose-leaf), at p. 2-36. This obligation comes into existence upon the conclusion of the sale, but the warranty clause does not produce tangible effects unless a problem arises with the property sold. The warranty comes into play either when the vendor is put in default or when a claim is made. Once all the effects of the warranty have occurred, the situation is no longer ongoing and the new legislation will not apply to the situation unless it is retroactive.

professeurs P.-A. Côté et D. Jutras, *Le droit transitoire civil : Sources annotées* (feuilles mobiles), p. 2-36. L'obligation de garantie existe dès la conclusion de la vente, mais la stipulation de garantie ne produit d'effets concrets que lorsqu'un problème relié au bien vendu se manifeste. La garantie entre en action soit lors de la mise en demeure, soit lors de la réclamation. Lorsque les effets de la garantie se sont entièrement produits, il ne s'agit plus d'une situation en cours et la loi nouvelle ne s'applique pas à cette situation à moins que cette loi ne soit rétroactive.

Can the facts of the case at bar be characterized as those of an ongoing legal situation? If they can, the new legislation applies. If all the effects of the situation have occurred, the new legislation will not apply to the facts.

Les faits de l'espèce peuvent-ils être qualifiés de situation juridique en cours? Si c'est le cas, la loi nouvelle s'applique. Si la situation est entièrement survenue, la loi nouvelle ne s'appliquera pas aux faits. 115

The only condition for application of Dell's arbitration clause is that a claim against Dell, or a dispute or controversy between the customer and Dell, must arise (clause 13C of the Terms and Conditions of Sale). All the facts of the legal situation had therefore occurred once Mr. Dumoulin notified Dell of his claim. Thus, all the facts giving rise to the application of the binding arbitration clause had occurred in their entirety before Bill 48 came into force.

La seule condition de mise en œuvre de la clause d'arbitrage de Dell est la naissance d'une réclamation, d'un conflit ou d'une controverse contre Dell (clause 13C des Conditions de vente). La situation juridique est donc entièrement survenue lorsque M. Dumoulin a communiqué sa réclamation à Dell. Ainsi, tous les faits donnant lieu à l'application de la clause d'arbitrage obligatoire se sont entièrement produits avant l'entrée en vigueur de la Loi 48. 116

Since there is nothing in Bill 48 that might lead to the conclusion that it applies retroactively, there is no reason to give it such a scope.

Comme la Loi 48 ne comporte aucune indication permettant de conclure qu'elle s'applique de façon rétroactive, il n'y a pas lieu de lui donner une telle portée. 117

Moreover, to interpret Bill 48 as having retroactive effect would be problematic. First, retroactive operation is exceptional: Côté, at pp. 114-15; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 553-54. Where a law is ambiguous and admits of two possible interpretations, an interpretation according to which it does not have retroactive effect will be preferred: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 742-45.

D'ailleurs, une interprétation rétroactive de la Loi 48 serait problématique. Premièrement, la rétroactivité demeure l'exception : Côté, p. 142-143; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 553-554. Dans la mesure où une loi est ambiguë et donne lieu à deux interprétations possibles, on favorisera une interprétation non rétroactive de la loi : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 742-745. 118

Second, I find it highly unlikely that the legislature intended that s. 2 should apply to *all* arbitration

Deuxièmement, il m'apparaît fort improbable que le législateur ait voulu que l'art. 2 s'applique 119

clauses in force before December 14, 2006. For example, neither a consumer who is a party to an arbitration that is under way nor a consumer whose claims have already been rejected by an arbitrator should be able to rely on s. 2 and argue that the arbitration clause binding him or her and the merchant is invalid in order to request a stay of proceedings or to have the unfavourable arbitration award set aside. Failing a clear indication to the contrary, when a dispute is submitted for a decision, the decision maker must apply the law as it stands at the time the facts giving rise to the right occurred.

120 I accordingly conclude that since the facts triggering the application of the arbitration clause had already occurred before s. 2 of Bill 48 came into force, this provision does not apply to the facts of the case at bar.

9. Disposition

121 For these reasons, I would allow the appeal, reverse the Court of Appeal's judgment, refer Mr. Dumoulin's claim to arbitration and dismiss the motion for authorization to institute a class action, with costs.

The reasons of Bastarache, LeBel and Fish JJ. were delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

I. Introduction

122 In this appeal, our Court must decide whether an arbitration clause in an Internet consumer contract bars access to a class action procedure in the province of Quebec. For the reasons which follow, we hold that the clause at issue is of no effect and cannot be set up against the consumer who seeks the authorization to initiate a class action. As a result, we would dismiss the appeal.

à *toutes* les clauses d'arbitrage en vigueur avant le 14 décembre 2006. Par exemple, un consommateur qui serait partie à un arbitrage en cours ou même un consommateur dont les prétentions n'auraient pas été retenues par l'arbitre ne devrait pas être fondé à invoquer l'art. 2 et à prétendre que la clause d'arbitrage le liant au commerçant est invalide, et ainsi à réclamer l'arrêt de l'instance ou obtenir l'annulation de la sentence arbitrale qui lui serait défavorable. À moins d'indication claire à l'effet contraire, lorsqu'un litige est soumis pour décision, le décideur doit se reporter à la loi en vigueur au moment où les faits générateurs de droit se sont produits.

Par conséquent, j'arrive à la conclusion que, comme les faits entraînant la mise en œuvre de la clause d'arbitrage s'étaient déjà produits avant la date d'entrée en vigueur de l'art. 2 de la Loi 48, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce.

9. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de renvoyer la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, le tout avec dépens.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Fish rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL (dissidents) —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de consommation électronique fait obstacle à l'exercice d'un recours collectif dans la province de Québec. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la clause en litige est inopérante et inopposable au consommateur sollicitant l'autorisation d'exercer un recours collectif. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

Over the weekend between April 4, 2003 and April 7, 2003, Dell showed some erroneous prices on one page of its Web site, the "shopping page" for its Axim X5 line of handheld computers. On this specific page, the Axim X5 300 MHz and 400 MHz were announced at a price of $89 and $118 respectively. It appears that the actual pricing should have read $379 and $549 respectively and that the error was due to a technical problem with one of Dell's database systems.

The error was discovered by Dell on Saturday, April 5th. Dell immediately tried to correct it by erecting an electronic barrier to block access to the faulty page through the generally publicized homepage www.Dell.ca. However, Dell overlooked the fact that it was still possible to access the blocked page through a "deep-link", a direct hyperlink that permits Web users to have access to a particular page without having to go through the Web site's homepage. It appears that many people were able to access the faulty page through this means and that an unusually high number of Axim X5 handheld computers were ordered at the erroneous prices over the weekend. The respondent Dumoulin is one of the persons who placed an order in this way, having ordered, on April 7th, an Axim X5 300 MHz at the erroneous price of $89 after having accessed the shopping page of the Axim X5 handheld computers through its deep-link.

On Monday, April 7th, at 9:30 a.m., the technical problem with the shopping page was fixed and access through the homepage was re-established at 2:30 p.m. Later that day, Dell published a correction notice on its Web site informing customers of the pricing error and of the fact that all orders for the Axim X5 handheld computers with incorrect pricing would not be processed.

The following day, Dumoulin received an e-mail informing him of the pricing error and also that his order would not be processed. He answered by putting Dell on notice to honour its advertised sale price. His request having been denied, Union des consommateurs, on behalf of Dumoulin, decided

II. Contexte

123 Au cours de la fin de semaine du 4 au 7 avril 2003, Dell a annoncé sa gamme d'ordinateurs de poche Axim X5 à des prix erronés sur la « page d'achat » de son site Web. Les modèles Axim X5 300 MHz et 400 MHz y étaient respectivement annoncés au prix de 89 $ et de 118 $. Il semble que les prix véritables étaient de 379 $ et de 549 $ respectivement et que l'erreur résultait d'un problème technique relié à l'un des systèmes de base de données de Dell.

124 Dell a découvert l'erreur le samedi 5 avril. Elle a immédiatement tenté de la corriger en érigeant une barrière électronique visant à bloquer l'accès à la page fautive à partir de la page d'accueil, dont l'adresse généralement publicisée est www.Dell.ca. Or, Dell a oublié qu'il était toujours possible d'accéder à la page bloquée au moyen d'un « lien profond », soit un hyperlien direct qui permet aux internautes l'accès à une page en particulier sans passer par la page d'accueil. De nombreuses personnes semblent avoir ainsi accédé à la page fautive et un nombre inhabituellement élevé d'ordinateurs de poche Axim X5 ont été commandés à prix erronés au cours de la fin de semaine. L'intimé, M. Dumoulin, est l'une des personnes ayant ainsi commandé, le 7 avril, un Axim X5 300 MHz au prix erroné de 89 $ après avoir accédé au moyen du lien profond à la page d'achat des ordinateurs de poche Axim X5.

125 Le lundi 7 avril à 9 h 30, l'erreur sur la page d'achat a été corrigée et à 14 h 30, l'accès à cette page à partir de la page d'accueil a été rétabli. Plus tard le même jour, Dell a publié sur son site Web un avis de correction informant ses clients de l'erreur qui s'était glissée dans les prix et indiquant qu'elle ne donnerait suite à aucune commande d'ordinateur de poche Axim X5 au prix erroné.

126 Le lendemain, M. Dumoulin a reçu un courriel l'informant de l'erreur de prix et du fait que sa commande ne serait pas traitée. Il a répondu à Dell par une mise en demeure de respecter le prix de vente annoncé. Sa demande ayant été refusée, l'Union des consommateurs a décidé de demander

to file a motion in the Superior Court to be authorized to institute a class action.

127 Dell contested the motion by raising a declinatory exception to the Quebec Superior Court's jurisdiction based on the fact that the terms and conditions of the sale contained the following arbitration agreement:

Arbitration. ANY CLAIM, DISPUTE, OR CONTROVERSY (WHETHER IN CONTRACT, TORT, OR OTHERWISE, WHETHER PREEXISTING, PRESENT OR FUTURE, AND INCLUDING STATUTORY, COMMON LAW, INTENTIONAL TORT AND EQUITABLE CLAIMS CAPABLE IN LAW OF BEING SUBMITTED TO BINDING ARBITRATION) AGAINST DELL, its agents, employees, officers, directors, successors, assigns or affiliates (collectively for purposes of this paragraph, "Dell") arising from or relating to this Agreement, its interpretation, or the breach, termination or validity thereof, the relationships between the parties, whether pre-existing, present or future, (including, to the full extent permitted by applicable law, relationships with third parties who are not signatories to this Agreement), Dell's advertising, or any related purchase SHALL BE RESOLVED EXCLUSIVELY AND FINALLY BY BINDING ARBITRATION ADMINISTERED BY THE NATIONAL ARBITRATION FORUM ("NAF") under its Code of Procedure and any specific procedures for the resolution of small claims and/or consumer disputes then in effect (available via the Internet at http://www.arb-forum.com/, or via telephone at 1-800-474-2371). The arbitration will be limited solely to the dispute or controversy between Customer and Dell. Any award of the arbitrator(s) shall be final and binding on each of the parties, and may be entered as a judgment in any court of competent jurisdiction. Information may be obtained and claims may be filed with the NAF at P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, or by e-mail at file@arb-forum.com, or by online filing at http://www.arb-forum.com/.

(Appellant's Record, vol. III, at p. 384, *Dell's Online Policies*, Terms and Conditions of Sale (Canada), clause 13C)

à la Cour supérieure, au nom de M. Dumoulin, l'autorisation d'exercer un recours collectif.

Dell a contesté la requête au moyen d'une exception déclinatoire quant à la compétence de la Cour supérieure du Québec, soutenant que la convention d'arbitrage suivante faisait partie des conditions de la vente :

Arbitrage. UNE RÉCLAMATION, UN CONFLIT OU UNE CONTROVERSE (PAR SUITE D'UN CONTRAT, D'UN DÉLIT CIVIL OU AUTREMENT DANS LE PASSÉ, QUI SURVIENT À L'HEURE ACTUELLE OU QUI SURVIENDRA DANS LE FUTUR, Y COMPRIS CEUX QUI SONT PRÉVUS PAR LA LOI, CEUX QUI SURVIENNENT EN COMMON LAW, LES DÉLITS INTENTIONNELS ET LES RÉCLAMATIONS ÉQUITABLES QUI PEUVENT, EN VERTU DE LA LOI, ÊTRE SOUMIS À L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE) CONTRE DELL, ses représentants, ses employés, les membres de sa direction, ses administrateurs, ses successeurs, ses ayants cause ou les membres de son groupe (collectivement, aux fins du présent paragraphe, « Dell ») découlant de la présente convention ou de son interprétation ou relié à celle-ci, ou découlant de la violation, de la résiliation ou de la validité de la présente convention, des relations entre les parties, antérieures, actuelles ou futures (y compris, dans la mesure autorisée par le droit applicable, les relations avec les tiers qui ne sont pas des signataires de la présente convention), de la publicité affichée par Dell ou d'un achat connexe DEVRA ÊTRE RÉGLÉ DE FAÇON EXCLUSIVE ET DÉFINITIVE PAR VOIE D'ARBITRAGE OBLIGATOIRE ORGANISÉ PAR LE NATIONAL ARBITRATION FORUM (« NAF ») conformément à son code de procédure et aux procédures particulières concernant le règlement de petites réclamations et (ou) de conflits entre consommateurs alors en vigueur (qui peuvent être consultés sur Internet à l'adresse http://www.arb-forum.com/ ou par téléphone au 1 800 474-2371). L'arbitrage se limitera uniquement aux conflits ou aux controverses entre le client et Dell. La décision du ou des arbitres sera définitive et obligatoire pour chacune des parties et elle peut être accueillie devant un tribunal compétent. On peut obtenir des renseignements sur le NAF et déposer des réclamations auprès de cet organisme en écrivant au P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, en envoyant un courriel à l'adresse file@arb-forum.com ou en remplissant une demande en ligne à l'adresse http://www.arb-forum.com/.

(Dossier de l'appelante, vol. III, p. 378-379, *Politiques de Dell sur l'Internet*, Conditions de vente, clause 13C)

Dell argued that on account of this clause, Dumoulin's dispute had to be submitted to compulsory arbitration.

III. Judicial History

The Superior Court dismissed the declinatory exception (J.E. 2004-457, [2004] Q.J. No. 155 (QL)). Langlois J. found that the arbitration agreement provided for an arbitration administered by the National Arbitration Forum ("NAF"), a U.S. based institute governed by American law, and that the agreement purported to derogate from art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), which provides that the waiver of the jurisdiction of Quebec authorities cannot be set up against a consumer. In reaching this decision, Langlois J. followed an earlier decision of the Court of Appeal in *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321, where it was held that an agreement to arbitrate an employment dispute in a foreign jurisdiction could not be set up against the worker under art. 3149 C.C.Q.

The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal, but on different grounds ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). Writing for a unanimous bench, Lemelin J. (*ad hoc*) overturned Langlois J. on the basis that, pursuant to Rule 32A of the *National Arbitration Forum Code of Procedure* ("NAF Code"), the seat of the arbitration could have been located in Quebec and that the factual situation was on that basis distinguishable from the one in *Dominion Bridge*. However, Lemelin J. did conclude that the arbitration agreement was null on another basis. Having found that the "Terms and Conditions of Sale" in which the agreement was included was itself an external clause pursuant to art. 1435 C.C.Q., she further found that the arbitration agreement and its rules of procedure were not expressly brought to the attention of Dumoulin and that Dell had not established that the consumer had otherwise gained knowledge of it. She thus concluded that the arbitration agreement was null and that the Superior Court had not lost its jurisdiction over the class action proceedings.

Dell a plaidé qu'en raison de cette clause, la réclamation de M. Dumoulin devait être soumise à l'arbitrage obligatoire.

III. Historique judiciaire

128 La Cour supérieure a rejeté l'exception déclinatoire (J.E. 2004-457, [2004] J.Q. nº 155 (QL)). La juge Langlois a conclu que la convention d'arbitrage prévoyait un arbitrage organisé par le National Arbitration Forum (« NAF »), un organisme établi aux États-Unis et régi par le droit américain, et visait à déroger à l'art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), selon lequel la renonciation du consommateur à la compétence des autorités québécoises ne peut lui être opposée. La juge Langlois appuie sa conclusion sur l'arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321, dans lequel la Cour d'appel a statué qu'une convention prévoyant l'arbitrage d'un différend de travail dans un ressort étranger ne pouvait être opposée au travailleur aux termes de l'art. 3149 C.c.Q.

129 La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel, mais pour des motifs différents ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, la juge Lemelin (*ad hoc*) a infirmé la décision de la juge Langlois parce que, conformément à l'art. 32A du *National Arbitration Forum Code of Procedure* (« Code du NAF »), l'arbitrage aurait pu être tenu au Québec et que, pour cette raison, la situation factuelle différait de celle de l'arrêt *Dominion Bridge*. La juge Lemelin a toutefois conclu à la nullité de la convention d'arbitrage pour une autre raison. Estimant que les « conditions de la vente » prévoyant la convention d'arbitrage constituaient en soi une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q., elle a conclu que la convention d'arbitrage et ses règles de procédure n'avaient pas été expressément portées à la connaissance de M. Dumoulin et que Dell n'avait pas démontré que le consommateur en avait par ailleurs eu connaissance. Elle a donc conclu que la convention d'arbitrage était nulle et que la Cour supérieure n'avait pas perdu sa compétence à l'égard du recours collectif.

IV. Analysis

A. *Introduction*

130 In this case, we are dealing with an arbitration clause inserted into a consumer contract of adhesion. The primary question raised by this appeal can be stated in the following terms: did the courts below err in law by refusing to refer the parties to arbitration? Before analysing this question, however, it is helpful to first discuss the nature of exclusive contractual arbitration clauses, the history of their recognition in Quebec law, and the principles that inform the interpretation of the rules relating to arbitration.

(1) The Nature of Exclusive Contractual Arbitration Clauses: a Jurisdiction Clause

131 There are two types of contractual arbitration clauses. A complete undertaking to arbitrate, or an "exclusive arbitration clause", is that by which the parties undertake in advance to submit to arbitration any dispute which may arise regarding their contract, and which specifies that the award made will be final and binding on the parties. This may be contrasted with an arbitration clause that is purely optional (see *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, at p. 533).

132 Exclusive arbitration clauses operate to create a "private jurisdiction" that implicates the loss of jurisdiction of state-appointed forums for dispute resolution, such as ordinary courts and administrative tribunals, rendering contractual arbitration both different and exclusive of the later entities (see J. E. C. Brierley, "Arbitration Agreements Articles 2638-2643", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3B, at pp. 1-3 and 10). Contractual arbitration has also been described as creating a "private justice system" for the parties: [TRANSLATION] "From a theoretical standpoint, arbitration is a private justice system that ordinarily arises out of an agreement. Thus, it has a contractual source and an adjudicative function" (see S. Thuilleaux in *L'arbitrage*

IV. Analyse

A. *Introduction*

En l'espèce, nous sommes en présence d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat d'adhésion en matière de consommation. La principale question soulevée dans le pourvoi peut être formulée comme suit : les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur de droit en refusant de renvoyer les parties à l'arbitrage? Toutefois, avant d'analyser cette question, nous estimons utile d'examiner la nature des clauses contractuelles d'arbitrage exclusif, l'historique de leur reconnaissance en droit québécois et les principes qui éclairent l'interprétation des règles relatives à l'arbitrage.

(1) La nature des clauses contractuelles d'arbitrage exclusif : une clause attributive de compétence

Il existe deux types de clauses contractuelles d'arbitrage. La clause compromissoire parfaite, ou « clause d'arbitrage exclusif », est celle par laquelle les parties s'engagent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui précise que la sentence sera finale et liera les parties. Elle se distingue d'une clause d'arbitrage purement facultative (voir *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, p. 533).

La clause d'arbitrage exclusif a pour effet de créer une « juridiction privée » qui suppose, pour les tribunaux désignés par l'État tels les tribunaux de droit commun et les tribunaux administratifs, la perte de leur compétence pour régler les différends, ce qui rend l'arbitrage conventionnel à la fois distinct et indépendant de ces dernières entités (voir J. E. C. Brierley, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, 1067, p. 1067-1073 et 1085-1087). L'arbitrage conventionnel a également été décrit comme établissant un « système de justice privée » au bénéfice des parties : « [d]'un point de vue théorique, l'arbitrage est une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle.

commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé (1991), at p. 5 (footnotes omitted)).

What makes contractual arbitration a "private jurisdiction" or "private justice system" is the degree of freedom the parties have in choosing the manner in which their dispute will be resolved:

> Arbitration is therefore the settling of disputes between parties who agree not to go before the courts, but to accept as final the decision of experts of their choice, in a place of their choice, usually subject to laws agreed upon in advance and usually under rules which avoid much of the formality, niceties, proof and procedure required by the courts.

(W. Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime* (1994), at p. 390)

Parties to contractual arbitration are free to choose the laws governing their agreement to arbitrate, the law of the arbitral proceedings, the law of the subject matter under dispute, as well as the rules of conflict applicable to all of the above. In addition, the above four laws need not be the same and may differ from the law of the place of arbitration. Thus, contractual arbitration proceedings can be seen to be *delocalized* from the jurisdiction where the arbitration is held (see Tetley, at pp. 391-92).

One of the major differences between courts and arbitration is that contractual arbitrators are not representatives of the state, but, rather, are privately appointed. On account of this, whether an arbitration is situated in Quebec or not, in order for an arbitral award to be legally enforceable, the laws of Quebec require the decision to first be recognized by Quebec courts. There is no difference here with how judgments from foreign courts must first be recognized before having force of law in the province. This is noted by R. Tremblay in "La

Il est donc conventionnel par sa source et juridictionnel par sa fonction » (voir S. Thuilleaux dans *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5 (renvois omis)).

133 C'est le degré de liberté avec lequel les parties peuvent choisir la manière de résoudre leur différend qui permet de qualifier l'arbitrage conventionnel de « juridiction privée » ou de « système de justice privée » :

> [TRADUCTION] L'arbitrage s'entend donc du règlement des différends entre des parties qui conviennent de ne pas s'adresser aux tribunaux, mais de reconnaître le caractère définitif de la décision prononcée par des experts de leur choix, à l'endroit de leur choix et, normalement, suivant des lois dont elles ont convenu à l'avance et suivant des règles bien moins formelles et détaillées, et bien moins strictes sur le plan de la preuve et de la procédure, que celles ayant cours devant les tribunaux.

(W. Tetley, *International Conflict of Laws : Common, Civil and Maritime* (1994), p. 390)

Les parties à l'arbitrage conventionnel sont libres de choisir le droit applicable à leur convention d'arbitrage, le droit applicable aux procédures d'arbitrage, le droit applicable à l'objet du litige, ainsi que les règles de conflit applicables à tout ce qui précède. En outre, il n'est pas nécessaire que le droit ainsi choisi soit le même dans les quatre cas; il peut différer du droit applicable au lieu de l'arbitrage. On pourrait donc dire que la procédure d'arbitrage conventionnelle est *délocalisée* du ressort où se déroule l'arbitrage (voir Tetley, p. 391-392).

134 L'une des principales différences entre la fonction judiciaire et la fonction arbitrale est que les arbitres consensuels ne sont pas des représentants de l'État mais sont désignés par des parties privées. Pour cette raison, que l'arbitrage ait lieu au Québec ou ailleurs, la sentence sera légalement exécutoire si, comme le prévoient les lois québécoises, elle est d'abord homologuée par les tribunaux du Québec. À cet égard, rien ne la distingue des jugements étrangers qui doivent d'abord être homologués pour avoir force de loi dans la province. C'est ce que fait

nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel" (1988), 91 *R. du N.* 246, at p. 252:

[TRANSLATION] However, care must be taken not to confuse the judicial function with the arbitration function. Judges derive their jurisdiction from a state's foundational institutions. Arbitrators, on the other hand, derive their jurisdiction from the mutual agreement of the parties. The difference is an important one. An arbitrator is chosen and appointed by the parties and is not a representative of the state. Arbitrators may rule on disputes, but their decisions are not enforceable unless they are homologated; unlike a judgment, an arbitrator's decision is not enforceable on its own.

135 Exclusive arbitration and forum selection clauses operate very similarly. The effect of both is to derogate from the jurisdiction of ordinary courts, who would otherwise have jurisdiction to hear the matter. Many authors of conflict of laws' textbooks simply refer to these clauses, without distinguishing between them, as "jurisdiction clauses": see for example J. G. Collier, *Conflict of Laws* (3rd ed. 2001), at p. 96. In the common law provinces, courts will stay their jurisdiction in the presence of either a valid forum selection or arbitration clause. The power to do so stems from the courts' inherent jurisdiction; however, different statutes provide for certain factors that should be taken into account in determining whether to grant the stay depending on whether the court is faced with a forum selection or a domestic or international arbitration clause. Quebec has also tended to treat exclusive arbitration and forum selection clauses analogously, the history of which we will now turn to.

(2) Recognition of Jurisdiction Clauses in Quebec Law

136 Prior to the coming into force of the C.C.Q., the rules on jurisdiction of Quebec courts were not codified. Quebec courts relied on art. 27 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") and art. 68 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), to delineate their jurisdiction in cases where it was challenged: see

remarquer R. Tremblay dans « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246, p. 252 :

Il faudrait cependant se garder de confondre la fonction judiciaire et la fonction arbitrale. Le juge tire sa compétence des institutions qui sont à la base d'un État. L'arbitre, pour sa part, tire sa compétence de la convention des parties. La différence est majeure. L'arbitre est choisi et nommé par les parties et n'est pas le représentant de l'État. Il va trancher un litige mais sa décision, pour être exécutoire, devra être homologuée; elle n'est pas exécutoire par elle-même comme peut l'être un jugement.

Les clauses d'arbitrage exclusif et d'élection du for fonctionnent de manière très semblable. Elles ont toutes deux pour effet de déroger au principe de compétence des tribunaux de droit commun qui, autrement, connaîtraient de l'affaire. De nombreux auteurs traitant des conflits de lois désignent simplement ces clauses, sans les distinguer, par l'expression « clauses de juridiction » : voir par exemple J. G. Collier, *Conflict of Laws* (3e éd. 2001), p. 96. Dans les provinces de common law, les tribunaux surseoiront à l'exercice de leur compétence s'ils sont en présence d'une clause valide d'élection du for ou d'une clause valide d'arbitrage. Ils tiennent ce pouvoir de leur compétence inhérente; or, certaines lois prévoient des facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de suspendre l'instance selon que le tribunal est en présence d'une clause d'élection du for ou d'une clause d'arbitrage national ou international. On a aussi tendance, au Québec, à traiter de la même façon les clauses d'arbitrage exclusif et d'élection du for, dont nous faisons maintenant l'historique.

(2) Reconnaissance des clauses de juridiction en droit québécois

Avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., les règles relatives à la compétence des tribunaux du Québec n'étaient pas codifiées. Ceux-ci se fondaient sur l'art. 27 du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») et sur l'art. 68 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), pour délimiter l'étendue de leur compétence lorsqu'elle était contestée : voir

Masson v. Thompson, [1994] R.J.Q. 1032 (Sup. Ct.). Article 27 C.C.L.C. provided that aliens although not resident in Lower Canada could be sued in Quebec courts "for the fulfilment of obligations contracted by them in foreign countries". Article 68 C.C.P., which is still in force today, provides the domestic rules for determining in which judicial district of Quebec a personal action can be started. Relying on the general principles set out in this section, and art. 27 C.C.L.C., Quebec courts have delineated a body of jurisprudential rules deciding when Quebec courts have jurisdiction to hear an action.

Masson c. Thompson, [1994] R.J.Q. 1032 (C.S.). L'article 27 C.c.B.C. prévoyait que l'étranger, quoique non résidant dans le Bas Canada, pouvait y être poursuivi « pour l'exécution des obligations qu'il a contractées même en pays étranger ». L'article 68 C.p.c., toujours en vigueur, précise les règles nationales applicables à la détermination du district judiciaire du Québec dans lequel l'action personnelle peut être portée. Guidés par les principes généraux exposés dans cette disposition et par l'art. 27 C.c.B.C., les tribunaux du Québec ont établi un ensemble de règles jurisprudentielles qui permet de déterminer dans quels cas les tribunaux québécois connaissent d'une action.

Prior to its amendment in 1992, the opening phrase of art. 68 C.C.P. stated: "Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted . . .". This was interpreted by Quebec courts to be a prohibition against intentional derogation through contract from the jurisdiction of Quebec courts through forum selection and arbitration clauses: see S. Thuilleaux and D. M. Proctor, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale" (1992), 37 *McGill L.J.* 470, at pp. 477-78.

137 Avant sa modification en 1992, la disposition liminaire de l'art. 68 C.p.c. était énoncée comme suit : « [s]ous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée . . . ». Les tribunaux du Québec l'ont interprétée comme une interdiction de déroger intentionnellement et conventionnellement au principe de la compétence des tribunaux du Québec au moyen des clauses d'élection du for et d'arbitrage : voir S. Thuilleaux et D. M. Proctor, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470, p. 477-478.

Then came the 1983 decision of this Court in *Zodiak International Productions*, where a party to a contract submitted to arbitration in Warsaw, but having lost, commenced a fresh action in the Quebec Superior Court against his co-contractor. Noting the tension between art. 68 C.C.P. and contractual arbitration clauses, the Court held that the Quebec legislator had nonetheless clearly intended to permit such clauses by introducing art. 951 C.C.P., which states: "An undertaking to arbitrate must be set out in writing." Faced with this provision, Chouinard J., for the Court, cited with approval the words of Pratte J. in *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"*, [1971] F.C. 263 (T.D.), who stated: ". . . I do not see how the Quebec legislator could have regulated the form and effect of an agreement whose validity he does not admit" (p. 539). Shortly after this decision,

138 Suivit, en 1983, l'arrêt de notre Cour dans *Zodiak International Productions*, où une partie à un contrat, après s'être adressée sans succès à un tribunal d'arbitrage de Varsovie, a intenté contre son co-contractant une nouvelle action devant la Cour supérieure du Québec. Notant l'existence du conflit entre l'art. 68 C.p.c. et les clauses d'arbitrage conventionnelles, notre Cour a statué que le législateur québécois avait néanmoins clairement eu l'intention de permettre ces clauses lorsqu'il a introduit l'art. 951 C.p.c., lequel dispose : « La clause compromissoire doit être constatée par écrit. » Devant cette disposition, le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour, a cité en l'approuvant le passage suivant des motifs du juge Pratte dans *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire « Angelic Power »*, [1971] C.F. 263 (1re inst.) : « . . . je ne vois pas comment le législateur québécois aurait

in 1986, the Quebec legislator introduced amendments to the C.C.L.C. and the C.C.P. providing detailed rules on the validity, form and procedure governing contractual arbitration. (Today, these rules can be found in the specific chapter on arbitration in the Book of Obligations of the C.C.Q., these being arts. 2638 to 2643, and in Book VII (on Arbitrations) of the C.C.P.)

139 Following these changes, an inconsistency could be noted in the Quebec legislator's approach to forum selection clauses and arbitration clauses. By operation of art. 68 C.C.P., the former were still held to be invalid: see Thuilleaux and Proctor, at pp. 477-78. It would seem that this difference was accidental rather than intentional. Draft bills from as early as 1977 assimilated forum selection and arbitration clauses. For example, art. 67 of Book Nine of the *Draft Civil Code* of 1977 provided the following situations where Quebec authorities could refuse to recognize foreign decisions:

> **67** On application by the defendant, the jurisdiction of the court of origin is not recognized by the courts of Québec when:
>
> 1. the law of Québec, either because of the subject matter or by virtue of an agreement between the parties, gives exclusive jurisdiction to its courts to hear the claim which gave rise to the foreign decision;
>
> 2. the law of Québec, either because of the subject matter or by virtue of an agreement between the parties, recognizes the exclusive jurisdiction of another court; or
>
> 3. the law of Québec recognizes an agreement by which exclusive jurisdiction is conferred upon arbitrators.

This oversight was corrected, however, through the introduction of art. 3148 in Book Ten of the new C.C.Q. The second paragraph of this provision clarifies the intention of the Quebec legislator to assimilate the effect of forum selection and arbitration clauses. It provides that "a Québec authority

pu réglementer la forme et l'effet d'une convention dont il n'admettrait pas la validité » (p. 539). Peu après cette décision, en 1986, le législateur québécois a modifié le C.c.B.C. et le C.p.c., y introduisant des règles détaillées sur la validité, la forme et la procédure de l'arbitrage conventionnel. (Ces règles se trouvent maintenant au chapitre traitant expressément de l'arbitrage dans le livre Des obligations du C.c.Q., soit aux art. 2638 à 2643, et au livre VII (Des arbitrages) du C.p.c.)

À la suite de ces modifications, une contradiction a été relevée dans la façon pour le législateur de traiter les clauses d'élection du for et les clauses d'arbitrage. Par l'application de l'art. 68 C.p.c., les premières étaient toujours considérées comme non valides : voir Thuilleaux et Proctor, p. 477-478. Il semblerait que cette différence ait été accidentelle plutôt qu'intentionnelle. Dès 1977, des projets de loi ont assimilé la clause d'élection du for à la clause d'arbitrage. Par exemple, l'art. 67 du Livre neuvième du *Projet de Code civil* de 1977 prévoyait que les autorités québécoises pouvaient refuser de reconnaître les décisions étrangères dans les cas suivants :

> **67** À la demande du défendeur, la compétence du tribunal d'origine n'est pas reconnue par les tribunaux du Québec dans les cas suivants :
>
> 1. lorsque le droit du Québec attribue à ses tribunaux une compétence exclusive, à raison de la matière ou d'un accord entre les parties, pour connaître de l'action qui a donné lieu à la décision étrangère;
>
> 2. lorsque le droit du Québec admet, à raison de la matière ou d'un accord entre les parties, la compétence exclusive d'une autre juridiction; ou
>
> 3. lorsque le droit du Québec reconnaît un accord par lequel compétence exclusive a été attribuée à des arbitres.

Cette méprise a cependant été corrigée par l'introduction de l'art. 3148 au livre dixième du nouveau C.c.Q. Le deuxième paragraphe de cette disposition précise l'intention du législateur québécois d'assimiler les effets des clauses d'élection du for et d'arbitrage. Il dispose que « les autorités

has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specific legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator . . .". Simultaneously to this provision being passed, the opening phrase of art. 68 C.C.P. was amended to remove the prohibition on contractual derogation from the jurisdiction of Quebec courts and to direct matters concerning the international jurisdiction of Quebec authorities to Book Ten of the C.C.Q. It now reads: "Subject to the provisions of this Chapter and the provisions of Book Ten of the Civil Code of Québec . . .".

Perhaps owing more to inadvertence than intention, some minor differences remain in the treatment of these two types of jurisdiction clauses in Quebec law. For example, there is no parallel provision to art. 940.1 C.C.P. for forum selection clauses, as there is for arbitration clauses, which permits parties to contest the validity of such clauses. This provision was introduced in the 1986 amendments to the C.C.P. and it provides that Quebec courts shall refer the parties to arbitration unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null, of which more will be said further below. Article 3148, para. 2 alone does not provide for challenging the validity of jurisdiction clauses. This has led to some criticism of the current set up of the rules on jurisdiction in the doctrine. For example, G. Saumier, in "Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure" (1998), 58 *R. du B.* 145, criticizes the discrepancies between the rules applicable to forum selection clauses and arbitration clauses: [TRANSLATION] "there is no justification, where the parties have agreed in advance on the appropriate forum for settling their disputes, for making a distinction between an arbitral tribunal and a state court" (p. 161). Saumier advocates uniform rules between the two, and in this respect, urges an overhaul of the rules on international competence of Quebec authorities in one comprehensive set of rules:

québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre . . . ». Au moment de l'adoption de cette disposition, la disposition liminaire de l'art. 68 C.p.c. a été modifiée afin de retirer l'interdiction de déroger conventionnellement au principe de compétence des tribunaux québécois et de renvoyer au livre dixième du C.c.Q. les questions relatives à la compétence internationale des autorités québécoises. Elle est maintenant rédigée comme suit : « [s]ous réserve des dispositions du présent chapitre et des dispositions du livre X au Code civil du Québec . . . ».

140 Peut-être plus par inadvertance que par intention, certaines différences mineures subsistent dans le traitement de ces deux types de clauses de juridiction en droit québécois. Par exemple, il n'existe, à l'égard des clauses d'élection du for, aucune disposition analogue à l'art. 940.1 C.p.c. qui permet de contester la validité des clauses d'arbitrage. Cette disposition a été introduite lors des modifications apportées en 1986 au C.p.c. et prévoit que les tribunaux québécois renvoient les parties à l'arbitrage tant que la cause n'est pas inscrite et à moins qu'ils ne constatent la nullité de la convention, ce dont il sera davantage question plus loin. Le deuxième alinéa de l'art. 3148 C.c.Q. ne permet pas à lui seul de contester la validité des clauses de juridiction. Cela a amené certains auteurs à critiquer l'organisation des règles relatives à la compétence. Par exemple, dans son article intitulé « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure » (1998), 58 *R. du B.* 145, G. Saumier critique les contradictions qui existent entre les règles applicables aux clauses d'élection du for et aux clauses d'arbitrage : « il n'est pas justifié de distinguer, lorsque les parties se sont entendues d'avance sur le for approprié pour régler leurs différends, que ce soit un tribunal arbitral ou un tribunal étatique » (p. 161). M^me^ Saumier préconise l'application de règles uniformes aux deux types de clauses et, à cet égard, elle réclame avec insistance une révision des règles relatives à la compétence internationale des tribunaux québécois et leur regroupement dans un ensemble complet de règles :

[TRANSLATION] The fundamental reform of the rules of private international law brought about by the adoption of the Civil Code of Québec did not include a revision of the procedural rules applicable in matters of international jurisdiction. Thus, a party wanting to object to the international jurisdiction of a Quebec court must deal with a multitude of statutory schemes relating to time limits and waiver and with precedents that are not easily reconciled. . . . It is therefore imperative to adopt rules tailored to the international context that reflect the interests both of the parties and of the state judicial system and the arbitration system. [pp. 164-65]

La réforme fondamentale du droit international privé occasionnée par l'adoption du Code civil du Québec n'a pas été accompagnée d'une révision des règles de procédure applicables en matière de compétence internationale. Ainsi, une partie qui désire s'opposer à la compétence internationale d'un tribunal québécois fait face à une multitude de régimes législatifs en matière de délai et de renonciation et à une jurisprudence difficile à concilier [. . .] Il devient donc impératif de prévoir des règles adaptées au contexte international qui reflètent à la fois les intérêts des parties et les intérêts du système judiciaire étatique et arbitral. [p. 164-165]

See also the 2000 report of the Comité de révision de la procédure civile which similarly advocates the creation of one coherent and comprehensive chapter on private international law to be situated in the *C.C.P*, which would include, among other things, the rules on Arbitrations currently located in Book VII of the C.C.P. (see Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile* (février 2000), Document de consultation, at pp. 113-14).

Le rapport du Comité de révision de la procédure civile, déposé en 2000, préconise également l'incorporation au *C.p.c.* d'un chapitre cohérent et complet sur le droit international privé qui inclurait, notamment, les règles relatives à l'arbitrage figurant actuellement au livre VII du C.p.c. (voir Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile* (février 2000), Document de consultation, p. 113-114).

141 This short historical overview demonstrates, in our view, that one should not attach any significance to the structure of the C.C.Q. or the C.C.P. when interpreting the substantive provisions under review in this appeal. The coherence of the regime is not dependent on the particular Book of the C.C.P. that deals with arbitrations, or the particular title and Book of the C.C.Q. in which is found art. 3149. The *Civil Code* constitutes itself an *ensemble* which is not meant to be parcelled out into chapters and sections that are not interrelated. The way in which the law is presented in the Code corresponds to a methodology and a logic; it is not meant to insulate one substantive provision from all others. As pointed out by J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald in *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at p. 25, "the codification of the private law of Lower Canada was, primarily, a technical reordering of a complex body of norms that was intended to make this private law more accessible in both its language and substance to legal professionals . . .". From its very inception, the Code's interpretation depended not on this reordering but on its place in the legal order and

Ce bref aperçu historique démontre à notre avis qu'il ne faudrait attacher aucune importance à la structure du C.c.Q. ou du C.p.c. pour interpréter les dispositions substantielles à l'étude dans le présent pourvoi. La cohérence du régime ne tient pas au livre du C.p.c. qui traite en particulier de l'arbitrage, ni au titre ou livre du C.c.Q. où se trouve l'art. 3149. Le *Code civil* constitue en soi un ensemble qui ne doit pas être morcelé en chapitres et en dispositions dépourvus de tout lien entre eux. La façon dont le droit est présenté dans le Code répond à une méthodologie et à une logique qui ne permet pas d'isoler une disposition substantielle de toutes les autres. Comme l'ont souligné J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald dans *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 25, [TRADUCTION] « la codification du droit privé du Bas-Canada constituait avant tout une réorganisation technique d'un ensemble complexe de normes dans le but d'en faciliter l'accès, tant par sa forme que par son fond, aux professionnels du droit ». Depuis sa création, le Code a été interprété non pas en fonction de cette réorganisation mais en fonction de la place qu'il occupe dans l'ordre juridique et

its relation to the theory of sources it presupposes (p. 97). Indeed, Brierley and Macdonald write, after having noted the assumptions as to form that underpin the Code: "[t]o assume that codal provisions are non-redundant is to assume that they are to be mutually cross-referenced within the Code and that each article must be read in conjunction with all others, regardless of their placement in the Code" (pp. 102-3). The Code is of course taxonomic; this invites to conceptual characterization, to "identifying the extensions of which a concept is susceptible, all the more so since these headings are themselves part of the enacted law" (p. 104). Moreover, "the best guide to ascertaining the legislative intention will still be the Code itself, read as a whole . . ." (p. 139). This is why headings will be considered indicators of scope and meaning and other codal articles will help fix the meaning of any given text (p. 139).

de son rapport à la théorie des sources qu'une telle interprétation suppose (p. 97). De fait, après avoir exposé les hypothèses de forme qui sous-tendent le Code, Brierley et Macdonald écrivent ce qui suit : [TRADUCTION] « présumer que les dispositions du Code ne sont pas redondantes équivaut à présumer qu'elles renvoient les unes aux autres à l'intérieur du Code et que chacune d'elles doit être considérée en corrélation avec les autres, peu importe où elle se trouve dans le Code » (p. 102-103). Le Code est évidemment taxonomique, ce qui incite à la caractérisation conceptuelle, à [TRADUCTION] « identifier les extensions possibles d'un concept, étant donné que ces rubriques font en soi partie de la loi » (p. 104). En outre, [TRADUCTION] « le meilleur indicateur de l'intention législative restera toujours le Code lui-même, considéré dans son ensemble » (p. 139). C'est pourquoi les rubriques seront considérées comme des indicateurs de la portée et du sens qu'il convient d'attribuer à une disposition donnée, et les autres dispositions serviront à préciser ce sens (p. 139).

(3) The Principle of Primacy of the Autonomy of the Parties

Quebec's acceptance of jurisdiction clauses over the past two decades is rooted in the principle of primacy of the autonomy of the parties. This has recently been confirmed by our Court in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17, with respect to agreements to submit a dispute to an arbitral tribunal, and *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, with respect to agreements to submit it to a foreign authority.

In *Desputeaux*, our Court recognized that the limits to the autonomy of the contracting parties to choose to submit a dispute to arbitration had to be given a restrictive interpretation. More specifically, as will be discussed in further detail below, we held that the notion of "public order" at art. 2639, para. 1 C.C.Q. had to be given a narrow interpretation. Furthermore, we held that legislation merely identifying the courts which, within the judicial

(3) Le principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties

142 L'acceptation par le Québec des clauses de juridiction au cours des deux dernières décennies repose sur le principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. Ce principe a été récemment confirmé par notre Cour dans *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, qui traitait des conventions visant à soumettre un litige à un tribunal d'arbitrage, et dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46, où il était question des conventions visant à soumettre un litige à une autorité étrangère.

143 Dans *Desputeaux*, notre Cour a reconnu que les limites à l'autonomie de la volonté des parties contractantes de soumettre un litige à l'arbitrage devaient recevoir une interprétation restrictive. Plus précisément, comme nous le verrons en détail plus loin, nous avons conclu que la notion d'« ordre public » à l'art. 2639, al. 1 C.c.Q. devait recevoir une interprétation restrictive. Nous avons aussi décidé que les dispositions législatives identifiant

system, will have jurisdiction over a particular subject matter should not be interpreted as excluding the possibility of arbitration, except if it was clearly the legislator's intention to do so. In reaching these conclusions, we notably had regard to the legislative policy that now accepts arbitration as a valid form of dispute resolution and, moreover, seeks to promote its use.

simplement les tribunaux qui, au sein de l'organisation judiciaire, auront compétence pour entendre les litiges concernant une matière en particulier ne devraient pas être interprétées comme excluant la possibilité de l'arbitrage, à moins que le législateur n'ait eu clairement l'intention de l'exclure. En tirant ces conclusions, nous avons particulièrement tenu compte de la politique législative qui reconnaît maintenant l'arbitrage comme forme valide de règlement des différends et qui entend de plus en faire la promotion.

144 Both art. 3148, para. 2 C.C.Q. and art. 940.1 C.C.P. can be interpreted as giving practical effect to the principle of primacy of the autonomy of the parties that has characterized the development of the law of arbitration in Quebec in the last two decades. The provisions purport most notably to promote legal certainty for the parties by enabling them to provide in advance for the forum to which their disputes will have to be submitted. They are also consistent with the international movement towards harmonizing the rules of jurisdiction.

L'article 3148, al. 2 C.c.Q. et l'art. 940.1 C.p.c. peuvent tous deux s'interpréter de manière à donner réellement effet au principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties ayant caractérisé le développement du droit de l'arbitrage au Québec au cours des deux dernières décennies. Ces dispositions visent tout particulièrement à favoriser la sécurité juridique des parties en leur permettant de prévoir à l'avance le for auquel devront être soumis leurs litiges. Elles s'inscrivent également dans l'évolution internationale vers l'harmonisation des règles de compétence.

145 This movement towards harmonization can be explained by the importance of legal certainty for commercial and international transactions. As noted by J. A. Talpis in "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*" (1994), 96 *R. du N.* 183, at pp. 188-89:

Cette évolution vers l'harmonisation peut s'expliquer par l'importance de la sécurité juridique des transactions commerciales et internationales. Comme l'a fait remarquer le professeur J. A. Talpis dans son article « Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec* » (1994), 96 *R. du N.* 183, p. 188-189 :

> Th[e] essential goal of predictability was surely on the mind of the drafters of the new *Civil Code of Quebec*, as it reaffirmed and extended the theory of party autonomy, a theory clearly among the foremost general principles of law recognized by civilized nations. It is a principle which makes the express or implied intention of the parties determinative of the legal system by which even the essential validity of a contract should be governed. In Quebec, it has a lengthy history and a great deal of current vitality.
>
> The fact is that considerations of commercial convenience and of conflicts theory weigh heavily in favor of this theory which rests mainly upon the interest of the parties to the contract, but is supported by those of the commercial community and of the courts as well.

> [TRADUCTION] Les rédacteurs du nouveau *Code civil du Québec* avaient sûrement en tête l'objectif essentiel de prévisibilité, le Code ayant confirmé et étendu la théorie de l'autonomie de la volonté des parties qui, de toute évidence, constitue l'un des plus importants principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Selon ce principe, l'intention explicite ou implicite des parties détermine le système juridique devant régir même la validité fondamentale du contrat. Au Québec, ce principe est reconnu depuis longtemps et jouit encore d'une grande vitalité.
>
> Le fait est que des considérations de commodité commerciale et de théorie des conflits militent fortement en faveur de cette théorie, qui repose essentiellement sur les droits des parties au contrat, mais qui reçoit l'appui des membres de la collectivité commerçante, ainsi que

Consequently, it was considered by the legislature to be in the general social interest to provide a legal system favorable to the predictable resolution of the conflict of laws.

This clear intention of the Quebec legislator was acknowledged by our Court in *GreCon Dimter*, where we concluded that the fact that an action was incidental to a principal action heard by a Quebec court was not sufficient to trump an agreement to submit any claim arising from the contract to a foreign authority. More specifically, we concluded that art. 3148, para. 2 C.C.Q. was to be given primacy over art. 3139 C.C.Q.

(4) The Limits on the Autonomy of the Parties

Naturally, the primacy of the autonomy of contracting parties permitting them to choose in advance the forum for resolving their disputes is not without limits. The Quebec legislator has restricted it in many different ways.

We noted the limits on the expression of the autonomy of the parties to submit their disputes to a foreign authority in *GreCon Dimter*, pursuant to art. 3148, para. 2. First, art. 3151 C.C.Q. confers to the Quebec authorities *exclusive* jurisdiction to hear in first instance all actions founded on civil liability for damage suffered as a result of exposure to or the use of raw materials originating in Quebec. Second, art. 3149 C.C.Q., which confers jurisdiction to the Quebec authorities to hear an action involving a consumer contract or an employment contract if the consumer or worker has his domicile or residence in Quebec, states that the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him. The language of both provisions is clear with regard to the intention of the legislature to limit the autonomy of the parties.

Given the various location of rules relating to arbitration in the C.C.Q., the definition of the limits

des tribunaux. Par conséquent, le législateur a estimé qu'il y allait de l'intérêt social général d'instaurer un système juridique permettant le règlement prévisible des conflits de lois.

Cette intention claire du législateur québécois a été reconnue par notre Cour dans *GreCon Dimter*, où nous avons conclu que le fait qu'une action soit incidente à une action principale entendue par un tribunal québécois ne suffisait pas à écarter une convention visant à soumettre toute réclamation résultant du contrat à une autorité étrangère. Plus précisément, nous avons conclu que l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. devait avoir préséance sur l'art. 3139 C.c.Q.

(4) Les limites à l'autonomie de la volonté des parties

146 Naturellement, la primauté du principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, selon lequel celles-ci peuvent choisir à l'avance le forum auquel elles soumettront le règlement de leurs conflits, n'est pas sans limite. Le législateur québécois l'a d'ailleurs limitée de multiples façons.

147 Dans l'arrêt *GreCon Dimter*, nous avons relevé les limites à l'expression de l'autonomie de la volonté des parties de soumettre leurs différends à une autorité étrangère conformément à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. Premièrement, l'art. 3151 C.c.Q. confère aux autorités québécoises la compétence *exclusive* pour entendre en première instance toute action fondée sur la responsabilité civile pour tout préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec, soit de son utilisation. Deuxièmement, l'art. 3149 C.c.Q., qui confère aux autorités québécoises la compétence pour entendre une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec, précise que la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée. Le libellé de ces deux dispositions fait clairement ressortir l'intention du législateur de limiter l'autonomie de la volonté des parties.

148 En raison de la dispersion des règles relatives à l'arbitrage à l'intérieur du C.c.Q., la définition

on the autonomy of the parties to submit their disputes to an arbitral tribunal gives rise to some uncertainty, as illustrated by this case. The general provision is art. 2639 C.C.Q. which states that "[d]isputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration". While it is the only exception created in the chapter on "Arbitrations", art. 2639 C.C.Q. is not the only legislative exception to arbitrability. This was recognized by Brierley when writing on the new chapter on arbitration in the *Civil Code*:

> It is possible that an implicit legislative intention to exclude arbitration can be detected, even if it has not been expressly forbidden (for example, when the matter is reserved for resolution to the courts or quasi-judicial state agencies). An imperative attribution of competence in certain areas might in fact contain a rule of public order which excludes arbitration. [Emphasis added.]
>
> (*Reform of the Civil Code*, at p. 4)

Furthermore, in order to be enforceable, an arbitration agreement has to be evidenced in writing under art. 2640 C.C.Q. and must otherwise be in compliance with all the conditions of formation of a contract. This latter point is true even when the arbitration agreement is contained in a contract since it is then considered to be a separate agreement pursuant to art. 2642 C.C.Q. The comments of the Minister of Justice on this article specifically recognize that an arbitration agreement is subject to the general rules of contract and can be challenged before the courts on the same basis as any other contract (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II). As well, since arbitration clauses raise primarily a question of jurisdiction, there is the additional problem of which jurisdiction (the arbitrator or Quebec courts) ought to decide whether any of these limits apply in a given case. This brings us back to the primary issue raised by this case.

des limites à l'autonomie de la volonté des parties de soumettre leurs différends à un tribunal arbitral soulève certains doutes, comme l'illustre le présent pourvoi. La disposition générale se trouve à l'art. 2639 C.c.Q. qui dispose que « [n]e peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public ». S'il prévoit la seule exception du chapitre « De l'arbitrage », l'art. 2639 C.c.Q. ne représente cependant pas la seule exception à l'arbitrage prévue par la loi. C'est ce qu'a reconnu Brierley dans les commentaires suivants au sujet du nouveau chapitre sur l'arbitrage du *Code civil* :

> Il reste possible qu'on découvre une intention législative implicite voulant refuser l'arbitrage même lorsque celui-ci n'est pas expressément interdit (par exemple, lorsque la matière est réservée à la connaissance des tribunaux ou organes quasi-judiciaires étatiques). Une attribution impérative de compétence pour connaître un litige peut, en effet, contenir une règle d'ordre public qui exclut l'arbitrage. [Nous soulignons.]
>
> (*La réforme du Code civil*, p. 1074-1075)

En outre, pour être exécutoire, une convention d'arbitrage doit être constatée par écrit suivant les termes de l'art. 2640 C.c.Q. et elle doit, par ailleurs, respecter toutes les conditions de formation du contrat. Ce dernier point est vrai même lorsque la convention d'arbitrage fait partie d'un contrat puisqu'elle est alors considérée comme une convention distincte par application de l'art. 2642 C.c.Q. Les commentaires du ministre de la Justice à propos de cette disposition reconnaissent expressément qu'une convention d'arbitrage est soumise aux règles générales du contrat et peut être contestée devant les tribunaux pour les mêmes motifs que tout autre contrat (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II). De même, puisque les clauses d'arbitrage soulèvent principalement une question de compétence, un autre problème se pose quant à savoir quelle autorité (l'arbitre ou un tribunal judiciaire du Québec) doit déterminer si l'une ou l'autre de ces limites s'applique dans un cas donné. Cela nous ramène à la question principale soulevée par le présent pourvoi.

B. *Issues Raised by this Case*

On the primary question of whether the lower courts erred in refusing to refer the parties to arbitration, it is not contested by the respondents that, if the arbitration agreement is valid and applicable to the dispute, the courts have no discretion and must not refuse to refer the parties to arbitration. On that point, art. 940.1 C.C.P. seems clear: if the parties have an agreement to arbitrate on the matter of the dispute, on the application of either of the parties, the court *shall* refer the parties to arbitration, unless the case has been inscribed on the roll or the court finds the agreement to be null. It is well established that, by using the term "shall", the legislator has indicated that the court has no discretion to refuse, on the application of either of the parties, to refer the case to arbitration when the appropriate conditions are met (see *GreCon Dimter*, at para. 44; *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), at p. 277). On a plain reading of art. 940.1 C.C.P., these conditions appear to be threefold: (i) the parties must have an arbitration agreement on the matter of the dispute; (ii) the case must not have been inscribed on the roll; and (iii) the court must not find the agreement to be null. Regarding the latter condition, it appears obvious to us that the reference to the nullity of the agreement is also meant to cover the situation where the arbitration agreement cannot, without being null, be set up against the applicant.

It is also well established that the effect of a valid undertaking to arbitrate is to remove the dispute from the jurisdiction of the ordinary courts of law (per *Zodiak International Productions*, art. 940.1 C.C.P. and art. 3148, para. 2 C.C.Q.). It is also accepted that jurisdiction over the individual actions that form the basis of a class action is a prerequisite to the exercise of jurisdiction over the proceedings (*Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19). There is consequently no question that, if the arbitration agreement is valid and relates to the dispute, the Superior Court has no jurisdiction to hear the case and must refer the parties to arbitration.

B. *Questions soulevées par le présent pourvoi*

149 Au sujet de la question principale de savoir si les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en refusant de renvoyer les parties à l'arbitrage, les intimés ne contestent pas que, si la convention d'arbitrage est valide et s'applique au litige, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ne doivent pas refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage. Sur ce point, l'art. 940.1 C.p.c. semble clair : si les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, le tribunal *renvoie* les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins que la cause n'ait été inscrite ou que le tribunal ne constate la nullité de la convention. Il est bien établi qu'en employant le verbe « renvoie » au présent de l'indicatif, le législateur a signalé que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, lorsque les conditions requises sont remplies (voir *GreCon Dimter*, par. 44; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), p. 277). Une simple lecture de l'art. 940.1 C.p.c. démontre que trois conditions doivent être remplies; (i) les parties doivent avoir conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, (ii) la cause ne doit pas être inscrite, et (iii) le tribunal ne doit pas constater la nullité de la convention. Dans le cas de la dernière condition, il nous semble évident que la mention de la nullité de la convention vise également le cas où la convention d'arbitrage, sans être nulle, ne peut être opposée au demandeur.

150 Il est également bien établi qu'une convention d'arbitrage valide a pour effet de soustraire le litige à la compétence des tribunaux de droit commun (voir *Zodiak International Productions*, art. 940.1 C.p.c. et art. 3148, al. 2 C.c.Q.). Il est aussi reconnu que la compétence à l'égard des recours individuels sur lesquels repose le recours collectif est une condition préalable à l'exercice de la compétence à l'égard de l'instance (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19). Il ne fait alors aucun doute que, si la convention d'arbitrage est valide et s'attache au litige, la Cour supérieure ne connaît pas de l'affaire et doit renvoyer les parties à l'arbitrage.

151 In the case at bar, it is not contested by the respondents that the first two conditions for the application of art. 940.1 are met. What is at issue, though, is whether the Court of Appeal erred in law by refusing to refer the parties to arbitration on the basis that the arbitration agreement was null or cannot otherwise be set up against Dumoulin.

152 Many different grounds have been raised in order to demonstrate that the arbitration clause in the case at bar is null or otherwise cannot be set up against Dumoulin. It has notably been argued: (1) that the arbitration agreement cannot be set up against Dumoulin, a consumer, because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Quebec authorities under art. 3149 C.C.Q.; and (2) that it is null, (a) because it is over a consumer dispute which is in and of itself a matter of public order under art. 2639 C.C.Q.; (b) because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Superior Court over class actions and that such a waiver is contrary to public order under art. 2639 C.C.Q.; (c) because Dumoulin did not really consent to it as it was imposed on him through a contract of adhesion; (d) because it is abusive and offends art. 1437 C.C.Q.; and (e) because it is found in an external clause that was not expressly brought to the attention of Dumoulin as required under art. 1435 C.C.Q. Each of these arguments represents a sub-issue in this case and will be dealt with separately in section D below. But before we turn to the study of these sub-issues of the case, it is necessary to address two preliminary questions.

153 First, we have to decide whether the amendments the Quebec legislator recently brought to the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1 ("C.P.A."), apply to this case. Bill 48, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, 2nd Sess., 37th Leg. (now S.Q. 2006, c. 56), was assented to on December 14, 2006, the day after the hearing of this case before our Court. Section 2 of Bill 48 reads as follows:

En l'espèce, les intimés ne contestent pas que les deux premières conditions prescrites par l'art. 940.1 sont remplies. La question est cependant de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant de renvoyer les parties à l'arbitrage parce que la convention était nulle ou ne pouvait être opposée à M. Dumoulin.

Plusieurs moyens différents ont été soulevés afin de démontrer qu'en l'espèce, la clause d'arbitrage est nulle ou inopposable à M. Dumoulin. Plus précisément, on a soutenu : (1) que la convention d'arbitrage ne saurait être opposée à M. Dumoulin, un consommateur, parce qu'elle constitue une renonciation à la compétence des autorités québécoises au sens de l'art. 3149 C.c.Q.; et (2) qu'elle est nulle a) parce qu'elle vise un litige en matière de consommation qui, en soi, relève de l'ordre public au sens de l'art. 2639 C.c.Q.; b) parce qu'elle constitue une renonciation à la compétence de la Cour supérieure à l'égard des recours collectifs et que cette renonciation est contraire à l'ordre public en application de l'art. 2639 C.c.Q.; c) parce que M. Dumoulin n'a pas vraiment consenti à cette convention, qui lui a été imposée dans le cadre d'un contrat d'adhésion; d) parce que la convention est abusive et contrevient à l'art. 1437 C.c.Q.; et e) parce qu'elle fait partie d'une clause externe qui n'a pas été expressément portée à la connaissance de M. Dumoulin comme l'exige l'art. 1435 C.c.Q. Chacun de ces arguments pose en l'espèce une sous-question qui sera abordée de façon distincte à la section D ci-après. Mais avant d'examiner ces sous-questions, il est nécessaire de répondre à deux questions préliminaires.

Premièrement, nous devons décider si les modifications apportées récemment par le législateur québécois à la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (« L.p.c. »), s'appliquent au présent pourvoi. Le projet de loi 48, la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, 2e sess., 37e lég. (maintenant L.Q. 2006, c. 56), a été sanctionné le 14 décembre 2006, soit le jour suivant celui de l'audition du présent pourvoi par notre Cour. L'article 2 du projet de loi 48 est ainsi rédigé :

2. The Act [the *Consumer Protection Act*] is amended by inserting the following section after section 11:

"**11.1.** Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer's right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited.

If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration."

It is not disputed that, if this amendment applies to the case at bar, there would be no need to address the other sub-issues as the third condition for the application of art. 940.1 C.C.P. would clearly not be met.

Second, we have to determine the scope of the analysis a court should conduct under art. 940.1 C.C.P. in order to "find" whether the arbitration agreement is null. The appellant argues that this analysis should only be *prima facie*; the respondents argue it should be comprehensive. Depending on the answer to be given to this question, it is possible that only *some* of the grounds of nullity invoked by the respondents can be properly raised at the stage of a referral application, whereas the other grounds should be more appropriately left to the arbitrator to decide, subject to subsequent review by the courts.

C. *Preliminary Questions*

(1) The Impact of Bill 48 on the Case at Bar

The main provision in Bill 48 relevant to this appeal is s. 2. It amends the C.P.A. by prohibiting and voiding any contractual clauses which oblige a consumer to submit a dispute to arbitration. Pursuant to the C.P.A. as amended, an arbitration agreement can validly be concluded by a merchant and a consumer only after a dispute has arisen. It is conceded that, if this amendment applies to the case at bar, the appeal should be dismissed as the arbitration agreement on which the appellant's

2. Cette loi [la *Loi sur la protection du consommateur*] est modifiée par l'insertion, après l'article 11, du suivant :

« **11.1.** Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. »

Il n'est pas contesté que, si cette modification s'applique en l'espèce, il ne serait pas nécessaire de répondre aux autres sous-questions puisque la troisième condition requise pour l'application de l'art. 940.1 C.p.c. ne serait manifestement pas remplie.

154 Deuxièmement, nous devons déterminer l'étendue de l'analyse à laquelle un tribunal doit procéder en application de l'art. 940.1 C.p.c. pour « constater » si la convention d'arbitrage est nulle. L'appelante soutient que cette analyse devrait n'être que sommaire (dite aussi analyse *prima facie*); les intimés prétendent quant à eux qu'elle devrait être exhaustive. Selon la réponse à cette question, il est possible que seuls *certains* des motifs de nullité invoqués par les intimés puissent être légitimement présentés à l'étape d'une demande de renvoi, alors qu'il serait plus approprié de laisser l'arbitre statuer sur les autres motifs, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux.

C. *Questions préliminaires*

(1) L'incidence du projet de loi 48 sur le présent pourvoi

155 L'article 2 est la disposition du projet de loi 48 qui présente le plus d'intérêt pour le présent pourvoi. Il modifie la L.p.c. en interdisant et en annulant toute clause contractuelle qui oblige un consommateur à soumettre un différend à l'arbitrage. Conformément à la L.p.c. modifiée, un consommateur et un commerçant ne peuvent conclure une convention d'arbitrage valide qu'après la naissance d'un litige. Il est admis que, si cette modification s'applique en l'espèce, le pourvoi devrait être rejeté puisque la

declinatory exception is founded would clearly be of no effect. It should be noted that our interpretation of art. 3149 C.C.Q. achieves the same result as Bill 48. It might be argued that the introduction of Bill 48 is an indication that the Legislative Assembly did not share our view of art. 3149. Our response to this is that it is much more likely that the misinterpretation of art. 3149 in *obiter* in *Dominion Bridge*, and in the Court of Appeal in this case, caused the legislator to act swiftly in order to ensure the protection of consumers in the province.

convention d'arbitrage sur laquelle repose l'exception déclinatoire soulevée par l'appelante n'aurait manifestement aucun effet. Il convient de signaler que notre interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. conduit au même résultat que le projet de loi 48. On pourrait prétendre que l'introduction du projet de loi 48 montre que l'Assemblée législative ne partageait pas notre point de vue sur l'art. 3149 C.c.Q. À cela, nous répondons qu'il est plus vraisemblable que ce soit la mauvaise interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. donnée en remarque incidente dans l'arrêt *Dominion Bridge*, et dans la décision de la Cour d'appel en l'espèce, qui ait amené le législateur à agir rapidement en vue d'assurer la protection des consommateurs de la province.

156 Section 18 of Bill 48 provides that its provisions come into force on December 14, 2006, except for certain specific provisions that come into force at later dates (between April 1, 2007 and December 15, 2007). Since s. 2 of Bill 48 is now in force, the question before us is whether it has any effect on the pending case.

L'article 18 du projet de loi 48 prévoit que ses dispositions entrent en vigueur le 14 décembre 2006, sauf quelques-unes d'entre elles qui entreront en vigueur ultérieurement (entre le 1er avril 2007 et le 15 décembre 2007). Puisque l'art. 2 du projet de loi 48 est maintenant en vigueur, nous devons décider s'il produit son effet sur l'instance en cours.

157 Under well-established principles of statutory interpretation, in general, new laws affecting *substantive* matters do not apply to pending cases. It is also well recognized that a new law will be applicable to a pending case if it clearly expresses an intent to retroactively modify the substantive rights at issue. Professor Côté states the applicable principles in the following manner:

> In general, new statutes affecting substantive matters do not apply to pending cases, even those under appeal. Since the judicial process is generally declaratory of rights, the judge declares the rights of the parties as they existed when the cause of action arose: the day of the tort, of the conclusion of the contract, the commission of the crime, etc. However, a new statute bringing substantive modification is applicable to a pending case if it retroactively modifies the law applicable on the day of the tort, the contract, the crime, etc. A pending case, even under appeal, can therefore be affected by a retroactive statute, and even by one enacted while proceedings are pending in appeal.
>
> (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 179)

Selon les principes d'interprétation des lois bien établis, en général, les lois nouvelles touchant *le fond* ne s'appliquent pas aux instances en cours. Il est également bien reconnu qu'une loi nouvelle s'appliquera à une instance en cours s'il est manifeste qu'elle vise à modifier rétroactivement les droits substantiels en cause. Le professeur Côté énonce de la façon suivante les principes applicables :

> En principe, les lois nouvelles touchant le fond ne s'appliquent pas aux instances en cours, y compris celles qui sont en appel. Le processus judiciaire étant généralement déclaratif de droit, le juge déclare les droits des parties tels qu'ils existaient le jour où la cause d'action a pris naissance : le jour du délit, le jour de la formation du contrat, le jour de la perpétration de l'acte criminel, et ainsi de suite. Par contre, une loi de fond nouvelle est applicable à une instance en cours lorsqu'elle modifie de façon rétroactive le droit qui existait le jour du délit, du contrat, de l'acte criminel, et ainsi de suite. Une instance en cours pourra donc être régie par une loi nouvelle rétroactive, ceci valant même pour la loi rétroactive adoptée pendant que l'instance est pendante en appel.
>
> (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 225)

The rule is different for new laws affecting *procedural* matters. Such laws have immediate effect and apply to pending cases. As Professor Côté notes, this does not mean that such laws have retroactive effect:

> Because procedural provisions apply to pending cases, the term "retroactivity" has been used by analogy with the effect of statutes affecting substantive rights. But procedural enactments do not govern the law that the judge declares to have existed: they only deal with the procedures used to assert a right, and with the rules for conduct of the hearing. It is normal that a statute dealing with trial procedure will govern the future conduct of all trials carried out under its authority. This is not retroactivity but simply immediate and prospective application. [pp. 179-80]

We therefore have to decide whether s. 2 of Bill 48 is a provision affecting substantive or procedural matters. If it affects substantive matters, we will further have to decide whether it has retroactive effects.

In our view, s. 2 of Bill 48 is a provision dealing with substantive matters as it affects a contractual right of the parties: the right of a party to have his claim referred to arbitration, to the exclusion of the courts. It is true that, in some respects, this right resembles a procedural right: it determines how a right will be asserted. That said, it is obviously more than just a procedural right. It affects the jurisdiction of the courts and "it is well established that jurisdiction is not a procedural matter" (*Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, at p. 1040; see also Côté, at p. 183).

Furthermore, we are of the view that s. 2 of Bill 48 has no retroactive effect. Unless a statute provides otherwise, expressly or by necessary implication, it is not to be construed as having such effect. Wright J.'s dictum in *In Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547, at pp. 551-52, still adequately reflects the law on this issue:

> Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is

158 La règle diffère dans le cas des lois nouvelles de *procédure*. Celles-ci ont un effet immédiat et s'appliquent aux instances en cours. Ce qui, comme l'explique le professeur Côté, ne veut pas dire qu'elles ont un effet rétroactif :

> Les lois de procédure s'appliquant aussi aux instances en cours, on a appelé ce phénomène « rétroactivité » par analogie avec l'effet des lois concernant le fond. Or, les lois de procédure ne régissent pas le droit dont le juge déclare l'existence : elles concernent les procédés qui servent à faire valoir le droit, elles traitent du déroulement du procès. Il est donc normal qu'une loi touchant le déroulement du procès s'applique aux procès en cours pour ce qui concerne leur déroulement futur. Il n'y a pas là de rétroactivité, simplement un effet immédiat. [p. 226]

159 Nous devons donc décider si l'art. 2 du projet de loi 48 touche des questions de fond ou de procédure. S'il touche des questions de fond, nous devrons en outre déterminer s'il a des effets rétroactifs.

160 Selon nous, l'art. 2 du projet de loi 48 est une disposition de fond puisqu'il affecte un droit contractuel des parties : le droit d'une partie de voir sa cause renvoyée à l'arbitrage, et non devant les tribunaux. Il est vrai qu'à certains égards, ce droit s'apparente à un droit procédural : il détermine la façon de faire valoir un droit. Cela dit, il s'agit manifestement de plus qu'un simple droit procédural. Cet article 2 touche à la compétence des tribunaux et « il est bien établi que la compétence n'est pas une question de procédure » (*Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, p. 1040; voir aussi Côté, p. 231).

161 Nous estimons en outre que l'art. 2 du projet de loi 48 n'a pas d'effet rétroactif. À moins que la loi ne dispose autrement, explicitement ou par déduction nécessaire, cet article ne doit pas être interprété comme ayant un tel effet. La remarque incidente formulée par le juge Wright dans *In Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547, p. 551-552, reflète encore parfaitement le droit applicable en l'espèce :

> [TRADUCTION] Il se peut qu'aucune règle d'interprétation ne soit plus solidement établie que celle-ci :

not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only.

(See also *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279.)

162 Nothing in Bill 48 leads us to think that its s. 2 should be read as having retroactive effect. The transitional provisions do not state it and cannot be interpreted in such a way. Therefore, the general presumption against the retroactivity of the statute has not been rebutted and s. 2 of Bill 48 should not be interpreted as having the effect of rendering null the arbitration agreement at bar as this agreement was concluded before the coming into force of the provision.

(2) The Scope of the Analysis Under Art. 940.1 C.C.P.

163 The appellant relies on the competence-competence principle in arguing that the extent of the review that a court should conduct under art. 940.1 C.C.P. should be limited to a *prima facie* investigation. This principle has been described as having two components (see e.g., E. Gaillard and J. Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), at p. 401). First, the competence-competence principle stands for the proposition that the arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction. This principle is well established in our law and has received legislative recognition in art. 943 C.C.P. More importantly for present purposes, it is a rule of chronological priority under which the arbitrators must have the first opportunity to rule on their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts. This aspect of the competence-competence principle is still subject to disagreement and gives rise to different applications.

164 In trying to determine the scope of this principle, one has to keep in mind the difference between

un effet rétroactif ne doit pas être donné à une loi de manière à altérer un droit ou une obligation existants, sauf en matière de procédure, à moins que ce résultat ne puisse pas être évité sans faire violence au texte. Si la rédaction du texte peut donner lieu à plusieurs interprétations, on doit l'interpréter comme devant prendre effet pour l'avenir seulement.

(Voir également *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279.)

Aucune disposition du projet de loi 48 ne nous amène à croire que son art. 2 devrait être interprété comme ayant un effet rétroactif. Les dispositions transitoires ne l'indiquent pas et ne sauraient être interprétées en ce sens. Par conséquent, la présomption générale de la non-rétroactivité de la loi n'a pas été réfutée et l'art. 2 du projet de loi 48 ne devrait pas recevoir une interprétation ayant pour effet d'annuler la convention d'arbitrage en litige puisque celle-ci a été conclue avant l'entrée en vigueur de la disposition.

(2) La portée de l'analyse requise par l'art. 940.1 C.p.c.

L'appelante invoque le principe de compétence-compétence, soutenant que le tribunal qui doit procéder à un examen en application de l'art. 940.1 C.p.c. devrait se limiter à un examen sommaire. On a affirmé que ce principe comporte deux volets (voir par exemple E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 401). D'abord, selon le principe de compétence-compétence, les arbitres possèdent le pouvoir de statuer sur leur propre compétence. Ce principe est bien établi dans notre droit et le législateur l'a reconnu à l'art. 943 C.p.c. Ce qui importe d'avantage pour les besoins de l'espèce, il s'agit d'une règle qui établit une priorité chronologique selon laquelle les arbitres doivent les premiers pouvoir statuer sur leur compétence, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux. Cet aspect du principe de compétence-compétence fait toujours l'objet de débat et donne lieu à différentes applications.

En cherchant à déterminer la portée de ce principe, il ne faut pas oublier la différence qui existe

the types of challenges that can be brought against an arbitrator's jurisdiction. They fall into two main categories. The first category encompasses the challenges regarding the *validity* of the arbitration agreement involving the parties. The second category encompasses the challenges regarding the *applicability* of the arbitration agreement to the specific dispute.

It is relatively well accepted that the competence-competence principle applies to the jurisdictional challenges regarding the *applicability* of the arbitration agreement (see e.g., *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL) (C.A.)). In any challenge to arbitral jurisdiction alleging that the dispute does not fall within the scope of the arbitration clause, it has been established that courts ought to send the matter to arbitration and allow the arbitrator to decide the question, unless it is obvious that the dispute is not within the arbitrator's jurisdiction. (See L. Y. Fortier, "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143, at p. 146; P. Bienvenu, "The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region" (1999), 59 *R. du B.* 705, at p. 721; J. B. Casey and J. Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005), at p. 64; L. Marquis, "La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire" (1990), 21 *R.D.U.S.* 303, at pp. 318-19.) However, whether courts ought to generally send the matter to arbitration when the validity of the arbitration agreement itself is challenged, is more controversial.

In some cases, the courts have recognized that the arbitrators should be the first to rule on the validity of the arbitration agreement and have referred the parties to arbitration (see e.g., *World LLC v. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] Q.J. No. 736 (QL) (Sup. Ct.); *Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173 (Sup. Ct.); *Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.*, [2002] Q.J. No. 437 (QL) (Sup. Ct.); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] Q.J. No. 9998 (QL) (Sup. Ct.)). In other

entre les types de contestation dont peut faire l'objet la compétence de l'arbitre. Elles se classent en deux grandes catégories. La première comprend les contestations relatives à la *validité* de la convention d'arbitrage conclue par les parties. La seconde catégorie inclut les contestations relatives à l'*applicabilité* de la convention d'arbitrage au litige en cause.

165 Il est relativement bien accepté que le principe de compétence-compétence s'applique aux contestations de la compétence relatives à l'*applicabilité* de la convention d'arbitrage (voir par exemple *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. nº 5922 (QL) (C.A.)). Dans toute contestation relative à la compétence arbitrale où il est allégué que le litige n'est pas visé par la clause d'arbitrage, il a été établi que les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage et permettre à l'arbitre de trancher la question, à moins qu'il soit évident que le litige échappe à sa compétence. (Voir L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 146; P. Bienvenu, « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B.* 705, p. 721; J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 64; L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303, p. 318-319.) Toutefois, la question de savoir si, en général, les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage lorsque la contestation vise la validité de la convention d'arbitrage est elle-même plus controversée.

166 Dans certains cas, les tribunaux ont reconnu que les arbitres devraient les premiers statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et ont renvoyé les parties à l'arbitrage (voir par exemple *World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] A.Q. nº 736 (QL) (C.S.); *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173 (C.S.); *Simbol Test Systems Inc. c. Gnubi Communications inc.*, [2002] J.Q. nº 437 (QL) (C.S.); *Sonox Sia c. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] J.Q. nº 9998 (QL) (C.S.)). Dans d'autres cas, les tribunaux ont procédé

cases, the courts have undertaken a comprehensive review of the validity of the arbitration clause before referring, or refusing to refer, the case to arbitration (see e.g., *Martineau v. Verreault*, [2001] Q.J. No. 3103 (QL) (Sup. Ct.); *Chassé v. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165 (Sup. Ct.); *Lemieux v. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] Q.J. No. 9489 (QL) (C.Q.); *Joseph v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669 (C.Q.); *Bureau v. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006 (C.Q.); *Richard-Gagné v. Poiré*, [2006] Q.J. No. 9350 (QL), 2006 QCCS 4980).

167 The difficulties caused by the lack of clarity in the drafting of the C.C.P. now confirms the need for a full review of the matter in order to determine the appropriate approach to the exercise of the supervisory power of the Superior Court.

168 The appellant argues for what has been called the "*prima facie* approach" following which a court seized of a referral application should refer the matter to arbitration upon being satisfied on a *prima facie* basis that the action was not commenced in breach of a valid arbitration agreement. The appellant, and the doctrine to which it refers, never gives a precise definition of the expression "*prima facie*" in this context. We interpret its submissions as meaning that the court seized of a referral application would have to decide if the arbitration agreement *appears* to be valid and applicable to the dispute only on the basis of the documents produced to support the motion, presuming that they are true, without hearing any testimonial evidence. The ruling of the court on the issue would not have the authority of a final judgment and the arbitral tribunal could conduct its own comprehensive review of the validity of the arbitration, subject to subsequent review by the courts.

169 On the contrary, the respondents argue for what has been called the "comprehensive approach" following which the objections to the validity of the arbitration agreement should be dealt with comprehensively before the matter is referred (or not) to arbitration. The court seized of a referral application could thus, for example, hear testimonial

à un examen exhaustif de la validité de la clause d'arbitrage avant de renvoyer ou non l'affaire à l'arbitrage (voir par exemple *Martineau c. Verreault*, [2001] J.Q. nº 3103 (QL) (C.S.); *Chassé c. Union Canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165 (C.S.); *Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] J.Q. nº 9489 (QL) (C.Q.); *Joseph c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669 (C.Q.); *Bureau c. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006 (C.Q.); *Richard-Gagné c. Poiré*, [2006] J.Q. nº 9350 (QL), 2006 QCCS 4980).

Les difficultés causées par la rédaction imprécise du C.p.c. confirment maintenant la nécessité d'un examen complet de la question afin de déterminer la façon appropriée d'aborder l'exercice du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure.

L'appelante préconise ce que l'on a appelé « l'analyse sommaire » suivant laquelle le tribunal saisi d'une demande de renvoi devrait renvoyer l'affaire à l'arbitrage s'il est convaincu, à l'issue d'une analyse sommaire, que l'action n'a pas été engagée en contravention d'une convention d'arbitrage valide. En aucun cas l'appelante, et la doctrine sur laquelle elle s'appuie, n'offrent une définition précise du terme « sommaire » dans ce contexte. Selon nous, elle veut dire par ses observations que le tribunal saisi d'une demande de renvoi devrait décider si la convention d'arbitrage *semble* valide et applicable au litige sur la seule foi des documents produits au soutien de la requête, en présumant qu'ils sont véridiques, sans entendre aucun témoignage. La décision du tribunal sur la question n'aurait pas l'autorité de la chose jugée et le tribunal arbitral pourrait lui-même procéder à un examen exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux.

À l'inverse, les intimés préconisent ce que l'on a appelé une « analyse exhaustive » suivant laquelle les arguments soulevés à l'encontre de la validité de la convention d'arbitrage devraient être examinés de façon exhaustive avant que l'affaire soit renvoyée (ou non) à l'arbitrage. Le tribunal saisi d'une demande de renvoi pourrait ainsi, par exemple,

evidence before ruling on the validity of the arbitration agreement. Furthermore, its ruling would have the authority of a final judgment (*res judicata*) on the matter. As the intervener London Court of International Arbitration notes in its factum, the advocates of both approaches share a common objective, that is to promote the efficiency of the dispute resolution mechanisms. Where they disagree is on how best to achieve this objective.

entendre des témoins avant de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage. De plus, sa décision aurait sur cette question l'autorité de la chose jugée (*res judicata*). Comme le signale dans son mémoire l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres, les tenants des deux façons de procéder ont un objectif commun — favoriser l'efficience des mécanismes de règlement des différends. Là où ils ne s'entendent pas, c'est sur la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

The advocates of a comprehensive judicial review of the validity of the arbitration agreement under art. 940.1 C.C.P. rely on an "economy-of-means" rationale. They argue that it is a waste of time and money to refer the question of the validity of an agreement to an arbitral tribunal, whose very jurisdiction is challenged by one of the parties, in order to allow it to first rule on the question, as the parties will almost invariably have to return to the court either for a decision on the validity of the arbitration agreement pursuant to art. 943.1 C.C.P. (if the arbitral tribunal has declared itself competent) or to continue the proceedings that were interrupted by the referral application (if the arbitral tribunal has declared itself incompetent). They also argue that, as the jurisdiction of the arbitral tribunal depends entirely on the validity of the arbitration, it is illogical to ask the arbitral tribunal to first rule on the validity of the arbitration agreement.

170 Les partisans d'un examen judiciaire exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage aux termes de l'art. 940.1 C.p.c. s'appuient sur une logique d'« économie de moyens ». Ils soutiennent que le renvoi de la question de la validité d'une convention au tribunal d'arbitrage, dont la compétence même est contestée par l'une des parties, afin de lui permettre de statuer en premier sur la question, constitue une perte de temps et d'argent puisque les parties devront presque inévitablement revenir devant le tribunal pour qu'il décide de la validité de la convention d'arbitrage conformément à l'art. 943.1 C.p.c. (si le tribunal arbitral s'est lui-même déclaré compétent) ou pour poursuivre l'instance interrompue par la demande de renvoi (si le tribunal arbitral s'est lui-même déclaré incompétent). Ils affirment en outre que, puisque la compétence du tribunal arbitral dépend entièrement de la validité de la convention d'arbitrage, il est illogique de lui demander d'être le premier à statuer sur cette question.

Those who are in favour of limiting the review of the courts to a *prima facie* review focus on the prevention of dilatory tactics. They argue that a comprehensive review of the validity of an agreement, based on testimonial as well as documentary evidence, can take many months to decide, and that allowing such a review at the referral stage would afford a recalcitrant party the opportunity to delay unduly the commencement or progress of the arbitration. They further argue that the validity of the arbitration agreement should be presumed and that limiting its comprehensive review by the court only to the motions brought pursuant to art. 943.1 C.C.P. does not entail the same problems as this provision explicitly provides that the arbitral tribunal may

171 Ceux qui souhaitent que les tribunaux se limitent à un examen sommaire insistent sur la prévention des tactiques dilatoires. Ils soutiennent qu'un examen exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage, fondé sur une preuve testimoniale et documentaire, peut durer des mois et qu'autoriser un tel examen à l'étape de la demande de renvoi permettrait à une partie récalcitrante de retarder indûment le début ou le déroulement du processus d'arbitrage. Ils affirment en outre que la validité de la convention d'arbitrage devrait être présumée et le fait d'en limiter l'examen exhaustif au seul cas où le tribunal est saisi d'une requête fondée sur l'art. 943.1 C.p.c. ne soulève pas les mêmes problèmes, puisque cette disposition prévoit expressément que

pursue the proceedings and make its award while such a motion is pending.

172 It is particularly significant to note that art. 940.1 C.C.P. clearly provides that a preliminary question be answered by the court concerning the agreement's validity; the provision does not specify that only a "*prima facie*" review be undertaken. The Quebec Superior Court, as a court designated by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, possesses inherent jurisdiction and has original jurisdiction in any matter unless jurisdiction is taken away by statute, according to arts. 31 and 33 C.C.P. (see also T. A. Cromwell in "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, at pp. 1030-31, cited to *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 32). In matters involving an exclusive arbitration clause, the Quebec legislator has seen fit to divest Quebec courts of their jurisdiction pursuant to art. 3148, para. 2 C.C.Q., subject to those exceptions discussed above, and subject to art. 940.1 C.C.P. which, on its face, clearly gives the Superior Court the power to consider the validity of the arbitration agreement.

173 According to contextual argument based on the French version of art. 940.1 C.C.P., the word "*constate*" effectively means that courts can only undertake a *prima facie* review of the nullity of the arbitration agreement. But then art. 2642 C.C.Q. uses the same language with regard to the arbitrator's review of the arbitration clause: "*la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage*". Applying the reasoning that "*constate*" in art. 940.1 C.C.P. signifies a *prima facie* review pursuant to art. 2642 C.C.Q., an arbitrator would be limited to a *prima facie* analysis of the validity of the contract containing the arbitration clause and would be unable to conduct any in-depth analysis or hear proof as to the alleged nullity of a contract. Such a result would confirm that the argument is flawed and illogical. Moreover, the verb "*constate*", in a legal context, does not appear to imply a superficial review. It may just as well indicate a review on the

le tribunal d'arbitrage peut poursuivre la procédure et rendre une sentence tant qu'il n'a pas été statué sur la requête.

Il importe particulièrement de signaler que l'art. 940.1 C.p.c. indique clairement que le tribunal doit répondre à la question préliminaire concernant la validité de la convention; la disposition ne précise pas qu'il ne doit faire qu'un examen « sommaire ». La Cour supérieure du Québec, en tant que tribunal désigné par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, possède une compétence inhérente et connaît en première instance de toute affaire, sauf si une loi lui retire cette compétence, conformément aux art. 31 et 33 C.p.c. (voir également T. A. Cromwell, « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, p. 1030-1031, cité dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 32). Pour ce qui est des questions portant sur une clause d'arbitrage exclusif, le législateur québécois a jugé bon, à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q., de dépouiller les tribunaux du Québec de leur compétence, sous réserve des exceptions examinées précédemment et de l'art. 940.1 C.p.c. qui, à première vue, confère clairement à la Cour supérieure le pouvoir de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage.

Selon l'argument contextuel fondé sur la version française de l'art. 940.1 C.p.c., le mot « constate » signifie effectivement que les tribunaux ne peuvent se livrer qu'à un examen sommaire de la nullité de la convention d'arbitrage. Or, l'art. 2642 C.c.Q. reprend les mêmes termes au sujet de l'examen de la clause d'arbitrage par l'arbitre : « la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage ». Si l'on applique le raisonnement voulant que le terme « constate » à l'art. 940.1 C.p.c. signifie un examen sommaire prévu à l'art. 2642 C.c.Q., l'arbitre devrait s'en tenir à un examen sommaire de la validité du contrat contenant la clause d'arbitrage et ne pourrait procéder à une analyse approfondie de la prétendue nullité du contrat ni entendre la preuve déposée au soutien de cette prétention. Pareil résultat confirmerait que cet argument est mal fondé et illogique. De plus, dans un contexte juridique, le verbe « constate » ne semble pas supposer un

merits of an issue of fact and law. See G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (8th ed. 2000), at p. 208.

Furthermore, the Minister of Justice's comments on art. 2642 C.C.Q. support the proposition that a full review of nullity can be undertaken by the courts when the validity of the arbitration agreement is challenged. This article provides that an arbitration agreement contained in a contract is a separate agreement from the other clauses of the contract in which it is contained. As a consequence, the arbitration agreement must be subject to all of the general grounds for invalidating a contract at civil law, including those applying specifically to consumer or adhesion contracts. The comment of the Minister of Justice specifically recognizes that an arbitration agreement is subject to the general rules of contract and can be challenged before the courts on the same basis as any other contract:

[TRANSLATION] This rule [art. 2642 C.C.Q.] does not preclude a party from asking the court to rule on the nullity of the arbitration agreement if, for example, he or she did not give free and informed consent or did not have the capacity to contract. The general rules of the law of obligations apply to an arbitration agreement as to any contract.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1651)

An argument was also presented on the basis of the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* of June 21, 1985 ("*Model Law*"), U.N. Doc. A/40/17, Annex I, and the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 ("*New York Convention*"), international documents the Quebec rules on arbitration are based on and which can be used to interpret the C.C.P. rules (see *GreCon Dimter*, at paras. 39-43, and art. 940.6 C.C.P.). It was argued that these provisions mandate that only a *prima facie* review of nullity be undertaken by courts. A review of these provisions has convinced us that the drafters of the *Model Law* and the *New York Convention* intended that

examen superficiel. Il peut tout aussi bien s'entendre d'un examen sur le fond d'une question de fait et de droit. Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (8e éd. 2000), p. 208.

174 De plus, les commentaires du ministre de la Justice au sujet de l'art. 2642 C.c.Q. étayent la prétention que les tribunaux peuvent procéder à un examen exhaustif de la nullité lorsque la validité de la convention d'arbitrage est contestée. Suivant cette disposition, une convention d'arbitrage contenue dans un contrat demeure une convention distincte des autres clauses du contrat qui la contient. Par conséquent, tous les motifs généraux d'invalidation des contrats reconnus en droit civil, y compris ceux qui visent expressément les contrats de consommation ou d'adhésion, doivent s'appliquer à la convention d'arbitrage. Le commentaire du ministre de la Justice reconnaît expressément que la convention d'arbitrage est soumise aux règles générales des contrats et peut être contestée devant les tribunaux pour les mêmes motifs que tout autre contrat :

Cette règle [art. 2642 C.c.Q.] n'exclut pas qu'une partie demande au tribunal de prononcer la nullité de la convention d'arbitrage si, à titre d'exemple, elle n'a pas donné un consentement libre et éclairé ou qu'elle n'avait pas la capacité de contracter. Les règles générales du droit des obligations s'appliquent à cette convention comme à tout contrat.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1651)

175 On a également invoqué la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* du 21 juin 1985 (« *Loi type* »), Doc. N.U. A/40/17, annexe I, et la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (« *Convention de New York* »), des documents internationaux desquels sont inspirées les règles québécoises sur l'arbitrage et qui peuvent servir à l'interprétation des règles du C.p.c. (voir *GreCon Dimter*, par. 39-43, et art. 940.6 C.p.c.). On a soutenu que suivant ces textes, les tribunaux ne peuvent procéder qu'à un examen sommaire de la nullité. Une étude de ces documents nous a convaincus que les rédacteurs de la *Loi type* et de la *Convention de New York* voulait que les tribunaux

courts and arbitrators have concurrent jurisdiction over such questions. In our view, the Quebec legislator, basing the Quebec rules on these international documents, adopted the same approach. The Report of the Working Group preparing the *Model Law* specifically states that it opted not to take a "manifestly" null and void approach:

77. A suggestion was made that [article 8 of the *Model Law*] should not be understood as requiring the court to examine in detail the validity of an arbitration agreement and that this idea could be expressed by requiring only a *prima facie* finding or by rephrasing the closing words as follows: "unless it finds that the agreement is *manifestly* null and void". In support of that idea it was pointed out that it would correspond with the principle to let the arbitral tribunal make the first ruling on its competence, subject to later control by a court. However, the prevailing view was that, in the cases envisaged under paragraph (1) where the parties differed on the existence of a valid arbitration agreement, that issue should be settled by the court, without first referring the issue to an arbitral tribunal, which allegedly lacked jurisdiction. The Working Group, after deliberation, decided to retain the text of paragraph (1).

(*Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session* (New York, 22 February — 4 March 1983), A/CN.9/233)

The finding is confirmed by P. Binder in *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (2nd ed. 2005), at p. 91.

176 Endorsing a concurrent jurisdiction approach to questions concerning the validity of the agreement is defendable on an "economy-of-means" rationale and consistent with the general policy favouring the autonomy of the parties. Although art. 940.1 C.C.P. is not clear regarding the extent of the analysis the court should undergo, we think that a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator's clear intention to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory

et les arbitres possèdent une compétence concurrente à l'égard de ces questions. À notre avis, en fondant les règles québécoises sur ces documents internationaux, le législateur québécois a adopté la même approche. Le rapport du groupe de travail œuvrant à la préparation de la *Loi type* précise que le groupe de travail a choisi de ne pas adopter une approche fondée sur la nullité « apparente » :

77. Il a été suggéré que [l'article 8 de la *Loi type*] ne soit pas interprété comme stipulant que le tribunal doit examiner en détail la validité d'une convention d'arbitrage et que cette idée pouvait être exprimée en exigeant simplement une constatation *prima facie* ou en remaniant la fin de la phrase de manière à ce qu'elle se lise comme suit : « à moins qu'il ne constate que ladite convention est *manifestement* caduque ». À l'appui de cette idée, on a fait remarquer que cela reviendrait à consacrer le principe selon lequel il convenait de laisser d'abord le tribunal arbitral statuer sur sa compétence, sous réserve d'un contrôle ultérieur par une instance judiciaire. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, dans les cas envisagés au paragraphe 1, c'est-à-dire où les parties n'étaient pas d'accord quant à l'existence d'une convention d'arbitrage valide, cette question devrait être réglée par une instance judiciaire, sans avoir à être soumise au préalable à un tribunal arbitral dont la compétence était mise en doute. Le Groupe de travail, après délibération, a décidé de conserver le texte du paragraphe 1.

(*Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa cinquième session* (New York, 22 février — 4 mars 1983), A/CN.9/233)

Cette conclusion est confirmée par P. Binder dans *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (2e éd. 2005), p. 91.

L'adhésion à une approche fondée sur une compétence concurrente à l'égard des questions portant sur la validité de la convention peut se défendre dans une logique d'« économie de moyens » et reste compatible avec le principe général favorisant l'autonomie de la volonté des parties. Bien que l'art. 940.1 C.p.c. manque de précision quant à l'étendue de l'examen auquel devrait se livrer le tribunal, nous croyons qu'une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention claire du législateur

jurisdiction of the Superior Court. When seized with a declinatory exception, a court should rule on the validity of the arbitration only if it is possible to do it on the basis of documents and pleadings filed by the parties without having to hear evidence or make findings about its relevance and reliability.

de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure. Lorsqu'il est saisi d'un moyen déclinatoire, le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l'arbitrage que s'il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci.

This approach appears to be more consistent with the legislative framework which favours an *a posteriori* control of the arbitral process and sentences. As we have noted above, the affirmative ruling of an arbitrator on jurisdiction will always be subject to the comprehensive review of a court seized of the question pursuant to art. 943.1 C.C.P. Furthermore, art. 946.4, para. 1(2) C.C.P. expressly provides, *inter alia*, that a court can refuse the homologation of an arbitration award on proof that the arbitration agreement that led to it was invalid. Both these means of exercising *a posteriori* control do not impede the efficiency of the arbitration proceeding since the latter takes place after the arbitral proceeding has been completed and the former does not suspend it.

177 Il semble que cette approche s'inscrive davantage dans le cadre législatif qui favorise un contrôle *a posteriori* du processus et des sentences arbitrales. Comme nous l'avons déjà mentionné, la décision d'un arbitre qui se déclare compétent pourra toujours faire l'objet d'un examen exhaustif par le tribunal saisi de la question en application de l'art. 943.1 C.p.c. De plus, l'art. 946.4, al. 1(2) C.p.c. prévoit expressément, entre autres choses, qu'un tribunal peut refuser l'homologation d'une sentence arbitrale s'il est établi que la convention d'arbitrage à l'origine de cette sentence est invalide. Ces deux moyens de contrôle *a posteriori* ne nuisent pas à l'efficacité du processus arbitral : le dernier moyen s'exerce une fois le processus terminé, alors que le premier n'a pas pour effet d'entraîner la suspension du processus.

That said, we believe courts may still exercise some discretion when faced with a challenge to the validity of an arbitration agreement regarding the extent of the review they choose to undertake. In some circumstances, particularly in those that truly merit the label "international commercial arbitration", it may be more efficient to submit all questions regarding jurisdiction for the arbitrator to hear at first instance. In other circumstances, such as in the present case where we are faced with the need to interpret provisions of the *Civil Code*, it would seem preferable for the court to fully entertain the challenge to the arbitration agreement's validity. In our view, the courts below were correct to fully consider Dumoulin's challenge to the validity of the arbitration agreement based on the application of art. 3149 C.C.Q.

178 Cela dit, nous croyons que les tribunaux peuvent toujours exercer un certain pouvoir discrétionnaire quant à l'étendue de l'examen qu'ils choisissent de faire lorsque la validité d'une convention d'arbitrage est contestée. Dans certaines circonstances, et en particulier dans celles qui méritent vraiment d'être qualifiées d'« arbitrage commercial international », il peut être plus avantageux que l'arbitre soit saisi en première instance de toutes les questions de compétence. Dans d'autres circonstances, telles qu'en l'espèce où il nous faut interpréter certaines dispositions du *Code civil*, il semblerait préférable que le tribunal entende au complet la contestation relative à la validité de la convention d'arbitrage. À notre avis, les juridictions inférieures ont eu raison d'examiner pleinement la contestation de M. Dumoulin quant à la validité de la convention d'arbitrage, compte tenu de l'art. 3149 C.c.Q.

D. *Possible Grounds of Nullity of the Arbitration Agreement*

(1) Does the Arbitration Clause Constitute a Waiver of the International Jurisdiction of the Quebec Authorities that Cannot Be Set Up Against Dumoulin?

179 Here, we are faced with the task of interpreting art. 3149 C.C.Q. which is located in Section II, "Personal Actions of a Patrimonial Nature" included in Chapter II, "Special Provisions" of Title Three, "International Jurisdiction of Québec Authorities" in Book Ten of the *Civil Code*, entitled "Private International Law". There are four provisions in Section II. First, there is art. 3148, para. 1(1) to (5) of which set out the general rules on when a Quebec authority has jurisdiction to hear a dispute. As discussed above, the second paragraph sets out when a Quebec authority loses jurisdiction to hear a dispute it would otherwise be competent to hear. Then arts. 3149 to 3151, as mentioned earlier, appear as legislated limits on the autonomy of the parties.

180 For ease of reference, we set out arts. 3148, para. 2 and 3149 C.C.Q.:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

. . .

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

3149. A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

D. *Motifs possibles de nullité de la convention d'arbitrage*

(1) La clause d'arbitrage constitue-t-elle une renonciation à la compétence internationale des autorités québécoises qui ne peut être opposée à M. Dumoulin?

Nous devons maintenant interpréter l'art. 3149 C.c.Q., qui se trouve à la section II, « Des actions personnelles à caractère patrimonial », du chapitre II, « Dispositions particulières » du titre troisième, « De la compétence internationale des autorités du Québec », figurant au livre dixième du *Code civil*, intitulé « Du droit international privé ». La section II comporte quatre dispositions, à commencer par l'art. 3148, al. 1 dont les par. (1) à (5) énoncent les règles générales permettant de déterminer les cas dans lesquels les autorités québécoises sont compétentes à l'égard d'un litige. Tel qu'indiqué précédemment, le deuxième alinéa précise quand les autorités québécoises perdent leur compétence pour connaître d'un litige à l'égard duquel elles auraient par ailleurs compétence. Suivent ensuite les art. 3149 à 3151 où comme nous l'avons vu, le législateur semble limiter l'autonomie de la volonté des parties.

Par souci de commodité, nous reproduisons les art. 3148, al. 2 et 3149 C.c.Q. :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

. . .

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

The first phrase of art. 3149 confers jurisdiction on a "Québec authority" to hear an action involving a consumer or employment contract so long as the consumer or worker has his or her residence or domicile in Quebec. This phrase must be seen as giving additional protection to consumers and workers by conferring jurisdiction to Quebec authorities when these persons act as plaintiffs, since Quebec authorities already have jurisdiction where the consumer or worker is named as the defendant (per art. 3148, para. 1(1)).

The second phrase of art. 3149 provides that the waiver of the jurisdiction of Quebec authorities by the consumer or worker cannot be set up against him or her. A consumer or worker waives the jurisdiction of Quebec authorities precisely through entering the type of agreement contemplated in art. 3148, para. 2, whereby parties ". . . have chosen to submit all existing or future disputes between themselves . . . to a foreign authority or to an arbitrator". The effect of the second phrase is that a defending party cannot, in response to an action brought before a Quebec authority, the Superior Court for example, argue that the court has no jurisdiction to hear the matter by operation of a forum selection or arbitration clause.

Here, Dumoulin has his domicile in Quebec and the Superior Court is clearly a Quebec authority. It would seem that, for Dell to maintain that the Superior Court has no jurisdiction in this matter, it would have to argue that the arbitrator presiding over the NAF arbitration proceeding is a Quebec authority. It is only if this is the case that Dumoulin cannot be said to have waived the jurisdiction of a Quebec authority through the arbitration clause.

Thus, in determining whether art. 3149 C.C.Q. applies, the language invites us to ask whether the jurisdiction chosen in the contract through a forum selection or arbitration clause is a "Québec authority". If that jurisdiction is not a "Québec authority", art. 3149 comes into play to permit the consumer or worker to bring his or her dispute before a "Québec

181 La première phrase de l'art. 3149 confère aux « autorités québécoises » le pouvoir d'entendre une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail dans la mesure où le consommateur ou le travailleur a sa résidence ou son domicile au Québec. Il faut considérer cette phrase comme une protection supplémentaire accordée au consommateur ou au travailleur puisqu'elle attribue compétence aux autorités québécoises lorsque ces personnes agissent en qualité de demandeurs, alors que les autorités québécoises sont déjà compétentes lorsque le consommateur ou le travailleur est désigné comme défendeur (art. 3148, al. 1(1)).

182 La deuxième phrase de l'art. 3149 prévoit que la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence des autorités québécoises ne peut lui être opposée. Le consommateur ou le travailleur renonce à la compétence des autorités québécoises en concluant exactement le genre de convention envisagée à l'art. 3148, al. 2, par laquelle les parties « ont choisi [. . .] de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles [. . .] à une autorité étrangère ou à un arbitre ». Cette deuxième phrase a pour effet d'empêcher la partie défenderesse de prétendre, en réponse à une action portée devant une autorité québécoise, la Cour supérieure par exemple, que le tribunal n'a pas compétence pour entendre l'affaire par l'application d'une clause d'élection de for ou d'arbitrage.

183 En l'espèce, M. Dumoulin a son domicile au Québec et la Cour supérieure est clairement une autorité québécoise. Il semblerait que pour soutenir que la Cour supérieure n'a pas compétence en la matière, Dell devait plaider que l'arbitre qui préside à la procédure d'arbitrage du NAF est une autorité québécoise. C'est le seul cas où l'on ne pourrait dire que M. Dumoulin a renoncé, dans la clause d'arbitrage, à la compétence d'une autorité québécoise.

184 Ainsi, pour déterminer si l'art. 3149 C.c.Q. s'applique, il faut suivant cet article nous demander si la juridiction choisie dans le contrat au moyen d'une clause d'élection de for ou d'arbitrage est une « autorité québécoise ». Si cette juridiction n'est pas une « autorité québécoise », l'art. 3149 entre en jeu et permet au consommateur ou au travailleur de

authority". The issue, then, is who is a "Québec authority"?

185 The respondents argue that art. 3149 must be read in light of the distinction made in the second paragraph of art. 3148 between a "Québec authority", a "foreign authority" and "an arbitrator", such that a "Québec authority" in art. 3149 cannot be a "foreign authority" or "an arbitrator". This is challenged by the appellant who argues that if the arbitration is to take place in Quebec, then art. 3149 does not apply at all. The argument being made is that the arbitration is not "international" since it was found that it would take place in Quebec. In such a case, the rules of private international law in Book Ten of the C.C.Q. do not come into play. This submission raises a new question that has become a central issue in this case: faced with an exclusive arbitration clause agreed on by the parties, to what extent — if any — must the facts disclose "foreign" elements, or be "international" for the rules of private international law to be engaged? The question calls for a detailed examination.

(a) *Must the Arbitration Agreement Contain a "Foreign Element" in Order for Articles 3148, Para. 2 and 3149 — Rules of Private International Law — to Be Engaged?*

186 The introduction to any private international law (or "conflict of laws" as it is more commonly referred to in common law jurisdictions) textbook will state that this area of law comes into play in legal disputes involving foreign elements. But what does this general assertion mean? Is any foreign element sufficient to invoke private international law? In order to answer these questions, it is helpful to first explain the nature, purpose and structure of private international law.

187 Despite what its name might connote, and the existence of international agreements on various aspects of private international law, the latter is not international in the "public international law"

soumettre son litige à une « autorité québécoise ». Il faut donc déterminer ce qu'est une « autorité québécoise ».

Les intimés soutiennent que l'art. 3149 doit être interprété à la lumière du deuxième alinéa de l'art. 3148 qui établit une distinction entre une « autorité québécoise », une « autorité étrangère » et « un arbitre », de sorte qu'une « autorité québécoise », pour l'application de l'art. 3149, ne saurait être une « autorité étrangère » ou « un arbitre ». Cette interprétation est contestée par l'appelante qui prétend que si l'arbitrage doit avoir lieu au Québec, alors l'art. 3149 ne s'applique pas. Suivant cet argument, l'arbitrage n'est pas « international » puisqu'il a été décidé qu'il aurait lieu au Québec. Dans un tel cas, les règles de droit international privé énoncées au livre dixième du C.c.Q. ne s'appliquent pas. Cette observation soulève une nouvelle question, devenue cruciale en l'espèce : devant une clause d'arbitrage exclusif à laquelle les parties ont consentie, dans quelle mesure — le cas échéant — les faits doivent-ils laisser voir des éléments « d'extranéité », ou être « internationaux », pour que s'appliquent les règles de droit international privé? La question mérite un examen détaillé.

a) *La convention d'arbitrage doit-elle comporter un « élément d'extranéité » pour que s'appliquent les art. 3148, al. 2 et 3149 — les règles de droit international privé?*

Dans l'introduction de tout ouvrage de droit international privé (ou traitant du « conflit de lois », suivant son appellation plus courante dans les provinces de common law), on écrit que ce domaine du droit s'applique aux litiges comportant des éléments d'extranéité. Mais que signifie cette affirmation générale? Tout élément d'extranéité suffit-il pour invoquer le droit international privé? Afin de répondre à ces questions, il est utile d'expliquer d'abord la nature, l'objet et la structure du droit international privé.

Malgré ce que son nom peut laisser entendre, et l'existence d'accords internationaux touchant plusieurs de ses aspects, le droit international privé n'est pas international au même titre que le « droit

sense. It is not "international" or universal norms that determine when such rules apply; rather, these are domestic laws created by the judiciary or the legislature within a given territory. J.-G. Castel, in *Canadian Conflict of Laws* (4th ed. 1997), at pp. 4-5, describes the character of the conflict of laws:

Principles and rules of the conflict of laws are not international, they are essentially national in character. Since they are part of the local law, they are formulated by the legislative bodies of the different legal units or are to be found in the decisions of their courts.

At their core, the rules of private international law/conflict of laws are local laws designed to provide answers in legal situations where two or more systems of law are capable of applying. Unfortunately, as discussed by Collier, at pp. 5-6, the names given to this area of law can be misleading with respect to its purpose:

Two names for the subject ["private international law" and "conflict of laws"] are in common use; however, they are interchangeable. Neither is wholly accurate or properly descriptive. The name "conflict of laws" is somewhat misleading, since the object of this branch of the law is to eliminate any conflict between two or more systems of law (including [domestic] law) which have competing claims to govern the issue which is before the court, rather than to provoke such a conflict, as the words may appear to suggest. However, it was the name given to the subject by A. V. Dicey, when he published his treatise, the first coherent account by an English lawyer of its rules and principles, in 1896 and it has been hallowed by use ever since.

Another name is "private international law", which is in common use in Europe. This is even more misleading than "conflict of laws", and each of its three words requires comment. "Private" distinguishes the subject from "public" international law, or international law *simpliciter*. The latter is the name for the body of rules and principles which governs states and international organisations in their mutual relations. It is administered through the International Court of Justice, other international courts and arbitral tribunals, international organisations and foreign offices, although, as part of

international public ». Ce ne sont pas des normes « internationales » ou universelles qui décident des cas d'application des règles de droit international privé; ces normes consistent plutôt en des lois nationales créées par le pouvoir judiciaire ou législatif dans un territoire donné. Dans son ouvrage *Canadian Conflict of Laws* (4e éd. 1997), p. 4-5, J.-G. Castel décrit la nature du conflit de lois :

[TRADUCTION] Les principes et les règles du conflit de lois ne sont pas internationaux, ils ont un caractère essentiellement national. Puisqu'ils font partie du droit local, ils sont formulés par les organismes législatifs des diverses entités juridiques ou sont tirés des décisions de leurs tribunaux.

188 Essentiellement, les règles de droit international privé ou de conflit de lois sont des lois locales destinées à remédier aux situations litigieuses auxquelles pourraient s'appliquer au moins deux systèmes juridiques. Malheureusement, comme l'a expliqué Collier, p. 5-6, les différentes façons de désigner ce domaine du droit peuvent être trompeuses quant à son objet :

[TRADUCTION] Il est d'usage courant que le domaine soit désigné sous deux appellations [« droit international privé » et « conflit de lois »]; cependant, celles-ci sont interchangeables. Aucune n'est parfaitement exacte ni précisément descriptive. L'appellation « conflit de lois » est quelque peu trompeuse puisque ce domaine vise à éliminer tout conflit opposant au moins deux systèmes juridiques (y compris le droit [interne]) ayant des prétentions concurrentes à régir la question soumise au tribunal, plutôt qu'à engendrer un tel conflit, comme les termes peuvent sembler le suggérer. Toutefois, A. V. Dicey a désigné ce domaine du droit sous cette appellation lorsqu'il a publié son traité — qui constitue la première description cohérente des règles et principes en la matière publiée par un avocat anglais — en 1896, et depuis, elle est passée dans l'usage.

L'autre appellation, « droit international privé », est d'usage courant en Europe. Elle est encore plus trompeuse que ne l'est « conflit de lois » et les trois mots qui la composent appellent chacun des commentaires. « Privé » établit une distinction entre le domaine et le « droit international public » ou le droit international, tout simplement. Ce dernier s'entend d'un ensemble de règles et de principes qui régissent les États et les organisations internationales dans leurs rapports entre eux. Il est administré par la Cour internationale de Justice, les autres tribunaux internationaux et tribunaux

a state's municipal or domestic law, it is also applied by that state's courts. Its sources are primarily to be found in international treaties, the practice of states in their relations (or custom) and the general principles of municipal legal systems. Private international law is concerned with the legal relations between private individuals and corporations, though also with the relations between states and governments so far as their relationships with other entities are governed by municipal law, an example being a government which contracts with individuals and corporations by raising a loan from them. Its sources are the same as those of any other branch of municipal law, which is to say that [domestic] private international law is derived from legislation and decisions of [domestic] courts.

"International" is used to indicate that the subject is concerned not only with the application by [domestic] courts of [domestic] law but of rules of foreign law also. The word is inapt, however, in so far as it might suggest that it is in some way concerned with the relations between states (it is even more inapt if it suggests "nations" rather than states). . . .

The word "law" must be understood in a special sense. The application of the rules of [a country's or province's] private international law does not by itself decide a case, as does that of the rules of the law of contract or tort. Private international law is not substantive law in this sense, for, as we have seen, it merely provides a body of rules which determine whether the [domestic] court has jurisdiction to hear and decide a case, and if it has, what system of law, [domestic] or foreign, will be employed to decide it, or whether a judgment of a foreign court will be recognised and enforced by [a domestic] court.

189 As this last paragraph suggests, the rules of private international law specifically involve the three following areas: (1) choice of law; (2) choice of jurisdiction; and (3) recognition of foreign judgments (see also Tetley, at p. 791).

190 "Choice of law" rules attempt to resolve the issue of which law governs a legal dispute when it becomes possible for the laws from more than one legal system to apply. A classic example would be a car accident occurring in Quebec, involving a resident of Ontario and a resident of Quebec. Rules

arbitraux, les organisations internationales et les agents étrangers, quoique, comme il relève du droit local ou interne de l'État, il soit également appliqué par les tribunaux d'État. Il est principalement issu des traités internationaux, de la pratique des États dans leurs relations (ou coutumes) et des principes généraux des systèmes juridiques internes. Le droit international privé traite des rapports juridiques entre les personnes physiques et morales, bien qu'il touche aussi les rapports entre les États et les gouvernements dans la mesure où leurs rapports avec d'autres entités sont régies par le droit interne; à titre d'exemple, un gouvernement qui conclut un contrat d'emprunt avec des particuliers et des sociétés. Ses sources sont les mêmes que celles de tout autre domaine relevant du droit interne, ce qui signifie que le droit international privé [interne] découle de la législation et des décisions des tribunaux [nationaux].

« International » sert à indiquer que le domaine touche non seulement l'application par les tribunaux [nationaux] des lois [nationales], mais également des règles de droit étranger. Le terme ne convient guère, cependant, dans la mesure où il pourrait laisser croire qu'il s'entend d'une certaine façon des rapports entre États (il convient encore moins s'il laisse croire qu'il vise les « nations » plutôt que les États). . .

Le terme « droit » revêt un sens spécial. L'application des règles de droit international privé [d'un pays ou d'une province] ne permet pas en soi de statuer sur une affaire, comme c'est le cas des règles du droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle. Dans ce sens, le droit international privé n'est pas du droit substantif puisque, comme nous l'avons vu, il ne s'agit que d'un ensemble de règles qui déterminent si le tribunal [national] a compétence pour entendre et trancher une affaire et, le cas échéant, à quel système juridique, [national] ou étranger, il doit recourir pour statuer sur l'affaire, ou si le jugement d'un tribunal étranger sera reconnu et exécuté par un tribunal [national].

Comme l'indique ce dernier paragraphe, les règles de droit international privé traitent particulièrement des trois sujets suivants : (1) le choix de la loi applicable, (2) l'élection du for et (3) la reconnaissance des jugements étrangers (voir aussi Tetley, p. 791).

Les règles relatives au « choix de la loi applicable » visent à déterminer la loi qui régit un litige lorsque les lois de plus d'un système juridique peuvent s'appliquer. Un exemple classique serait celui de l'accident de voiture survenu au Québec et impliquant un résident de l'Ontario et un résident du

developed to determine whether Ontario or Quebec substantive law should govern the dispute (i.e., the *lex loci delicti* rule adopted in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, if Ontario authorities are seized of the question, and art. 3126 of Book Ten of the C.C.Q. if Quebec authorities are seized of the question) fall under the "choice of law" category of private international law.

"Choice of jurisdiction" rules attempt to resolve the issue of which jurisdiction can hear a dispute when it becomes possible for more than one jurisdiction to be seized of the matter. The issues raised by this area are logically considered prior to those raised under "choice of law". Consider the example given above. Which choice of law rule will be applied is not the first question to be addressed. A court hearing the dispute must first decide whether it can properly exercise jurisdiction over the dispute. Could the Alberta courts hear the dispute between the Quebec and Ontario motorists? Would the Ontario courts be better situated to hear the dispute? These are the types of questions "choice of jurisdiction" rules help to determine.

"Recognition of foreign judgments" rules operate to do just what the name suggests: they provide guidance on when the domestic jurisdiction can recognize and give force of law to foreign judgments.

A word should be said about the general structure of traditional private international law rules. Within each of the three areas discussed, different factors are identified to help resolve the issue at hand. The relevant factors to be considered are called "connecting factors". Connecting factors are defined by Tetley as facts which tend to connect a transaction or occurrence with a particular law or jurisdiction. These can be domicile, residence, nationality or place of incorporation of the parties; the place(s) of conclusion or performance of the contract; the place(s) where the tort or delict was committed or where its harm was felt; the flag or country of registry of the ship; the shipowner's base of operation, etc. (see Tetley, at pp. 41 and

Québec. Les règles visant à déterminer lequel du droit substantif de l'Ontario ou de celui du Québec devrait régir le litige (c.-à-d., la règle de la *lex loci delicti* adoptée dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, si les autorités ontariennes sont saisies de la question, et l'art. 3126 figurant au livre dixième du C.c.Q. si ce sont les autorités québécoises qui en sont saisies) relèvent du « choix de la loi applicable » en droit international privé.

191 Les règles relatives à « l'élection du for » visent à déterminer la juridiction qui connaît d'un litige lorsqu'il est possible de soumettre celui-ci à plus d'une d'entre elles. Les questions que soulève ce point sont en toute logique abordées avant celles relevant du « choix de la loi applicable ». Prenons l'exemple susmentionné. La question de la loi applicable n'est pas la première qu'il faut examiner. Le tribunal saisi du litige doit d'abord déterminer s'il peut correctement exercer sa compétence. Les tribunaux albertains pourraient-ils entendre le litige opposant l'automobiliste du Québec et celui de l'Ontario? Les tribunaux ontariens seraient-ils mieux placés pour ce faire? Voilà le genre de questions que les règles relatives à l'« élection du for » aident à trancher.

192 Les règles relatives à la « reconnaissance des jugements étrangers » font exactement ce que leur nom suggère : elles aident à déterminer les cas où les tribunaux nationaux peuvent reconnaître un jugement étranger et y donner force de loi.

193 Il convient de faire certaines observations sur la structure générale des règles traditionnelles de droit international privé. De chacun des trois points examinés se dégagent différents facteurs qui permettent de résoudre la question en litige. Les facteurs à considérer sont appelés « facteurs de rattachement ». Le professeur Tetley définit les facteurs de rattachement comme étant les faits qui tendent à relier une opération ou une situation à une loi ou à un ressort donné. Il peut s'agir du domicile, de la résidence, de la nationalité ou du lieu de constitution des parties, du lieu où le contrat a été conclu ou exécuté, du lieu où le délit a été commis ou celui où le préjudice qui en découle a été subi, du pavillon d'un navire ou du pays où celui-ci est

195-96). Since private international law rules are domestic rules, as discussed above, it is the domestic courts or the legislature that determine what the relevant connecting factors will be. As well, the relevant connecting factors can vary depending on the area of private law under scrutiny. For example, in "choice of law" the factors one looks to in order to determine which law should apply in a family dispute may be different from the factors one looks at to determine which laws apply in torts or contracts.

194 The general claim is that the rules of private international law are engaged once a legal dispute presents foreign elements. The above discussion should bring to light the obvious link between this assertion and the connecting factors that will be considered in applying private international law rules. The connecting factors are indicators of the legally relevant foreign elements that can bring private international law rules into operation; they include such factors as different domiciles, residency or nationality of the parties, jurisdiction where legal proceedings were brought as compared to where the tort occurred, or where the contract was concluded, etc. For example, the choice of law rule set out at art. 3094 C.C.Q. reads:

> **3094.** The obligation of support is governed by the law of the domicile of the creditor. However, where the creditor cannot obtain support from the debtor under that law, the applicable law is that of the domicile of the debtor.

This rule implies that the relevant foreign element would be a difference in domicile between creditor and debtor of support obligations; a wife domiciled in Quebec and a husband domiciled in New Brunswick, for example. That the parties might have been married in a jurisdiction other than Quebec would be an irrelevant foreign element in applying this rule. Thus, not all foreign elements will be relevant. The relevant foreign elements will

immatriculé; du lieu où le propriétaire du navire a son centre d'opérations, etc. (voir Tetley, p. 41 et 195-196). Puisque les règles de droit international privé restent des règles nationales, comme nous l'avons expliqué, ce sont les tribunaux nationaux ou le législateur qui établissent les facteurs de rattachement. De même, les facteurs de rattachement applicables peuvent varier en fonction de la question de droit international privé à l'étude. Par exemple, dans le cas du « choix de la loi applicable », les facteurs à examiner pour déterminer quelle loi devrait s'appliquer à un conflit familial peuvent être différents de ceux permettant de décider de la loi applicable en matière délictuelle ou contractuelle.

On affirme en général que les règles de droit international privé entrent en jeu dès qu'un litige présente des éléments d'extranéité. Les observations qui précèdent devraient illustrer le lien évident entre cette affirmation et les facteurs de rattachement qui seront pris en compte dans l'application des règles de droit international privé. Les facteurs de rattachement sont des indicateurs des éléments d'extranéité légalement pertinents qui peuvent emporter application des règles de droit international privé; parmi ces facteurs, les divers domiciles, résidences ou nationalités des parties, le lieu d'introduction de l'instance par rapport au lieu où le délit a été commis, ou celui où le contrat a été conclu, etc. Par exemple, la règle relative au choix de la loi applicable énoncée à l'art. 3094 C.c.Q. est ainsi rédigée :

> **3094.** L'obligation alimentaire est régie par la loi du domicile du créancier. Toutefois, lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de cette loi, la loi applicable est celle du domicile de ce dernier.

Cette règle signifie que l'élément d'extranéité pertinent résiderait dans les lieux de domicile différents du créancier et du débiteur de l'obligation alimentaire; une épouse domiciliée au Québec et un époux domicilié au Nouveau-Brunswick, par exemple. Le fait que les parties puissent s'être mariés ailleurs qu'au Québec ne serait pas un élément d'extranéité pertinent pour l'application de cette règle. Ainsi, les éléments d'extranéité ne sont pas tous pertinents.

be those raised by the applicable private international law rule.

Must there always be a foreign element to engage the rules of private international law? Since these are domestic laws, it is certainly possible for legislators to craft private international rules that can be engaged absent foreign elements. It is not as if there were any constitutional or international laws prohibiting the legislator from adopting such rules. One example is found in art. 3111 C.C.Q., which acknowledges the capacity of parties to choose the rules that will govern their contractual relationship, whether they be domestic or foreign. The first paragraph of art. 3111 states:

3111. A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

The stated purpose of this particular rule of private international law, one that comes into operation absent any foreign element, is to respect the principle primacy of the autonomy of the parties:

[TRANSLATION] The principle of autonomy of the will of the parties is firmly rooted in Quebec's legal traditions, and the proposed article confirms it.

. . . the parties may choose the law applicable to their contract not only if the contract contains a foreign element, but also if it does not.

(Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144) (1991), Titre deuxième: *Des conflits de lois* (Art. 3059 à 3110), Chapitre troisième: Du statut des obligations (Art. 3085 à 3108), at p. 53)

As discussed earlier, this principle had significant influence in the crafting of the new private international rules in Book Ten of the C.C.Q. See Talpis, at p. 189:

Les éléments d'extranéité pertinents seront ceux que soulève la règle de droit international privé applicable.

195 Faut-il toujours un élément d'extranéité pour que s'appliquent les règles de droit international privé? Puisque ces dernières relèvent du droit interne, il est assurément permis au législateur de formuler des règles de droit international privé qui peuvent s'appliquer en l'absence de tout élément d'extranéité. Ce n'est pas comme si une loi constitutionnelle ou internationale lui interdisait d'adopter de pareilles règles. Citons l'exemple de l'art. 3111 C.c.Q., qui reconnaît la capacité des parties de choisir les règles qui régiront leurs rapports contractuels, peu importe qu'elles soient nationales ou étrangères. Le premier alinéa de l'art. 3111 prévoit ce qui suit :

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

L'objet déclaré de cette règle particulière de droit international privé, qui s'applique même en l'absence de tout élément d'extranéité, est de respecter le principe de l'autonomie de la volonté des parties :

Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est bien ancré dans la tradition juridique québécoise et l'article proposé le confirme.

. . . les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat non seulement lorsque celui-ci présente un élément d'extranéité mais également lorsqu'il n'en présente pas.

(Projet de loi 125 : Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144) (1991), Titre deuxième : *Des conflits de lois* (Art. 3059 à 3110), Chapitre troisième : Du statut des obligations (Art. 3085 à 3108), p. 53)

Comme nous l'avons expliqué, ce principe a fortement influencé la rédaction des nouvelles règles de droit international privé figurant au livre dixième du C.c.Q. Voir Talpis, p. 189 :

[T]he New Code adopts a very subjective approach to party autonomy. Going well beyond the Rome Convention on the *Law Applicable to Contractual Relations* of June 19, 1980 and the *Swiss Code of Private International Law* of December 18, 1987, from which many of the rules on contractual obligations were drawn, party autonomy under the new Code allows for an unrestricted choice of law, even in the absence of a foreign element (Paragraph 2 of Art. 3111), for the severance of the contract (Paragraph 3 of Art. 3111), extension to succession (Paragraph 2 of Art. 3098), to certain aspects of civil responsibility (Art. 3127), and even to the external relationships of conventional representation (Art. 3116). [Emphasis added.]

196 This brings us to art. 3148, para. 2 C.C.Q. which Talpis also argues allows for unrestricted choice (p. 218). It has been the subject of some debate whether, in order to claim the application of art. 3148, para. 2, a foreign element need be shown to exist. Aside from the presence of an exclusive forum selection clause, or an arbitration clause, no other factor is mentioned in the provision as being necessary for its operation.

197 Two theories have been offered on whether the application of art. 3148, para. 2 requires the presence of a foreign element. The first is that, like in the case of art. 3111 C.C.Q., the legislator intended that no foreign element be present for its operation; this would be consistent with the desire to give primacy to the autonomy of the parties. See S. Rochette, "Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?", in *Repères*, EYB 2006REP504, September 2006, who, writing on the subject of forum selection clauses, states: [TRANSLATION] "[A]rticles 3111 and 3148, para. 2 C.C.Q. in no way require that a contract contain a foreign element for effect to be given to a forum selection clause in favour of a foreign authority".

198 This would also be consistent with a global trend occurring within the area of private international law with which we are dealing — choice

[TRADUCTION] [L]e nouveau Code opte pour une conception très subjective de l'autonomie de la volonté des parties. Allant beaucoup plus loin que la Convention de Rome sur la *Loi applicable aux relations contractuelles*, du 19 juin 1980, et que le *Code de droit international privé suisse* du 18 décembre 1987, qui ont inspiré plusieurs règles sur les obligations contractuelles, l'autonomie de la volonté des parties au sens du nouveau Code permet sans aucune restriction de choisir la loi applicable, même en l'absence d'un élément d'extranéité (art. 3111, al. 2), à tout ou partie du contrat (art. 3111, al. 3), aux successions (art. 3098, al. 2), à certains aspects de la responsabilité civile (art. 3127), et même aux relations externes en matière de représentation conventionnelle (art. 3116). [Nous soulignons.]

Cela nous amène à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. qui, encore selon le professeur Talpis (p. 218), permet un choix illimité. La question de savoir si, pour l'application de l'art. 3148, al. 2, il est nécessaire de prouver l'existence d'un élément d'extranéité a fait l'objet d'un certain débat. Outre la présence d'une clause exclusive d'élection du for ou d'une clause d'arbitrage, la disposition ne fait état d'aucun autre facteur dont le respect soit nécessaire pour son application.

Deux thèses ont été avancées quant à la question de la nécessité d'un élément d'extranéité pour l'application de l'art. 3148, al. 2. Selon la première, comme dans le cas de l'art. 3111 C.c.Q., le législateur aurait voulu qu'aucun élément d'extranéité ne soit nécessaire pour son application; cette thèse serait conforme au désir de donner préséance à l'autonomie de la volonté des parties. Voir S. Rochette, « Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion? », dans *Repères*, EYB 2006REP504, septembre 2006, qui, au sujet des clauses d'élection de for, dit ceci : « [L]es articles 3111 et 3148, al. 2 C.c.Q. n'exigent nullement, pour qu'on donne effet à une clause d'élection de for étranger, que le contrat présente un quelconque élément d'extranéité ».

Cette thèse s'inscrirait en outre dans la tendance globale observée dans le domaine du droit international privé qui nous occupe — l'élection du for.

of jurisdiction. In modern times, when it is recognized that respecting parties' jurisdiction clauses promotes commercial certainty, it is generally accepted that the rules and principles which confer jurisdiction in private international law fall within at least two categories: (i) consensual jurisdiction; and (ii) "connected" jurisdiction (some authors also point to a potential third area of jurisdiction, "exclusive jurisdiction", on which it is not necessary to elaborate here): see J. Hill "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives* (2003), at p. 39; S. Guillemard and A. Prujiner in "La codification internationale du droit international privé: un échec?" (2005), 46 *C. de D.* 175; and G. Saumier. Consensual jurisdiction rules are those permitting the parties to determine by agreement the jurisdiction to govern their dispute. Hill, at p. 49, describes it as follows:

> According to the submission principle, a court is competent — notwithstanding the fact that neither the events giving rise to the dispute nor the parties have any connection with the forum — if parties voluntarily submit to the court's jurisdiction. Such a submission may take the form of a voluntary appearance to defend the claim without challenging the court's jurisdiction or a contractual agreement, typically a jurisdiction clause forming part of a wider agreement. [Emphasis added.]

Under the second category, the "connected" jurisdiction rules employ connecting factors to assist in determining whether the jurisdiction seized can hear the matter. Thus, only the second category of jurisdiction is concerned with an examination of factual links to geographical territories.

On the other hand, it has been pointed out that unlike art. 3111, which specifically stipulates that the provision applies even in the absence of a "foreign element", art. 3148, para. 2 makes no such concession and that this silence should not be construed as a mere oversight. See S. Guillemard, "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et

De nos jours, où il est reconnu que le fait de respecter les clauses de juridiction des parties favorise la stabilité commerciale, il est généralement admis que les règles et les principes d'attribution de compétence en droit international privé appartiennent à deux catégories au moins : (i) la juridiction consensuelle; et (ii) la juridiction « rattachée » (certains auteurs font aussi état d'un troisième domaine de compétence potentiel, celui de la « juridiction exclusive », sur lequel il n'est pas nécessaire de s'attarder en l'espèce) : voir J. Hill, « The Exercise of Jurisdiction in Private International Law », dans *Asserting Jurisdiction : International and European Legal Perspectives* (2003), p. 39; S. Guillemard et A. Prujiner, « La codification internationale du droit international privé : un échec? » (2005), 46 *C. de D.* 175; et G. Saumier. Les règles de juridiction consensuelle permettent aux parties de désigner par convention la juridiction qui sera saisie de leur litige. Hill en fait la description suivante à la p. 49 :

> [TRADUCTION] Selon le principe d'acquiescement, un tribunal est compétent — même si les faits à l'origine du litige et les parties n'ont aucun lien avec le forum — si les parties se soumettent volontairement à sa compétence. Cet acquiescement peut prendre la forme d'une comparution volontaire, où la partie conteste la demande sans contester la compétence du tribunal, ou d'une entente consensuelle, consistant habituellement en une clause d'élection de for faisant partie d'une convention plus générale. [Nous soulignons.]

Dans la deuxième catégorie, les règles de la juridiction « rattachée » font appel à des facteurs de rattachement qui permettent de déterminer si la juridiction saisie peut connaître de l'affaire. Ainsi, seule la deuxième catégorie de juridiction commande un examen des liens entre les faits et les territoires géographiques.

199 Par ailleurs, on a souligné que, contrairement à l'art. 3111, lequel précise que la disposition s'applique même en l'absence d'un « élément d'extranéité », l'art. 3148, al. 2 ne comporte aucune réserve de cet ordre et que ce silence ne devrait pas être considéré comme un simple oubli. Voir S. Guillemard, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et

européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2, June 2004, at pp. 25-26, online:

[TRANSLATION] Must a case be intrinsically international for the designation of a foreign court or tribunal to be permissible, or can the designation of a foreign authority constitute in itself the foreign element required to make a dispute an international one? . . .

The *Civil Code of Québec* does not expressly indicate how this question should be answered, but merely allows the parties to agree to a forum "[with respect] to a specified legal relationship". This statement merits special attention, since Quebec's codifiers were more specific where the normative connection is concerned. Under article 3111 C.C.Q., the parties may designate the law applicable to "[a] juridical act, whether or not it contains any foreign element". How should the silence of the provisions on the jurisdiction of courts be interpreted? Pierre-André Côté, a Quebec expert on statutory interpretation, gives the following warning: "Assuming a statute to be well drafted, an interpretation which adds to the terms . . . is suspect". He cites the recommendation of Lord Mersey: "It is a strong thing to read into an Act of Parliament words which are not there, and in the absence of clear necessity it is a wrong thing to do". In other words, if, as the saying goes, the legislature "does not speak gratuitously", it certainly does not remain silent for no reason either. Since a comparison of the two provisions — on choice of law and on choice of forum — is perplexing because of the precision of one and the silence of the other, it must be concluded that selecting a forum is permitted in Quebec law only in a case with a foreign element. [Footnotes omitted.]

The author goes on to theorize, however, that the forum selection clause in itself may be the requisite foreign element since any other conclusion would fail to respect the principle of the primacy of the autonomy of the parties:

[TRANSLATION] Is it possible that the designation by the parties of a court of a state with no other connection whatsoever to the contract would not in itself constitute a sufficiently significant connection?

. . .

In our opinion, to require that one of the elements of the case be "objectively" foreign would be inconsistent with the principle of freedom of contract. This would

européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, p. 25-26, en ligne :

Faut-il, pour pouvoir désigner un tribunal étranger, que l'affaire présente intrinsèquement un caractère international ou la seule désignation d'un for étranger peut-elle constituer l'élément d'extranéité nécessaire pour rendre le litige international? . . .

Le *Code civil du Québec* n'offre expressément aucun indice pour répondre à la question, admettant simplement que les parties puissent élire conventionnellement un for « à propos d'un rapport juridique déterminé ». La remarque mérite une attention particulière car le codificateur québécois a été plus précis en matière de rattachement normatif. En effet, l'article 3111 C.c.Q. permet aux parties de désigner la loi applicable à « [l]'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité ». Comment interpréter le silence des articles sur la compétence des tribunaux? Pierre-André Côté, spécialiste québécois en matière d'interprétation des lois, livre l'avertissement suivant : « Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait [. . .] à ajouter des termes ». Il rappelle la recommandation de Lord Mersey : « C'est une chose grave d'introduire dans une loi des mots qui n'y sont pas et sauf nécessité évidente, c'est une chose à éviter ». Autrement dit, si, selon l'adage, le législateur « ne parle pas pour ne rien dire », il ne se tait certainement pas sans raison. Comme la comparaison des deux articles, sur le choix de loi et sur l'élection de for, laisse perplexe en raison de la précision de l'un et du silence de l'autre, force est de conclure que l'élection de for n'est autorisée en droit québécois que dans le cadre d'une affaire comportant un élément d'extranéité. [Renvois omis.]

L'auteure poursuit en posant toutefois l'hypothèse que la clause d'élection de for puisse en soi constituer l'élément d'extranéité requis, expliquant que toute autre conclusion contreviendrait au principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties :

Se pourrait-il que la seule désignation des parties en faveur du tribunal d'un État par ailleurs totalement étranger au contrat ne constitue pas un lien suffisamment important?

. . .

Nous pensons qu'obliger à ce que l'un des éléments du dossier soit « objectivement » étranger va à l'encontre du principe de la liberté contractuelle. Selon nous, c'est

amount to viewing the jurisdictional connection solely within the framework — if not the straitjacket — of the elements of the contract itself, as is the case with other connecting factors in this area. Moreover, this reasoning is illogical. As we have seen, there is generally no requirement of a connection between the court and a contract otherwise characterized as an international one. [pp. 26 and 28]

Guillemard similarly recognizes that the same conclusion can be reached in the case of arbitration clauses:

[TRANSLATION] [W]e have observed that where the choice of forum is concerned, in Quebec law at least, the "artificial" internationality that results uniquely from the fact that the authority belongs to another legal system does not appear necessarily to be precluded. It would seem to us to be illogical if the same were not true in the arbitration sphere. [p. 50]

In our view, the proposition that forum selection and arbitration clauses constitute on their own the requisite foreign element such that their presence alone brings art. 3148, para. 2 into operation seems quite logical. In the case of forum selection clauses, the *effect* of such clauses will be to divest Quebec authorities of their jurisdiction to hear the matter in order for the dispute to be sent to another country or province to be heard under the laws of that jurisdiction. Similarly, the *effect* of exclusive arbitration clauses is to create a "private jurisdiction" that implicates the loss of jurisdiction of state-appointed authorities for dispute resolution, such as domestic courts and administrative tribunals.

We see no principled basis to distinguish between forum selection and arbitration clauses with regard to the question of whether they represent in and of themselves a foreign element. The fact that contractual arbitration may take place within the geographic territory of Quebec is not determinative of anything in that respect. First and foremost, the effect of both is to derogate from the jurisdiction of Quebec authorities and vest jurisdiction in some other entity. It seems to us that the rules in Title Three of Book Ten of the C.C.Q. are concerned with "jurisdiction" with respect to judicial and quasi-judicial powers, not so much "jurisdiction" in the geographical sense (though the notions can

concevoir le rattachement juridictionnel dans le seul cadre, pour ne pas dire carcan, des éléments propres au contrat, comme le font d'autres facteurs de rattachement en la matière. En outre, le raisonnement manque de logique. Nous avons vu que généralement, on n'exige aucun lien entre le tribunal saisi et le contrat autrement qualifié d'international. [p. 26 et 28]

Guillemard reconnaît de même la possibilité d'arriver à la même conclusion à l'égard des clauses d'arbitrage :

[N]ous avons constaté qu'en ce qui concerne l'élection de for, en droit québécois au moins, l'internationalité « artificielle » qui ne résulte que du fait de l'appartenance de l'autorité à un autre ordre juridique, ne semble pas totalement exclue. Il nous semble illogique qu'il n'en soit pas de même dans la sphère de l'arbitrage. [p. 50]

À notre avis, l'idée que les clauses d'élection du for et d'arbitrage constituent en soi l'élément d'extranéité requis, de sorte que leur seule présence emporte application de l'art. 3148, al. 2, semble très logique. Les clauses d'élection du for auront pour *conséquence* de déposséder les autorités québécoises de leur compétence pour entendre l'affaire afin que celle-ci soit renvoyée dans un autre pays ou une autre province et soit tranchée suivant les lois de ce ressort. De même, les clauses d'arbitrage exclusif ont pour *conséquence* de créer une « juridiction privée », qui fait perdre aux autorités désignées par l'État, telles que les tribunaux nationaux et administratifs, leur compétence pour régler le litige. 200

Nous ne voyons aucun fondement rationnel nous permettant d'établir une distinction entre la clause d'élection du for et la clause d'arbitrage pour déterminer si elles constituent en soi un élément d'extranéité. Le fait que l'arbitrage contractuel puisse se dérouler sur le territoire du Québec n'est en rien déterminant à cet égard. Les deux clauses ont, d'abord et avant tout, pour effet de déroger au principe de la compétence des autorités québécoises et d'attribuer la compétence à une autre entité. Il nous semble que les règles figurant au titre troisième du livre dixième du C.c.Q. traitent davantage de la « compétence » au sens de pouvoirs judiciaires et quasi-judiciaires que de la « compétence » au 201

obviously overlap). Jurisdiction can mean a number of things, depending on the context. In *Lipohar v. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65, at p. 516, it was said of "jurisdiction": "It is used in a variety of senses, some relating to geography, some to persons and procedures, others to constitutional and judicial structures and powers."

202 The fact that Title Three is entitled "International Jurisdiction of Quebec Authorities" does not, in our view, mandate another conclusion. We do not take the reference to "international jurisdiction" to necessarily connote that questions of jurisdiction arise only when faced with geographical extra-territoriality. Private arbitration proceedings, even those located in Quebec, are just as removed from Quebec's judicial and quasi-judicial systems — and hence "international" — as legal proceedings taking place in another province or country. One should avoid placing undue emphasis on the reference to "international" in Title Three for the same reasons discussed earlier concerning how one should not be mislead by the reference to "international" in the expression "private international law". Indeed, earlier draft versions of Title Three used the title "Conflicts of Jurisdiction" (see J. A. Talpis and G. Goldstein, "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1988), 91 *R. du N.* 606, at p. 608). As well, "International Jurisdiction of Quebec Authorities" may be somewhat of a misnomer since Quebec authorities must exercise their adjudicative jurisdiction within the territorial limits of the province — hence the holding in *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, that to be constitutional, assertions of jurisdiction over a legal dispute must have a real and substantial connection to the province.

203 As a final point, it should be noted that unlike many of the other provinces, Quebec has adopted arbitration rules that make no distinction between

sens géographique du terme (bien que ces notions puissent manifestement se chevaucher). La compétence peut prendre des sens différents en fonction du contexte. Dans *Lipohar c. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65, p. 516, à propos du terme « compétence », on a dit : [TRADUCTION] « Il est utilisé dans une variété de sens, certains touchant à la géographie, certains aux personnes et aux procédures et d'autres aux structures et aux pouvoirs constitutionnels et judiciaires. »

Le fait que le titre troisième s'intitule « De la compétence internationale des autorités du Québec » n'appelle pas, à notre avis, une autre conclusion. Selon nous, l'emploi des termes « compétence internationale » ne laissent pas nécessairement sous-entendre que les questions de compétence ne se posent que dans un contexte d'extra-territorialité géographique. Les procédures d'arbitrage privé, même celles ayant lieu au Québec, échappent tout autant aux systèmes judiciaires et quasi-judiciaires québécois — et, partant, sont « internationales » — que les instances judiciaires se déroulant dans une autre province ou dans un autre pays. Il faut éviter d'accorder trop d'importance à l'emploi du terme « international » au titre troisième pour les mêmes raisons que l'on ne devrait pas se laisser induire en erreur par ce même terme dans l'expression « droit international privé ». D'ailleurs, les versions précédentes du titre troisième s'intitulaient « Des conflits de juridiction » (voir J. A. Talpis et G. Goldstein, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1988), 91 *R. du N.* 606, p. 608). De même, l'intitulé « De la compétence internationale des autorités du Québec » n'est peut-être pas approprié puisque les autorités québécoises doivent exercer leur compétence juridictionnelle à l'intérieur des limites territoriales de la province — d'où la conclusion de l'arrêt *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, selon laquelle la constitutionnalité des déclarations de compétence à l'égard d'un litige dépend de l'existence d'un lien réel et substantiel avec la province.

En dernier lieu, il importe de signaler que, contrairement à plusieurs autres provinces, le Québec a adopté des règles d'arbitrage qui ne font

domestic and international arbitration. The Book on Arbitration in the C.C.P. covers both "domestic" and "international" arbitration; the rules are essentially identical. The purpose of this approach was to show deference to the parties' choice to arbitrate. In the common law provinces, some distinctions are made between "domestic" and "international" arbitrations for the purposes of court intervention and recognition of arbitral awards. The trend appears to be that court intervention is more tightly constrained in "international" arbitration than "domestic" arbitration. Courts are given more freedom to intervene and hear domestic arbitrations. (It would be an odd thing indeed if, in the face of this trend, this Court were to interpret Quebec law to permit greater court intervention in "international" arbitration only.) If Quebec does not make the distinction in the C.C.P. rules, it stands to reason that one should not distinguish for the purpose of Book Ten of the C.C.Q. This is especially so when it seems that the only reason the word "arbitrator" was included in art. 3148, para. 2 (which substantially duplicates the effects of art. 940.1 C.C.P.) was to make available the exceptions to art. 3148, para. 2 at arts. 3149 to 3151.

aucune distinction entre l'arbitrage national et l'arbitrage international. Le livre du C.p.c. qui traite de l'arbitrage touche tant l'arbitrage « national » que l'arbitrage « international »; les règles sont essentiellement identiques. Cette approche visait à démontrer une attitude de respect du choix des parties de recourir à l'arbitrage. Les provinces de common law font certaines distinctions entre l'arbitrage « national » et l'arbitrage « international » au regard de l'intervention du tribunal et de la reconnaissance des sentences arbitrales. La tendance semble indiquer un encadrement plus serré de l'intervention judiciaire dans les arbitrages « internationaux » que dans les arbitrages « nationaux ». Les tribunaux ont plus de latitude pour intervenir et entendre les arbitrages nationaux. (Il serait étrange que, devant cette tendance, la Cour interprète le droit québécois de façon à ne permettre une plus grande intervention judiciaire que dans les arbitrages « internationaux ».) Si le Québec ne fait aucune distinction dans ses règles du C.p.c., il serait logique de ne pas en faire pour l'application du livre dixième du C.c.Q. Cela s'avère particulièrement vrai lorsqu'il semble que la seule raison pour laquelle le mot « arbitre » est inclus dans l'art. 3148, al. 2 (qui reproduit essentiellement les effets de l'art. 940.1 C.p.c.) était de permettre d'appliquer les exceptions de l'art. 3148, al. 2 aux dispositions des art. 3149 à 3151.

For these reasons, we would conclude that an arbitration clause is itself sufficient to trigger the application of art. 3148, para. 2, and hence the exceptions that apply to it, including art. 3149.

204 Pour ces motifs, nous concluons que la clause d'arbitrage suffit en soi à déclencher l'application de l'art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l'art. 3149.

(b) *The Quebec Court of Appeal's Decision in Dominion Bridge*

b) *L'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans Dominion Bridge*

The appellant has relied on the decision in *Dominion Bridge*, in support of its position. There, the Court of Appeal, *in obiter*, interpreted art. 3149 such that it would permit workers or consumers to be bound to arbitration through an exclusive arbitration clause, so long as the arbitration occurs inside Quebec. Quebec courts have since followed this precedent, including Lemelin J. for the Court of Appeal below, although its wisdom has been questioned: see G. Goldstein and E. Groffier, *Droit*

205 L'appelante a invoqué l'arrêt *Dominion Bridge* à l'appui de sa thèse. Dans cette affaire, la Cour d'appel a, dans une remarque incidente, donné à l'art. 3149 une interprétation qui permettait aux travailleurs ou aux consommateurs de se soumettre à l'arbitrage au moyen d'une clause d'arbitrage exclusif, pourvu que l'arbitrage ait lieu dans la province de Québec. Depuis, les tribunaux québécois s'y conforment, y compris la juge Lemelin de la Cour d'appel, bien que la sagesse de ce précédent

international privé (2003), t. II, *Règles spécifiques*, at p. 640.

206 It is clear that the decision in *Dominion Bridge*, was based on a mistaken belief that the intent of the legislator in enacting art. 3149 was to protect consumers and workers from moving their disputes outside Quebec. Explaining the basis of his conclusion, Beauregard J.A. speculates: [TRANSLATION] "The legislature's main intention was probably to protect a worker's right to sue his or her employer in Quebec" (p. 324). In fact, an examination of the comments made by the Minister of Justice when enacting this legislation reveals that the intent was to preserve consumer and worker access to Quebec courts and other state-appointed dispute resolution forums, not merely to keep them within the geographic territory of Quebec. The comments of the Minister of Justice on art. 3149 are as follows:

[TRANSLATION] This article is new law and is based on Switzerland's 1987 *Loi fédérale sur le droit international privé* and on the third paragraph of article 85 C.C.L.C. It confers jurisdiction over a consumer contract or a contract of employment on a Quebec authority where the consumer or worker is resident or domiciled in Quebec; this jurisdiction is in addition to the jurisdiction based on the criteria set out in article 3148.

The article provides consumers and workers with enhanced protection.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at pp. 2010-11)

207 It is instructive to examine the provisions that art. 3149 is purportedly modelled upon. First, there is art. 85 C.C.L.C. which provides:

85. When the parties to a deed have for the purpose of such deed, made election of domicile in any other place than their real domicile, all notifications, demands and suits relating thereto may be made at the elected domicile, and before the judge of such domicile.

. . .

ait été remise en question : voir G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé* (2003), t. II, *Règles spécifiques*, p. 640.

Il est clair que l'arrêt *Dominion Bridge* repose sur la conviction erronée que le législateur voulait, par l'adoption de l'art. 3149, protéger les consommateurs et les travailleurs contre le déplacement de leurs litiges à l'extérieur du Québec. En expliquant le fondement de sa conclusion, le juge Beauregard émet l'hypothèse suivante : « [l]a protection du droit du travailleur de poursuivre son employeur au Québec était probablement l'intention principale du législateur » (p. 324). En fait, l'examen des commentaires formulés par le ministre de la Justice lors de l'adoption de cette disposition révèle que le législateur avait l'intention de protéger l'accès des consommateurs et des travailleurs aux tribunaux québécois et aux autres organismes de règlement des différends désignés par l'État, et pas simplement de conserver ces différends dans les limites géographiques du Québec. Voici ses commentaires au sujet de l'art. 3149 :

Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la *Loi fédérale sur le droit international privé* suisse de 1987, ainsi que du troisième alinéa de l'article 85 C.c.B.C. Il attribue une compétence en matière de contrat de consommation ou de travail aux autorités québécoises du domicile ou de la résidence du consommateur ou du travailleur; cette compétence s'ajoute à celle fondée sur les critères prévus à l'article 3148.

L'article assure une protection accrue aux consommateurs et aux travailleurs.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 2010-2011)

Il est utile d'examiner les dispositions qui auraient inspiré l'art. 3149 C.c.Q. L'article 85 C.c.B.C. prévoit ce qui suit :

85. Lorsque les parties à un acte y ont fait, pour son exécution, élection de domicile dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites qui y sont relatives, peuvent être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.

. . .

Save in the case of a notarial deed, an election of domicile shall be without effect as regards the jurisdiction of any court, when it is signed by a non-trader within the boundaries of the district in which he resides.

Then, there is s. 114 of the Swiss legislation on private international law (*Loi fédérale sur le droit international privé* (December 18, 1987), RO 1988 1776), which provides:

[TRANSLATION]

Art. 114 Contracts with consumers

1. Where a consumer brings an action relating to a contract that satisfies the conditions set out in art. 120, para. 1, he may elect to do so in the Swiss court:

a. of his domicile or of his habitual place of residence, or

b. of the supplier's domicile or, in the absence of such domicile, of the supplier's habitual place of residence.

2. A consumer may not waive in advance the forum of his domicile or habitual place of residence.

Both provisions specifically maintain the jurisdiction of the courts to hear consumer disputes. As well, it should be noted the Minister of Justice's comments on arts. 3117 and 3118, which are rules that also seek to protect the consumer and worker when it comes to choice of law, end with the following statements, respectively:

[TRANSLATION] It should be noted that the consumer contract is defined in article 1384 and that article 3149 confers jurisdiction on the Quebec courts in certain circumstances where consumer contracts are in issue.

. . .

It should also be noted here that article 3149 confers jurisdiction on the Quebec courts in certain circumstances where contracts of employment are in issue. [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at pp. 1987-88)

There appears from the above to be an intention on the part of the Quebec legislator to

Excepté dans un acte notarié, l'élection de domicile est sans valeur quant à la juridiction des tribunaux, si elle est signée par un non-commerçant dans les limites du district où il a sa résidence.

Puis, l'art. 114 de la loi suisse sur le droit international privé (*Loi fédérale sur le droit international privé* (18 décembre 1987), RO 1988 1776) dispose : 208

Art. 114 Contrats conclus avec des consommateurs

1. Dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120, al. 1, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse;

a. de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou

b. du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur.

2. Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle.

Les deux dispositions réservent expressément la compétence des tribunaux d'entendre les litiges de consommation. De même, il faut remarquer les commentaires du ministre de la Justice relatifs aux art. 3117 et 3118, les règles visant également à protéger le consommateur et le travailleur pour ce qui est du choix de la loi applicable, qui se terminent respectivement par les déclarations suivantes : 209

On rappellera que le contrat de consommation est défini à l'article 1384 et que l'article 3149 donne compétence aux tribunaux québécois en certaines circonstances quand il s'agit de contrat de consommation.

. . .

On notera également ici que l'article 3149 donne compétence aux tribunaux québécois, en certaines circonstances, quand il s'agit de contrat de travail. [Nous soulignons.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1987-1988)

Il semble, d'après ce qui précède, que le législateur québécois avait l'intention de protéger l'accès 210

safeguard consumer and worker access to the courts. It is interesting to note that in a more recent decision, *Rees v. Convergia*, [2005] Q.J. No. 3248 (QL), 2005 QCCA 353, the Court of Appeal seems to recognize that this was the purpose of art. 3149 C.C.Q.: [TRANSLATION] "Evidently, the legislature intended, in adopting article 3149 C.C.Q., to confer a separate and full jurisdiction on the Quebec courts in two areas of economic activity where one of the contracting parties is particularly vulnerable" (para. 37 (emphasis added)).

211 A further problem with the interpretation of art. 3149 in *Dominion Bridge* is that it essentially equates a contractual arbitrator seated in Quebec with a "Québec authority". Applying this notion in most situations demonstrates the flaws in this approach. Assuming that being a decision-maker situated in Quebec is sufficient to make one a "Québec authority", it ignores the issue of whether the arbitrator must be from Québec. In this case, as we read the provisions on appointment of arbitrators in NAF's Code, Rules 20-24, there is no guarantee that an arbitrator will be from the complainant's jurisdiction. If the parties do not select an arbitrator on mutually agreeable terms, NAF chooses, permitting the parties to strike out one candidate each from the short list. The only provision that touches on what jurisdiction the arbitrator may be from is Rule 21E. It reads as follows:

> E. Unless the Parties agree otherwise, in cases involving citizens of different countries, the Forum may designate an Arbitrator or Arbitrator candidate based, in part, on the nationality and residence of the Arbitrator or Arbitrator candidate, but may not exclude an Arbitrator solely because the person is a citizen of the same country of a Party.

It is nothing short of puzzling how an arbitrator not from Quebec, even though located in Quebec, could be a "Québec authority".

212 This approach also ignores another important issue: where does the arbitrator hold his authority from? Here, the arbitrator and arbitration proceedings under NAF are ultimately subject to U.S. law.

des consommateurs et des travailleurs aux tribunaux. Il est intéressant de noter que dans une décision plus récente, *Rees c. Convergia*, [2005] J.Q. nº 3248 (QL), 2005 QCCA 353, la Cour d'appel semble reconnaître que tel était l'objet de l'art. 3149 C.c.Q. : « De toute évidence, le législateur a voulu, à l'article 3149 C.c.Q., légiférer sur la compétence des tribunaux québécois de manière autonome et complète dans deux secteurs de l'activité économique où l'une des parties contractantes est particulièrement vulnérable » (par. 37 (nous soulignons)).

L'interprétation de l'art. 3149 retenue dans *Dominion Bridge* pose un autre problème en ce qu'elle confond pour l'essentiel l'arbitre consensuel siégeant au Québec avec une « autorité québécoise ». Dans la plupart des cas, l'application de cette notion révèle les failles de cette interprétation. Supposer que le fait, pour un décideur, de siéger au Québec suffit à faire de lui une « autorité québécoise » ne tient pas compte de la question de savoir si l'arbitre doit provenir du Québec. En l'espèce, suivant notre interprétation des dispositions du Code du NAF relatives à la désignation des arbitres, les règles 20 à 24, rien ne garantit que l'arbitre proviendra du même endroit que le plaignant. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un arbitre, le NAF le choisit après avoir autorisé chaque partie à rayer le nom d'un candidat de la liste restreinte. Seule la règle 21E évoque le lieu d'origine de l'arbitre. Elle est rédigée comme suit :

> [TRADUCTION] E. Sauf entente contraire des parties, dans les cas mettant en cause des citoyens de pays différents, le Forum peut désigner un arbitre ou un candidat arbitre en tenant compte, notamment, de la nationalité et du lieu de résidence de l'arbitre ou du candidat, mais il ne peut exclure un arbitre du seul fait qu'il est citoyen du même pays que l'une des parties.

Il serait pour le moins étonnant que l'on puisse qualifier d'« autorité québécoise » un arbitre qui, même s'il se trouve au Québec, n'est pas citoyen du Québec.

Cette interprétation fait également abstraction d'une autre question importante : d'où l'arbitre tient-il sa compétence? En l'espèce, l'arbitre et la procédure d'arbitrage établie par le NAF

We note that in this respect Rule 50 of NAF's Code stipulates that "Arbitrations under the Code are governed by the Federal Arbitration Act in accord with Rule 48B." Rule 48B stipulates that: "Unless the Parties agree otherwise, any Arbitration Agreement as described in Rules 1 and 2E and all arbitration proceedings, Hearings, Awards, and Orders are to be governed by the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16." No arbitrator who is bound by U.S. law could be a "Québec authority". The respondents also rightly raise the fact that Rule 11D provides that all arbitrations will be in English. One would think a "Québec authority" would be required to provide arbitration services in French. Finally, it seems completely incongruous how, in this case, in order to begin the process attributing to the purported "Québec authority" power to hear the dispute, the consumer must first contact an American institution, located in Minneapolis, who is in charge of organizing the arbitration.

It should be noted, as well, that assigning the status of "Québec authority" to a contractual arbitrator seated in Quebec would have unwanted consequences when applied to the other exceptions to art. 3148, para. 2, especially art. 3151. It surely could not have been intended that in reserving jurisdiction to "Québec authorities" to hear all "matters of civil liability for damage suffered in or outside Québec as a result of exposure to or the use of raw materials", that private arbitrators could be selected by the parties to hear such disputes before they arise. This is evident from the earlier version of this provision, art. 21.1 C.C.P., assented to June 21, 1989, which reserves the exclusive jurisdiction to hear disputes over raw materials to Quebec courts:

Civil Code of Lower Canada

8.1 The application of the rules of this Code is imperative in matters of liability for damage suffered

relèvent ultimement du droit américain. Signalons à cet égard la règle 50 du Code du NAF qui précise que [TRADUCTION] « [l]es arbitrages en vertu du Code sont régis par la Federal Arbitration Act conformément à la règle 48B ». Selon la règle 48B, [TRADUCTION] « [s]auf entente contraire des parties, toute convention d'arbitrage visée aux règles 1 et 2E, de même que toute procédure d'arbitrage, audience, sentence et ordonnance sont régies par la Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 ». Aucun arbitre lié par le droit américain ne saurait être qualifié d'« autorité québécoise ». Les intimés soulèvent également à bon droit le fait que suivant la règle 11D, tous les arbitrages se dérouleront en anglais. On pourrait penser qu'une « autorité québécoise » serait tenue d'offrir ses services d'arbitrage en français. Enfin, il nous semble tout à fait incongru qu'en l'espèce, le consommateur doive d'abord communiquer avec une institution américaine, située à Minneapolis et responsable de l'organisation de l'arbitrage, afin d'entamer le processus visant à attribuer à la soi-disant « autorité québécoise » la compétence nécessaire pour entendre le litige.

213 Il convient également de souligner que le fait d'accorder le statut d'« autorité québécoise » à un arbitre consensuel siégeant au Québec entraînerait des conséquences non désirées pour l'application des autres exceptions à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q., en particulier de l'art. 3151 C.c.Q. En conférant aux « autorités québécoises » le pouvoir exclusif d'entendre toute action fondée sur « la responsabilité civile pour tout préjudice subi au Québec ou hors du Québec et résultant soit de l'exposition à une matière première [. . .], soit de son utilisation », le législateur n'a sûrement pas voulu que les parties puissent choisir à l'avance les arbitres privés chargés de régler les litiges de cette nature. Cette intention ressort clairement de la version antérieure de cette disposition, l'art. 21.1 C.p.c., sanctionné le 21 juin 1989, qui confère aux tribunaux québécois le pouvoir exclusif d'entendre les litiges portant sur une matière première :

Code civil du Bas Canada

8.1 Les règles du présent Code s'appliquent de façon impérative à la responsabilité de tout dommage subi au

in or outside Québec as a result of exposure to or use of raw materials, whether processed or not, originating in Québec.

Code of Civil Procedure

21.1 The courts of Québec have exclusive jurisdiction to hear in first instance all demands or actions founded on liability under article 8.1 of the Civil Code of Lower Canada.

In presenting these provisions, the Minister of Justice made the following declarations:

[TRANSLATION] Mr. Speaker, the purpose of the bill is to ensure that Quebec legal rules applicable to certain matters are also mandatory for foreigners.

. . .

Since the damage in question is suffered as a result of the use of or exposure to raw materials originating in Quebec, it seemed important that all litigants, be they Quebecers, other Canadians or foreigners, be treated equally and that a single legal scheme governing liability, namely that of Quebec . . . should apply to all of them.

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 134, 2nd Sess., 33rd Leg., June 21, 1989, at pp. 6941 and 6970)

It is clear that in introducing these provisions, the National Assembly wanted all litigants in this area to be subject to one single legal system — Quebec's — which of course includes Quebec courts.

(c) *Conclusion on the Interpretation of Art. 3149*

214 As identified at the outset of this section, the application of art. 3149 hinges on the question "Who is a Quebec authority?" and, in our view, on this question only. It is obvious from the above discussion that a "Québec authority" must mean a decision-maker situated in Quebec holding its authority from Quebec law. This is consistent with the meaning of "Québec authority" discussed in Quebec doctrine. C. Emanuelli, in *Droit*

Québec ou hors du Québec et résultant de l'exposition à une matière première qui tire son origine du Québec ou de son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non.

Code de procédure civile

21.1 Les tribunaux du Québec ont juridiction exclusive pour connaître en première instance de toute demande ou de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 8.1 du Code civil du Bas Canada.

En présentant ces dispositions, le ministre de la Justice a fait les déclarations suivantes :

M. le Président, le projet de loi vise à rendre obligatoires également pour les étrangers les règles de droit du Québec applicables en certaines matières.

. . .

Puisque le dommage dont il s'agit résulte de l'utilisation ou de l'exposition à une matière première qui tire son origine du Québec, il est apparu important que tous les justiciables, qu'ils soient québécois, canadiens ou étrangers, soient placés sur un pied d'égalité et bénéficient de l'application d'un seul et même régime juridique de responsabilité, soit celui du Québec.

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 134, 2e sess., 33e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970)

Il est clair qu'en introduisant ces dispositions, l'Assemblée nationale voulait que toutes les parties concernées par un litige en cette matière soient assujetties à un seul système juridique — celui du Québec — qui, de toute évidence comprend les tribunaux québécois.

c) *Conclusion sur l'interprétation de l'art. 3149*

Comme nous l'avons indiqué au début de cette section, l'application de l'art. 3149 est liée à la question de savoir « ce qu'est une autorité québécoise ». Elle dépend, selon nous, de cette seule question. Il ressort de l'analyse qui précède qu'une « autorité québécoise » doit s'entendre du décideur situé au Québec qui tient sa compétence du droit québécois. Cette définition est compatible avec celle dont il est question dans la doctrine québécoise. Dans *Droit*

international privé québécois (2nd ed. 2006), defines the terms as encompassing: [TRANSLATION] "Quebec courts and notaries and other Quebec authorities, such as the Director of Youth Protection and the Registrar of Civil Status" (p. 70). H. P. Glenn notes that [TRANSLATION] "[b]y simply referring to 'Québec authorities' without further clarification, Title Three establishes the rules respecting the international jurisdiction of Quebec judicial and administrative authorities" ("Droit international privé", in *La Réforme du Code civil* (1993), vol. 3, 669, at p. 743 (emphasis added)). See also G. Goldstein and E. Groffier, who state: [TRANSLATION] "The new Code refers to Quebec or foreign 'authorities' rather than to courts. The intention is to include administrative authorities whose decisions may concern private law matters . . . . However, (non-state) arbitral tribunals do not appear to be regarded as 'authorities' for purposes of this Code" (*Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, at p. 287). This is completely consistent with the distinction made between "Québec authorities", "foreign authorities" and "arbitrators" in art. 3148, para. 2.

international privé québécois (2e éd. 2006), C. Emanuelli inclut dans la définition de cette expression : « [l]es tribunaux du Québec, [le] notaire québécois ou d'autres autorités québécoises : directeur de la protection de la jeunesse, directeur de l'état civil, etc. » (p. 70). H. P. Glenn note qu'« [e]n parlant simplement des "autorités du Québec", sans autre précision, le troisième Titre établit les critères de compétence internationale des autorités judiciaires et administratives du Québec » (« Droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 669, p. 743 (nous soulignons)). Voir également G. Goldstein et E. Groffier qui affirment ce qui suit : « [l]e nouveau Code parle des "autorités" québécoises ou étrangères plutôt que des tribunaux. Il veut inclure les autorités administratives dont les décisions peuvent concerner le droit privé [. . .] Par contre, il ne semble pas que les tribunaux arbitraux (non étatiques) soient considérés comme des "autorités" aux fins de ce Code » (*Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, p. 287). Tous ces commentaires s'accordent entièrement avec la distinction qu'établit l'art. 3148, al. 2 entre les « autorités québécoises », les « autorités étrangères » et les « arbitres ».

While little has been written on the interpretation of art. 3149 itself, there is academic support for our position. In "Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand 'browsewrap' rime avec 'arbitrabilité'", in *Repères*, EYB 2005REP375, August 2005, N. W. Vermeys argues: 215

Bien que l'interprétation de l'art. 3149 n'ait guère été commentée, notre position reçoit l'appui des auteurs. Dans son article « Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand "browsewrap" rime avec "arbitrabilité" », dans *Repères*, EYB 2005REP375, août 2005, N. W. Vermeys affirme :

> [TRANSLATION] Article 3148 C.C.Q. seems to preclude compulsory arbitration where consumer contracts are concerned. . . . The effect of this article is that the "arbitrator" concept is expressly excluded from that of the "Quebec authority". Since the Code prevents a consumer from waiving the jurisdiction of Quebec authorities, it would necessarily be impossible to set up an arbitration clause against the consumer.
>
> En effet, l'article 3148 C.c.Q. semble écarter tout recours forcé à l'arbitrage dans le cadre de contrats de consommation [. . .] Il résulte de cet article que la notion d'« autorité québécoise » exclut expressément celle d'« arbitre ». Or, puisqu'en vertu du Code le consommateur ne peut renoncer à la compétence des autorités québécoises, la clause d'arbitrage lui serait nécessairement inopposable.

Vermeys further rejects the argument that an arbitrator could fit within the word "court" in the C.P.A., s. 271, para. 3, in order to qualify as a "Québec authority" for the purposes of arts. 3148 and 3149:

M. Vermeys rejette en outre l'argument voulant qu'un arbitre puisse être visé par le terme « tribunal » figurant dans la L.p.c., art. 271, al. 3, et qu'il puisse prétendre ainsi à la qualité d'« autorité québécoise » pour l'application des art. 3148 et 3149 :

[TRANSLATION] For this purpose, some may be tempted to argue that the definition of "court" in the CPA includes an arbitrator. However, to interpret the word "courts" this broadly would appear to me to be inconsistent with the current state of the law. As the Court [of Appeal] quite correctly stated, "the [Consumer Protection] Act does not define this term, so it is necessary to turn to article 4 C.C.P.: "court means one of the courts of justice enumerated in article 22 or a judge presiding in a courtroom" (para. 51 of the decision in question). . . . [B]efore even consulting the *Code of Civil Procedure*, it should be determined whether the legislation is internally consistent. Several provisions of the Act, including sections 142, 143, 267 and 271, seem to imply that only courts within the meaning of the *Code of Civil Procedure* were contemplated by the legislature in drafting the CPA. [Footnote No. 20]

À cette fin, notons que certains pourraient être tentés de prétendre que la définition de « tribunal » incorporée dans la LPC inclut celle d'arbitre. Cependant, il demeure qu'une interprétation aussi large du terme « tribunaux » ne semble pas conforme à l'état actuel du droit. En effet, comme l'a très justement indiqué la Cour [d'appel], « la loi [sur la protection du consommateur] ne définit pas ce terme, il faut s'en remettre à l'article 4 C.p.c. : « "tribunal : une des cours de justice énumérées à l'article 22 ou un juge qui siège en salle d'audience". » (Par. 51 de la décision commentée). [. . .] avant même d'aller consulter le *Code de procédure civile*, il importe de s'assurer de la cohérence interne du texte de loi. Or, plusieurs articles de cette loi, notamment les articles 142, 143, 267 et 271, impliquent vraisemblablement que seuls les tribunaux au sens du *Code de procédure civile* ont été envisagés par le législateur lors de la rédaction de la LPC. [Note n° 20]

216 All of this leads to the conclusion that a contractual arbitrator cannot be a "Québec authority" for the purposes of art. 3149. Therefore, Dell cannot succeed here in trying to set up the exclusive arbitration against Dumoulin. This interpretation does not affect labour arbitrators, nor other forms of arbitration made available under Quebec statutes, because such arbitrators would qualify as "Québec authorities": see Tremblay, at p. 252: [TRANSLATION] "A distinction must also be made between civil or commercial arbitration and other types of arbitration, such as grievance arbitration in labour law. In grievance arbitration, even though the parties can choose the third party, arbitration is compulsory by law" (emphasis added). This explains why this Court's decisions in *Bisaillon*, and *Desputeaux* do not dictate our conclusion here. The former involved an arbitrator whose authority stemmed from Quebec's *Labour Code*, and the latter involved an arbitrator designated by s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*. Nor does our interpretation signify that arbitration clauses in consumer and worker contracts are always invalid. It simply means that the agreement to arbitrate in advance of the dispute, which is the effect of an arbitration clause included in a contract of adhesion, could not be set up against the consumer or worker. The consumer or worker could well decide they want to arbitrate; in that case recourse to

Tout cela nous amène à conclure qu'un arbitre consensuel ne saurait être qualifié d'« autorité québécoise » pour l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Par conséquent, Dell ne peut avoir gain de cause en l'espèce en tentant d'opposer à M. Dumoulin la clause d'arbitrage exclusif. Cette interprétation n'a aucune incidence sur les arbitres du travail, ni sur les autres types d'arbitres visés par les lois du Québec, ceux-ci répondant à la définition d'« autorités québécoises » : voir Tremblay, p. 252 : « [i]l faut aussi distinguer l'arbitrage civil ou commercial d'autres types d'arbitrage, tel l'arbitrage de griefs en droit du travail. Dans ce dernier type d'arbitrage, bien que le tiers puisse être choisi par les parties, l'arbitrage est obligatoire selon la loi » (nous soulignons). Cela explique pourquoi les décisions de la Cour dans *Bisaillon* et *Desputeaux* ne dictent pas notre conclusion en l'espèce. La première de ces décisions mettait en cause un arbitre qui tirait ses pouvoirs du *Code du travail* du Québec et la seconde, un arbitre désigné conformément à l'art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*. Notre interprétation ne signifie pas non plus que les clauses d'arbitrage contenues dans les contrats de consommation et de travail sont toujours invalides. Elle signifie simplement que la convention d'arbitrage antérieure au litige, conséquence d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat d'adhésion, ne peut être opposée au consommateur ou au travailleur. Le consommateur ou

art. 3149 is unnecessary. This is explained very well by Goldstein and Groffier:

[TRANSLATION] All that article 3149 C.C.Q. says is that the party contracting with the weaker party cannot impose such a clause on him or her regardless of what the weaker party intended and perhaps even though . . . the weaker party originally opted for arbitration but subsequently changed his or her mind. While it is true that workers or consumers cannot waive the forum of their residence or domicile *in advance*, they can nevertheless waive it if they believe that would be in their interest in the circumstances. To say the contrary would be tantamount to saying that in international situations, nothing relating to a contract of employment or a consumer contract is arbitrable. [Emphasis in original.]

(*Droit international privé*, t. II, at p. 640)

Our conclusion on art. 3149 C.C.Q. is alone sufficient to dismiss the appellant's motion to refer the dispute to arbitration and it is therefore not strictly necessary to study the other possible grounds of nullity of the arbitration agreement. That said, we are of the view that the other questions raised by this appeal are sufficiently important to make it necessary for our Court to state its views on their respective merits.

(2) Is the Arbitration Agreement Null Because a Consumer Dispute Is a Matter of Public Order?

Although the respondents did not specifically argue that a consumer dispute could never be arbitrated because it would constitute an arbitration over a matter of public order, we need to briefly state our position on the subject, as the question was discussed by the Court of Appeal. In our view, the Court of Appeal was correct in concluding that a consumer dispute can be arbitrated. Such a conclusion inevitably flows from the application of the reasoning we have adopted in *Desputeaux*, and is in accordance with the requirements of public policy, subject to the effect of art. 3149 C.C.Q.

Article 2639 C.C.Q. deals with the kind of disputes that cannot be submitted to arbitration. These are the "[d]isputes over the status and capacity of

le travailleur pourrait bien choisir d'aller en arbitrage, auquel cas le recours à l'art. 3149 est inutile. Goldstein et Groffier l'expliquent très bien :

Tout ce que dit l'article 3149 C.c.Q., c'est que le cocontractant de la partie faible ne peut lui imposer une telle clause, malgré sa volonté et peut être même [. . .] malgré le fait que cette dernière s'est prévalue de l'arbitrage, mais change d'avis. S'il est exact qu'un travailleur ou un consommateur ne peut renoncer *à l'avance* au for de son domicile ou de sa résidence, néanmoins, il lui est loisible de le faire s'il y trouve son intérêt au vu des circonstances. Affirmer le contraire revient à considérer, en situation internationale, que tout ce qui concerne le contrat de travail ou celui de consommation n'est pas arbitrable. [En italique dans l'original.]

(*Droit international privé*, t. II, p. 640)

217 Notre conclusion sur l'art. 3149 C.c.Q. suffit à elle seule à rejeter la demande de l'appelante de renvoyer le litige à l'arbitrage; il n'est donc pas strictement nécessaire d'examiner les autres motifs possibles de nullité de la convention d'arbitrage. Cela dit, nous estimons que les autres questions soulevées par le présent pourvoi sont suffisamment importantes pour que notre Cour exprime son opinion sur leur bien-fondé respectif.

(2) La convention d'arbitrage est-elle nulle parce qu'un litige de consommation relève de l'ordre public?

218 Bien que les intimés n'aient pas expressément soutenu qu'un litige de consommation ne pourrait jamais être soumis à l'arbitrage parce qu'il s'agirait d'un arbitrage sur une question qui intéresse l'ordre public, nous devons exposer brièvement notre opinion sur le sujet car la Cour d'appel a abordé la question. Nous estimons que la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'un litige de consommation peut être soumis à l'arbitrage. Cette conclusion découle inévitablement de l'application du raisonnement que nous avons adopté dans *Desputeaux* et elle est conforme aux conditions d'ordre public, sous réserve de l'effet de l'art. 3149 C.c.Q.

219 L'article 2639 C.c.Q. traite du genre de différend qui ne peut être soumis à l'arbitrage. Il s'agit du « différend portant sur l'état et la capacité des

persons, family matters or other matters of public order". The question is therefore whether a consumer dispute constitutes such another matter of public order. We believe that it does not. As we held in *Desputeaux*, the concept of public order in art. 2639, para. 1 C.C.Q. must be interpreted restrictively so as to respect the parties' autonomy to choose arbitration, as well as the clear legislative intention to respect such a choice. As there was no compelling reason to consider copyright disputes as analogous to disputes regarding the status and capacity of persons or family matters in *Desputeaux*, there is no such compelling reason regarding consumer disputes in the case at bar.

220 Furthermore, the fact that certain C.P.A. rules to be applied by the arbitrator are in the nature of public order does not constitute a bar for the hearing of the case by an arbitral tribunal. The second paragraph of art. 2639 C.C.Q. makes this clear. This was also recognized by our Court in *Desputeaux*:

> A broad interpretation of the concept of public order in art. 2639, para. 1 *C.C.Q.* has been expressly rejected by the legislature, which has specified that the fact that the rules applied by an arbitrator are in the nature of rules of public order is not a ground for opposing an arbitration agreement (art. 2639, para. 2 *C.C.Q.*). The purpose of enacting art. 2639, para. 2 *C.C.Q.* was clearly to put an end to an earlier tendency by the courts to exclude any matter relating to public order from arbitral jurisdiction. (See *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, at p. 2789, in which the Quebec Court of Appeal in fact stated its disagreement with the earlier decision in *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; see also *Mousseau* [*v. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (Sup. Ct.)], at p. 2009.) Except in certain fundamental matters, relating, for example, strictly to the status of persons, as was found by the Quebec Superior Court to be the case in *Mousseau*, *supra*, an arbitrator may dispose of questions relating to rules of public order, since they may be the subject matter of the arbitration agreement. The arbitrator is not compelled to stay his or her proceedings the moment a matter that might be characterized as a rule or principle of public order arises in the course of the arbitration. [para. 53]

personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public ». La question est donc de savoir si un litige de consommation est une de ces autres questions qui intéressent l'ordre public. Nous croyons que tel n'est pas le cas. Comme en a décidé la Cour dans *Desputeaux*, le concept d'ordre public à l'art. 2639, al. 1 C.c.Q. doit être interprété strictement de façon à respecter l'autonomie de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, de même que l'intention claire du législateur de respecter ce choix. De la même façon qu'aucune raison impérieuse ne nous permettait d'établir une analogie entre les litiges relevant du droit d'auteur et ceux portant sur l'état et la capacité des personnes ou sur les matières familiales dans *Desputeaux*, rien ne nous permet de traiter différemment les litiges de consommation en l'espèce.

En outre, le fait que certaines des règles de la L.p.c. que l'arbitre devrait appliquer présentent un caractère d'ordre public n'empêche en rien un tribunal arbitral d'instruire l'affaire. C'est ce qu'édicte clairement le deuxième alinéa de l'art. 2639 C.c.Q. C'est aussi ce que la Cour a reconnu dans *Desputeaux* :

> L'interprétation extensive du concept d'ordre public de l'art. 2639, al. 1 *C.c.Q.* a été expressément écartée par le législateur. Celui-ci a ainsi précisé que le fait que les règles appliquées par l'arbitre présentent un caractère d'ordre public n'empêche pas la convention d'arbitrage (art. 2639, al. 2 *C.c.Q.*). L'adoption de l'art. 2639, al. 2 *C.c.Q.* visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public. (Voir *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, p. 2789, où la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs exprimé son désaccord avec l'arrêt antérieur rendu dans *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; voir aussi *Mousseau* [*c. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.)], p. 2009.) Sauf dans quelques matières fondamentales, tenant par exemple strictement à l'état des personnes, comme l'a conclu par exemple la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Mousseau*, précitée, l'arbitre peut statuer sur des règles d'ordre public, puisqu'elles peuvent faire l'objet de la convention d'arbitrage. L'arbitre n'est pas condamné à interrompre ses travaux dès qu'une question susceptible d'être qualifiée de règle ou de principe d'ordre public se pose dans le cours de l'arbitrage. [par. 53]

Finally, the fact that the C.P.A. and the C.C.Q. are silent as to the arbitrability of a consumer dispute suggests its permissibility. An act should only be interpreted as excluding the possibility of arbitration if it is clear from it that the legislator purported to exclude the possibility of arbitration. No provisions of the C.P.A. or the C.C.Q. lead us to think that it is the case for consumer disputes. More specifically, we think the Court of Appeal was correct in finding that art. 271, para. 3 C.P.A. merely defines the jurisdiction *ratione materiae* of the courts and in concluding that, as we held in *Desputeaux*, such an article should not be interpreted as excluding the possibility of arbitration.

221 Enfin, le silence de la L.p.c. et du C.c.Q. quant à l'arbitrabilité d'un litige de consommation tend à indiquer que l'arbitrage est permis. Aucune loi ne devrait être interprétée comme excluant le recours à l'arbitrage, sauf s'il est clair que telle était l'intention du législateur. Aucune disposition de la L.p.c. et du C.c.Q. ne nous amène à penser que c'est le cas des litiges de consommation. Plus particulièrement, nous croyons que la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'art. 271, al. 3 L.p.c. ne fait que définir la compétence matérielle des tribunaux et, comme nous l'avons fait dans *Desputeaux*, qu'une telle disposition ne devrait pas être interprétée comme excluant la possibilité du recours à la procédure arbitrale.

The Quebec legislature has never given any clear indications that consumer disputes are not arbitrable. No general rule to that effect can be found anywhere. The legislature adopted another approach. The C.C.Q. and the C.P.A. contain certain rules which govern the validity, applicability and enforceability of arbitration agreements in respect of consumers.

222 Le législateur québécois n'a jamais indiqué clairement que les litiges de consommation ne sont pas arbitrables. Nous n'avons trouvé aucune règle générale en ce sens. Le législateur a adopté une autre approche. Le C.c.Q. et la L.p.c. contiennent certaines dispositions régissant la validité, l'applicabilité et l'exécution des conventions d'arbitrage mettant en cause des consommateurs.

The respondents seem to argue that a consumer dispute can never be arbitrated because arbitration proceedings should be considered *inherently* unfair for the consumer. We are not convinced that this is the case. On the contrary, we think that under certain circumstances, arbitration may actually be an appropriate or preferable forum for the adjudication of consumer disputes.

223 Les intimés semblent prétendre qu'un litige de consommation ne peut jamais être soumis à l'arbitrage parce que cette procédure devrait être considérée *foncièrement* inéquitable pour le consommateur. Nous ne sommes pas convaincus que ce soit le cas. Au contraire, nous croyons qu'il pourrait en fait être approprié ou préférable, dans certaines circonstances, de recourir à l'arbitrage pour régler les litiges de consommation.

(3) Is the Arbitration Agreement Void Because It Constitutes a Waiver of the Jurisdiction of the Superior Court Over Class Actions Contrary to Public Order?

(3) La convention d'arbitrage est-elle nulle parce qu'elle constitue une renonciation, contraire à l'ordre public, à la compétence de la Cour supérieure en matière de recours collectifs?

The respondents also argue that access to class actions is a matter of public order and therefore cannot be subject to arbitration under art. 2639. This argument must fail, because, as discussed above, art. 2639, para. 1 seeks to insulate only certain types of "matters" or disputes of public order from arbitration. Access to class actions is a

224 Les intimés soutiennent aussi que l'accès aux recours collectifs intéresse l'ordre public et que, par conséquent, cette question ne saurait être soumise à l'arbitrage suivant l'art. 2639. Cet argument doit être rejeté parce que, comme nous l'avons mentionné, l'art. 2639, al. 1 ne vise à soustraire à l'arbitrage que certains types de « questions » ou

procedural right and not a type of "matter" or dispute analogous to status and capacity of persons, or family law disputes.

225 The respondents alternatively argue that this Court should apply its decision in *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, to find that the rules on class actions are rules of public order, with the consequence that contractual provisions preventing the consumer from accessing class actions are of no effect. In *Garcia Transport*, the Court concluded that a provision in the C.C.L.C. was a rule of public order absent an explicit statement within the provision indicating this status. Finding that such status could be implied, the Court identified a number of factors that indicated legislative intent to accord the provision this status. The decision leaves no doubt, however, that it is the Quebec legislature that decides which laws apply as a matter of public order, not the courts. The role of courts in this regard is to determine whether sufficient legislative intent is present to clearly indicate that a law is intended to be one of public order, and this will occur only in those rare cases where the legislator has been less than explicit about its status. The following excerpt from J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 81 (cited in *Garcia Transport* at p. 525), accurately sets out the law:

[TRANSLATION] Most of the time, the legislature intervenes directly to establish what is a matter of public order. Sometimes there is even an explicit statement in the statutory or regulatory provision that it is of public order; sometimes it indicates that there can be no contractual derogation from the rule, and that any such derogation will be null. Sometimes, on the contrary, the legislature clearly indicates that it is left to the parties themselves to settle the question and that the rule that is set out will apply only to supplement their agreement. . . . In other cases, finally, the formula used does not directly suggest that the statute is truly imperative. It is then for the courts to determine the legislative intention and to decide whether the provisions should be treated as being of public order, that is, to determine whether they are *imperative* provisions or

de différends qui intéressent l'ordre public. L'accès aux recours collectifs est un droit procédural et non un genre de « questions » ou de différends semblables à ceux qui intéressent l'état et la capacité des personnes ou les conflits familiaux.

Subsidiairement, les intimés soutiennent que la Cour devrait appliquer son arrêt *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, et conclure que les règles relatives aux recours collectifs sont d'ordre public et, partant, que les dispositions contractuelles ayant pour effet d'empêcher le consommateur d'accéder aux recours collectifs sont inopérantes. Dans l'arrêt *Garcia Transport*, la Cour a conclu qu'une disposition du C.c.B.C. avait un caractère d'ordre public même si elle ne contenait aucune mention expresse en ce sens. Concluant que ce caractère pouvait être implicite, la Cour a énuméré un certain nombre de facteurs indiquant que le législateur voulait conférer ce caractère à la disposition. La décision ne laisse cependant subsister aucun doute quant au fait que c'est le législateur québécois qui détermine quelles lois relèvent de l'ordre public, non pas les tribunaux. Le rôle des tribunaux à cet égard consiste à déterminer si l'intention du législateur est suffisamment claire pour conclure qu'il entendait conférer à une loi un caractère d'ordre public, ce qui n'arrivera que dans les rares cas où le législateur aura été moins qu'explicite à ce sujet. L'extrait suivant, tiré de l'ouvrage de J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3e éd. 1989), p. 81, cité dans *Garcia Transport*, p. 525, exprime avec exactitude le droit en vigueur :

La plupart du temps, c'est le législateur qui intervient directement pour dire ce qui est d'ordre public. Parfois on trouve dans le texte législatif ou réglementaire même la mention expresse que la disposition prévue par lui est d'ordre public; parfois il indique qu'il ne souffrira aucune dérogation contractuelle à la règle, à peine de nullité. Parfois le législateur, au contraire, indique clairement qu'il laisse aux parties elles-mêmes le soin de régler la question et que la règle qu'il édicte ne s'appliquera qu'à titre supplétif [. . .] Dans d'autres espèces enfin, la formulation utilisée ne laisse pas directement soupçonner le caractère véritablement impératif de la loi. Les tribunaux ont alors la tâche de rechercher l'intention législative et de décider s'il convient de donner aux textes un caractère d'ordre public, c'est-à-dire de déterminer s'il s'agit d'une disposition *impérative* ou

merely *supplement* the will of the parties. [Emphasis in original.]

In this case, there is no indication of a legislative intent to give the rules in Book IX on "Class Action" of the C.C.P. public order status. While art. 1051 C.C.P. states that the provisions of the other books of the C.C.P. that are inconsistent with the rules of Book IX do not apply, this rule merely intends to remedy practical difficulties in applying procedures that would be unfeasible in the class action context, such as strictly applying the rules on cross-claims and joinder. It does not elevate the right to institute class actions to the status of a rule of public order that cannot be waived. Furthermore, this Court's recent decision in *Bisaillon*, is clear authority that the class action, while having an important social dimension, is only a "procedural vehicle whose use neither modifies nor creates substantive rights" and can generally be waived (para. 17). It is the legislature, and not the courts, that can create exceptions to this.

seulement *supplétive* de volonté. [En italique dans l'original.]

226 En l'espèce, rien n'indique que le législateur entendait donner un caractère d'ordre public aux règles figurant au livre IX concernant « Le recours collectif ». Même si l'art. 1051 C.p.c. prévoit que les dispositions des autres livres du C.p.c. qui sont incompatibles avec le livre IX ne s'appliquent pas, cette règle ne vise qu'à remédier aux difficultés pratiques que pose l'application de procédures qui auraient été impossibles dans le contexte des recours collectifs, par exemple l'application stricte des règles sur les demandes reconventionnelles et la réunion d'actions. Cet article n'a pas pour effet de conférer au droit d'intenter un recours collectif le caractère d'une règle d'ordre public à laquelle on ne saurait renoncer. En outre, la récente décision de notre Cour dans *Bisaillon* reconnaît clairement que le recours collectif, malgré son importante portée sociale, n'est qu'un « véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels », auquel on peut généralement renoncer (par. 17). C'est au législateur, et non aux tribunaux, qu'il appartient de créer des exceptions à cette règle.

(4) Is the Arbitration Agreement Null Because Dumoulin Did Not Consent to It as It Was Imposed on Him Through a Contract of Adhesion?

(4) La convention d'arbitrage est-elle nulle parce que M. Dumoulin n'y a pas consenti puisqu'elle lui a été imposée dans le cadre d'un contrat d'adhésion?

The respondents also argue that the principle of the autonomy of the parties has no bearing on this case as the arbitration clause is found in a contract of adhesion. In other words, the respondents seem to argue that Dumoulin should not be bound by the arbitration agreement because he did not give a true consent to the contract in which it is contained, this contract being of adhesion. This argument must also fail. It is based on the false assumption that an adhering party does not truly consent to be bound by the obligations contained in a contract of adhesion. The notion of a contract of adhesion is only meant to describe the contract in which the essential stipulations were imposed or drawn up by one of the parties and were not negotiable (see art. 1379 C.C.Q.). This does not mean that the adhering party cannot give a true consent to it and be bound by

227 Les intimés soutiennent également que le principe de l'autonomie de la volonté des parties n'a aucune application en l'espèce puisque la clause d'arbitrage figure dans un contrat d'adhésion. Autrement dit, les intimés semblent prétendre que M. Dumoulin ne devrait pas être lié par la convention d'arbitrage puisqu'il n'a pas réellement consenti au contrat qui la renferme, s'agissant d'un contrat d'adhésion. Cet argument doit aussi être rejeté. Il repose sur la fausse hypothèse qu'un adhérent ne consent pas vraiment à être assujetti aux obligations énoncées dans un contrat d'adhésion. La notion de contrat d'adhésion ne vise qu'à décrire le contrat dans lequel les stipulations essentielles ont été imposées ou rédigées par l'une des parties et ne pouvaient pas être librement discutées (voir l'art. 1379 C.c.Q.). Cela ne signifie pas que l'adhérent ne

each one of its clauses, subject to the possibility that some might be void or without effect pursuant to some other provisions of the law. As stated by J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin:

> [TRANSLATION] Since the adhering party's only choice is between entering into the contract on the terms imposed by the other party and not entering into it, the question that arises is whether this is a true contract, that is, an *agreement of the wills* of the parties. Some authors argue that a contract of adhesion is more akin to a unilateral juridical act, whereas a contract is a bilateral juridical act. However, most authors consider a contract of adhesion to be a true contract even though the role of the will of the adhering party is reduced to a minimum. Support for this position can be found in the variety of mechanisms that have been developed at law to correct the inequities and problems of consent that result from the adhering party's inability to negotiate .... [Emphasis in original.]

(*Baudouin et Jobin: Les obligations* (6th ed. 2005), at p. 79)

228 We agree with the position defended by the majority of the doctrine and think it is therefore not sufficient for the respondents to raise the fact that the arbitration clause is found in a contract of adhesion in order to demonstrate that Dumoulin should not be bound by it. Reliance on some other provisions of the law is necessary.

(5) Is the Arbitration Clause Void Because It Is Abusive?

229 Article 1437 C.C.Q. and s. 8 C.P.A. provide the basis for a judicial declaration of the nullity of an abusive clause. However, as was noted above, we are of the view that an arbitration clause cannot be said to be abusive only because it is found in a consumer contract or in a contract of adhesion. The agreement to arbitrate a consumer dispute is not inherently unfair and abusive for the consumer. On the contrary, it may well facilitate the consumer's access to justice. Therefore, the consumer that raises this ground of nullity must prove that, given the particular facts of his case, the arbitration agreement should be considered abusive. Most of the time, such proof will require testimonial evidence.

peut pas consentir véritablement au contrat et être lié par chacune de ses clauses, même si certaines d'entre elles pourraient être nulles ou sans effet par l'application de quelque autre disposition de la loi. Comme l'ont écrit J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin :

> Puisque l'adhérent n'a d'autre choix que de contracter, aux termes imposés par l'autre partie, ou de ne pas contracter, la question se pose de savoir si on est en présence d'un véritable contrat, *accord des volontés* des parties. Ainsi, certains soutiennent que le contrat d'adhésion se rapproche plutôt de l'acte juridique unilatéral, le contrat étant au contraire un acte juridique bilatéral. La doctrine majoritaire est plutôt d'avis que, bien que le rôle de la volonté de l'adhérent soit réduit au minimum, c'est un véritable contrat. Cette analyse est d'autant plus défendable que le droit, par divers moyens, s'efforce de corriger les inéquités et les problèmes de consentement découlant de l'incapacité de négocier de l'adhérent ... [En italique dans l'original.]

(*Baudouin et Jobin : Les obligations* (6e éd. 2005), p. 79)

Nous souscrivons à la thèse défendue par la majorité des auteurs et croyons qu'il n'est donc pas suffisant pour les intimés de soulever le fait que la clause d'arbitrage se trouve dans un contrat d'adhésion pour démontrer que M. Dumoulin ne devrait pas être lié par elle. Ils doivent s'appuyer sur d'autres règles de droit.

(5) La clause d'arbitrage est-elle nulle parce qu'elle serait abusive?

L'article 1437 C.c.Q. et l'art. 8 L.p.c. servent de fondement à un jugement déclaratoire portant nullité d'une clause abusive. Or, comme nous l'avons dit, à notre avis, une clause d'arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation ou dans un contrat d'adhésion. La convention d'arbitrage d'un litige de consommation n'est pas foncièrement inéquitable et abusive pour le consommateur. Au contraire, elle peut très bien lui faciliter l'accès à la justice. Par conséquent, le consommateur qui soulève ce motif de nullité doit prouver que, compte tenu des faits particuliers en cause, la convention d'arbitrage devrait être jugée abusive. La plupart

If that is the case, the question will have to be dealt with by the arbitral tribunal, subject to the possibility for the consumer to ask for a revision of the arbitral tribunal's decision under art. 943.1 C.C.P. Such would have been the situation in the case at bar if it had not been for our conclusion regarding the applicability of art. 3149 C.C.Q.

du temps, il aura besoin pour ce faire d'une preuve testimoniale. Le cas échéant, la question devra être débattue devant le tribunal d'arbitrage, mais la décision de ce dernier pourra être révisée, à la demande du consommateur, en application de l'art. 943.1 C.p.c. C'est ce qui serait arrivé en l'espèce, n'eut été notre conclusion quant à l'applicabilité de l'art. 3149 C.c.Q.

(6) Is the Arbitration Agreement Null Because It Is an External Clause that Was Not Expressly Brought to the Attention of Dumoulin?

(6) La convention d'arbitrage est-elle nulle parce qu'elle constitue une clause externe qui n'a pas été portée expressément à la connaissance de M. Dumoulin?

Generally, the question of whether the arbitration agreement is null pursuant to art. 1435, para. 2 C.C.Q. will be more appropriately left to the arbitral tribunal to decide. Although it will often be possible for a court to decide on examination of the material supporting the referral application if the arbitration agreement was contained in an external clause, it will generally not be possible to determine, on such a review, if this external clause was expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, or if the consumer or adhering party otherwise knew of it. For that reason, a review involving testimonial evidence will often be necessary and this review is better left to the arbitral tribunal. Such would have been the situation in the case at bar if it had not been for our conclusion regarding the applicability of art. 3149 C.C.Q. *in fine.*

230 De façon générale, il vaut mieux laisser au tribunal d'arbitrage le soin de déterminer si la convention d'arbitrage est nulle en application de l'art. 1435, al. 2 C.c.Q. Même si, bien souvent, le tribunal pourra déterminer, après examen des documents produits à l'appui de la demande de renvoi, si la convention d'arbitrage faisait partie d'une clause externe, il ne lui sera généralement pas possible de déterminer, lors d'un tel examen, si cette clause externe a été portée expressément à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent, ou si le consommateur ou l'adhérent en a eu autrement connaissance. Pour cette raison, il sera souvent nécessaire d'examiner la preuve, y compris la preuve testimoniale, et c'est au tribunal d'arbitrage qu'il vaut mieux confier cet examen. C'est ce qui serait arrivé en l'espèce, n'eut été notre conclusion quant à l'applicabilité de l'art. 3149 C.C.Q. *in fine.*

That said, the finding of the Court of Appeal that the arbitration clause was external because the Terms and Conditions were external is significant, given the growing frequency with which on-line contracts are made and the impact such a finding could have on e-commerce. As the position adopted by the Court of Appeal is not free from doubts, we feel compelled to state our view on the matter.

231 Cela dit, la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle la clause d'arbitrage est externe parce que les conditions du contrat sont externes est importante, compte tenu du nombre croissant de contrats conclus en ligne et des répercussions que cette conclusion pourrait avoir sur le commerce électronique. Comme la position retenue par la Cour d'appel n'est pas sans soulever certains doutes, nous estimons devoir exprimer notre point de vue sur la question.

The context of e-commerce requires courts to be sensitive to a number of considerations. First, we are dealing with a different means of doing business than has heretofore been generally considered

232 Le contexte du commerce électronique exige des tribunaux qu'ils tiennent compte d'un certain nombre de considérations. Premièrement, il s'agit d'un moyen de faire du commerce qui diffère de

by the courts, with terminology and concepts that may not easily, though nevertheless must be fit within the existing body of contract law. Second, as e-commerce increasingly gains a greater foothold within our society, courts must be mindful of advancing the goal of commercial certainty (see *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.)). Finally, the context demands that a certain level of computer competence be attributed to those who choose to engage in e-commerce. As noted by the Ontario Superior Court of Justice in *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299:

> We are here dealing with people who wish to avail themselves of an electronic environment and the electronic services that are available through it. It does not seem unreasonable for persons who are seeking electronic access to all manner of goods, services and products, along with information, communication, entertainment and other resources, to have the legal attributes of their relationship with the very entity that is providing such electronic access, defined and communicated to them through that electronic format. [para. 32]

233 As a preliminary matter, the appellant raised the objection that the Court of Appeal made its own factual findings by reviewing the transcripts and appeal record in order to find that art. 1435 C.C.Q. applied. The appellant submits that the Court of Appeal erred by not remitting the case to the court below for the necessary evidentiary findings to be made since the Superior Court made no finding of fact on this issue. This submission must be rejected. The power of the Court of Appeal to make a fresh assessment of facts on the record and offer a substituted verdict can be implied from s. 10 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, which provides that the Court's power to hear appeals "shall carry with it all powers necessary to its exercise" (see also R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 201).

tout ce que les tribunaux ont généralement été appelés à examiner jusqu'à présent, un moyen où la terminologie et les concepts doivent s'inscrire dans l'ensemble des règles de droit des contrats, malgré les difficultés de cette harmonisation. Deuxièmement, comme le commerce électronique s'implante de plus en plus solidement dans notre société, les tribunaux doivent songer à favoriser l'objectif de la sécurité commerciale (voir *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont.)). Enfin, le contexte requiert que l'on prête aux personnes qui décident de se lancer dans le commerce électronique une certaine compétence informatique. Comme l'a dit la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Kanitz c. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299 :

> [TRADUCTION] Nous sommes ici en présence de gens qui souhaitent se prévaloir d'un environnement électronique et des services électroniques auxquels cet environnement leur donne accès. Il ne paraît pas déraisonnable que les attributs juridiques du rapport qui s'établit entre ceux qui cherchent un accès électronique à toute une gamme de biens, de services et de produits, ainsi qu'à l'information, à la communication, au divertissement et à d'autres ressources, et l'entité qui leur fournit cet accès électronique, soient définis et leur soient communiqués sous forme électronique. [par. 32]

À titre préliminaire, l'appelante a soulevé l'objection selon laquelle la Cour d'appel a tiré ses propres conclusions de fait en examinant les transcriptions et le dossier d'appel en vue de conclure à l'application de l'art. 1435 C.c.Q. L'appelante soutient que la Cour d'appel a eu tort de ne pas renvoyer l'affaire à l'instance inférieure pour que celle-ci tire les conclusions qui s'imposent au regard de la preuve puisque la Cour supérieure n'a tiré aucune conclusion de fait sur cette question. Cet argument doit être rejeté. Le pouvoir de la Cour d'appel de procéder à une nouvelle appréciation des faits au vu du dossier et à une substitution de verdict peut être inféré de l'art. 10 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, qui prévoit que la compétence accordée à la cour pour entendre les appels « comporte l'attribution de tous les pouvoirs nécessaires pour lui donner effet » (voir aussi R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 201).

We turn now to whether art. 1435 C.C.Q. applied in this case. Article 1435 C.C.Q. provides that external clauses are generally permitted, except in cases involving contracts of adhesion or consumer contracts, where, in order to be found valid, it must be proved that they have been brought to the party's attention or that the consumer or adhering party otherwise knew of it. The first question, then, is whether Dell's Terms and Conditions of Sale, hyperlinked to the bottom of the Configurator Page and containing the arbitration clause, constitute an external document.

The meaning of "external" is not defined in the C.C.Q.; however, both the doctrine and Quebec jurisprudence provide some insight into its meaning. Baudouin and Jobin provide a definition but they express ambivalence over whether, in general, hyperlinked documents are external within the meaning of art. 1435 C.C.Q.:

> [TRANSLATION] [An external clause is] a stipulation set out in a document that is separate from the agreement or instrument but that, according to a clause of this agreement, is deemed to be an integral part of it and thus binding on the parties. . . . In a contract entered into via the Internet, the contracting party must use one or more hyperlinks to find the external clauses that govern the contract appearing on the screen; it might be asked whether these are in fact external clauses. The external clause concept needs to be clarified somewhat. For instance, a document that is appended to the contract and is immediately submitted to each party, or a stipulation found on the back of the instrument, is not an external clause. [Footnotes omitted.]
>
> (*Baudouin et Jobin: Les obligations*, at p. 267)

The appellant's submissions were along similar lines, analogizing clicking a hyperlink on a Web page to the turning of the page of a contract in paper form. There may be some merit to this argument, but it ignores the fact that a Web page can contain several hyperlinks, which can obscure the relevant link containing important information about the consumer's legal rights.

S. Parisien provides better insight into when a hyperlinked document may be considered to have

234 Nous abordons maintenant la question de savoir si l'art. 1435 C.c.Q. s'appliquait en l'espèce. L'article 1435 C.c.Q. précise que la clause externe est généralement autorisée, sauf dans les cas de contrat d'adhésion ou de consommation où, pour que l'on conclue à sa validité, il faut prouver qu'elle a été portée à la connaissance de la partie ou que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. Ainsi, la première question est de déterminer si les conditions de vente établies par Dell, reliées par hyperlien au bas de la page de configuration et contenant la clause d'arbitrage, constituent un document externe.

235 Le sens du mot « externe » n'est pas précisé dans le C.c.Q.; cependant, la doctrine et la jurisprudence québécoises nous renseignent à ce sujet. Baudouin et Jobin en donnent une définition, mais expriment leur ambivalence quant à savoir si, en général, les documents reliés par hyperlien sont des documents externes au sens de l'art. 1435 C.c.Q. :

> [La clause externe est] une stipulation figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée en faire partie intégrante, et donc lier les parties [. . .] Dans les contrats conclus par internet, la partie contractante doit utiliser un ou quelques liens hypertextes pour trouver les clauses externes régissant le contrat qui apparaît à l'écran : on peut se demander s'il s'agit effectivement de clauses externes. La notion de clause externe mérite d'être quelque peu précisée. Ainsi, le document annexé au contrat et remis immédiatement à chaque partie et la stipulation inscrite au verso de l'*instrumentum* ne constituent pas des clauses externes. [Renvois omis.]
>
> (*Baudouin et Jobin : Les obligations*, p. 267)

236 Les observations de l'appelante vont dans le même sens, faisant une analogie entre l'action de cliquer sur l'hyperlien d'une page Web et celle de tourner la page d'un contrat sur support papier. Bien que cet argument puisse avoir quelque fondement, il fait abstraction du fait qu'une page Web peut comporter plusieurs hyperliens et que ceux-ci peuvent cacher le lien qui mène à des renseignements importants sur les droits du consommateur.

237 Un commentaire de S. Parisien permet de mieux comprendre quand on peut considérer

been expressly brought to the attention of the consumer at the moment of formation of the contract: [TRANSLATION] "A hyperlink to a document that is incorporated by reference should satisfy this condition if it is functional and clearly visible", ("La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique" in D. Poulin et al., eds., *Guide juridique du commerçant électronique* (2003), at p. 178). This is a reasonable approach to the issue; it is more realistic than a general finding that hyperlink documents are either always or never external. Applied to the facts of this case, the issue would be whether the relevant hyperlink's location and visibility on a Web page obscures it to such an extent that it can properly be said to be external.

238 It is true, as noted by the Court of Appeal, that the hyperlink to the Terms and Conditions of Sale was in smaller print, located at the bottom of the Configurator Page. The evidence was that Dell places a hyperlink to its Terms and Conditions of Sale at the bottom of every shopping page on its site. This is consistent with industry standards. In fact, this is the placement that was at the time recommended by Industry Canada's Office of Consumer Affairs (*Your Internet Business: Earning Consumer Trust — A guide to consumer protection for online merchants* (1999), at p. 10). It is proper to assume, then, that consumers that were engaging in e-commerce at the time would have expected to find a company's terms and conditions at the bottom of the Web page. In light of this, we conclude that the hyperlink to the Terms and Conditions was evident to Dumoulin. Furthermore, the Configurator Page contained a notice that the sale was subject to the Terms and Conditions of Sale, available by hyperlink, thus bringing the Terms and Conditions expressly to Dumoulin's attention.

239 Upon clicking on the hyperlink, the first paragraph states, in block capital letters:

PLEASE READ THIS DOCUMENT CAREFULLY! IT CONTAINS VERY IMPORTANT INFORMATION

qu'un document relié par hyperlien a été expressément porté à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat : « [u]n lien hypertexte vers le document incorporé par référence devrait satisfaire à cette condition s'il est fonctionnel et évident » (« La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans D. Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique* (2003), p. 178). Voilà une façon raisonnable d'aborder la question; cette solution est plus réaliste qu'une conclusion générale voulant que les documents liés par hyperlien soient toujours, ou jamais, externes. Si on l'applique aux faits de l'espèce, il s'agit de déterminer si, par son emplacement et sa visibilité sur la page Web, l'hyperlien en cause est caché à tel point qu'on peut affirmer à juste titre qu'il est externe.

Il est vrai, comme l'a dit la Cour d'appel, que l'hyperlien menant aux conditions de la vente était en petits caractères en plus d'être situé au bas de la page de configuration. La preuve a démontré que Dell place un hyperlien menant aux conditions de vente au bas de chacune des pages de magasinage de son site, se conformant ainsi aux normes de l'industrie. De fait, c'est cet endroit que recommandait à l'époque le Bureau de la consommation d'Industrie Canada (*Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs — Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct* (1999), p. 10). On peut donc supposer que les consommateurs qui se livraient alors au commerce électronique se seraient attendus à trouver les conditions de vente de l'entreprise au bas de la page Web. À la lumière de ce qui précède, nous concluons que l'hyperlien vers les conditions de vente était évident pour M. Dumoulin. De plus, la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujettie aux conditions de vente, accessibles par hyperlien, les portant ainsi expressément à la connaissance de M. Dumoulin.

Un simple clic sur l'hyperlien fait apparaître le premier paragraphe qui indique ce qui suit, en lettres majuscules :

VEUILLEZ LIRE LE PRÉSENT DOCUMENT ATTENTIVEMENT! IL RENFERME DES

ABOUT YOUR RIGHTS AND OBLIGATIONS, AS WELL AS LIMITATIONS AND EXCLUSIONS THAT MAY APPLY TO YOU. THIS DOCUMENT CONTAINS A DISPUTE RESOLUTION CLAUSE.

This Agreement contains the terms and conditions that apply to your purchase from Dell Computer Corporation, a Canadian Corporation ("Dell", "our" or "we") that will be provided to you ("Customer") on orders for computer systems and/or other products and/or services and support sold in Canada. By accepting delivery of the computer systems, other products and/or services and support described on the invoice, Customer agrees to be bound by and accepts these terms and conditions.

(Appellant's Record, vol. III, at p. 381)

RENSEIGNEMENTS TRÈS IMPORTANTS SUR VOS DROITS ET VOS OBLIGATIONS, AINSI QUE LES LIMITES ET LES EXCLUSIONS QUI PEUVENT S'APPLIQUER À VOTRE ÉGARD. LE PRÉSENT DOCUMENT RENFERME UNE CLAUSE DE RÈGLEMENT DE CONFLITS.

La présente convention renferme les modalités qui s'appliquent aux achats que vous faites auprès de Dell Computer Corporation, société canadienne (« Dell », « notre », « nos » ou « nous ») qui vous (le « client ») seront remises avec des commandes de systèmes informatiques et (ou) d'autres produits et (ou) services et soutien vendus au Canada. S'il accepte la livraison des systèmes informatiques, des autres produits et (ou) services et soutien décrits dans la facture, le client consent à être lié par ces modalités et les accepte.

(Dossier de l'appelante, vol. III, p. 375)

This warning brings the existence of the dispute resolution clause directly to the attention of the reader at the outset, and one has only to scroll down to find clause 13C, where the arbitration clause is set out to easily access all information needed about the conduct of the arbitration process. For this reason, we would reject the suggestion that the arbitration clause was buried or obscured within the Terms and Conditions of Sale. We adopt the reasoning in *Kanitz v. Rogers Cable*, at para. 31, regarding a very similar arbitration agreement located in a standard-form contract:

240 D'entrée de jeu, cet avertissement porte directement à la connaissance du lecteur l'existence de la clause de règlement des conflits; le lecteur n'a plus qu'à dérouler le texte pour trouver la clause 13C, où figure la clause d'arbitrage pour accéder facilement à tous les renseignements dont il a besoin au sujet du déroulement de la procédure d'arbitrage. Pour ce motif, nous rejetons l'argument selon lequel la clause d'arbitrage était masquée ou cachée dans les conditions de la vente. Nous adoptons le raisonnement tenu dans *Kanitz c. Rogers Cable*, au par. 31, au sujet d'une convention d'arbitrage très semblable figurant dans un contrat type :

[The arbitration clause] is displayed just as all of the other clauses of the agreement are displayed. It is not contained within a larger clause dealing with other matters, nor is it in fine print or otherwise tucked away in some obscure place designed to make it discoverable only through dogged determination. The clause is upfront and easily located by anyone who wishes to take the time to scroll through the document for even a cursory review of its contents. The arbitration clause is, therefore, not at all equivalent to the fine print on the back of the rent-a-car contract in the *Tilden* case or on the back of the baseball ticket in the *Blue Jays* case.

[TRADUCTION] [La clause d'arbitrage] est présentée comme toutes les autres clauses de la convention sont présentées. Elle ne fait pas partie d'une disposition plus longue traitant d'autres sujets; elle n'est pas non plus écrite en petits caractères ni autrement placée dans un endroit obscur que seule une détermination inébranlable peut amener à découvrir. La clause est bien en vue et facilement repérable par quiconque souhaite prendre le temps de dérouler le document, ne serait-ce que pour en examiner brièvement le contenu. La clause d'arbitrage ne saurait donc être assimilée à la clause en petits caractères figurant à l'endos du contrat de location de voiture de l'affaire *Tilden* ou à l'endos du billet de baseball de l'affaire *Blue Jays*.

Lemelin J. concluded that it was significant that the C.C.P. governing the arbitration process could be accessed only through an outside Web site. However, what is relevant is whether the arbitration

241 La juge Lemelin a conclu que le fait que le C.p.c. régissant le processus d'arbitrage n'était accessible que par un site Web externe était important. Or, ce qui importe, c'est de savoir si la clause d'arbitrage

agreement itself, and not the C.C.P., was evident and accessible through the Terms and Conditions of Sale.

V. Disposition

242 For these reasons, we would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE, LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the respondents: Lauzon Bélanger, Montréal.

Solicitor for the interveners the Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and the Public Interest Advocacy Centre: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitors for the intervener ADR Institute of Canada: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervener the London Court of International Arbitration: Ogilvy Renault, Montréal.

elle-même, et non le C.p.c., était évidente et accessible à même les conditions de vente.

V. Dispositif

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, LEBEL *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs des intimés : Lauzon Bélanger, Montréal.

Procureur des intervenants la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada et le Centre pour la défense de l'intérêt public : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante ADR Institute of Canada : Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres : Ogilvy Renault, Montréal.

Rogers Wireless Inc. *Appellant*

v.

Frederick I. Muroff *Respondent*

INDEXED AS: ROGERS WIRELESS INC. *v.* MUROFF

Neutral citation: 2007 SCC 35.

File No.: 31383.

2006: December 14; 2007: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Arbitration — Effect of arbitration clause on court's jurisdiction — Whether court must dispose of any arguments on validity of arbitration clause before referral to arbitration — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 940.1.

Rogers is a mobile telephone service provider. Its Canadian subscribers can use their phones in the United States, subject to "roaming" charges. In most parts of the United States, these charges were 95¢ per minute; however, in certain "excluded areas", they were $4 per minute. The service agreement between Rogers and M, a Quebec resident, contained an arbitration clause. This clause not only referred all disputes to arbitration, but also expressly prohibited a customer from commencing or participating in a class action. M applied for authorization to institute a class action against Rogers on behalf of himself and all other subscribers who had been charged $4 per minute for roaming charge, challenging both the $4 per minute charge and the arbitration clause on the basis that they were abusive. Without addressing the issue, the trial judge held that the clause deprived her of jurisdiction and referred the matter to an arbitrator. The Court of Appeal set aside that decision and returned the matter to the Superior Court to decide the issue of the validity of the arbitration clause.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Applying the principles set out by the majority in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34,

Rogers Sans-fil inc. *Appelante*

c.

Frederick I. Muroff *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ROGERS SANS-FIL INC. *c.* MUROFF

Référence neutre : 2007 CSC 35.

N° du greffe : 31383.

2006 : 14 décembre; 2007 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Arbitrage — Effet d'une clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — La cour doit-elle trancher les arguments relatifs à la validité de la clause d'arbitrage avant le renvoi à l'arbitrage? — Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, art. 940.1.

Rogers est fournisseur de services téléphoniques mobiles. Ses abonnés canadiens peuvent utiliser leur téléphone aux États-Unis, moyennant des frais d'« itinérance ». Sur la majeure partie du territoire américain, ces frais étaient fixés à 0,95 $ la minute; or, dans certaines « zones exclues », ils s'élevaient à 4 $ la minute. L'entente de service entre Rogers et M, un résident du Québec, prévoyait une clause d'arbitrage. Non seulement cette clause renvoyait-elle tous les différends à l'arbitrage, mais elle interdisait expressément au consommateur d'instituer un recours collectif ou d'y participer. M a demandé l'autorisation d'intenter contre Rogers un recours collectif en son propre nom et au nom de tous les autres abonnés de Rogers à qui le service pour abonnés itinérants avait été facturé 4 $ la minute, contestant à la fois la facturation établie à 4 $ la minute et la clause d'arbitrage au motif qu'elles étaient abusives. Sans aborder la question, la juge de première instance a conclu que la clause la privait de compétence et a renvoyé l'affaire à un arbitre. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a renvoyé l'affaire devant la Cour supérieure afin que soit tranchée la question de la validité de la clause d'arbitrage.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein : En appliquant les principes énoncés par les juges majoritaires dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2

the trial judge was correct to renounce jurisdiction in favour of arbitration. To determine whether the arbitration clause was abusive would have required a detailed factual inquiry on a mixed question of law and fact. An arbitrator has exclusive jurisdiction to undertake such an inquiry and for a court to do so would run counter to art. 940.1 of the *Code of Civil Procedure* and deprive the arbitrator of jurisdiction to rule on its own jurisdiction. [13] [15-16]

As was also held in *Dell*, s. 11.1 of the *Consumer Protection Act*, which prohibits any stipulation requiring a consumer to refer a dispute to arbitration, does not apply to legal situations that had fully occurred at the time it came into force, such as this one. [18-19]

Per LeBel J.: A review of the trial proceedings confirms that M plans to adduce evidence, which could require a long and complex inquiry, to establish that the arbitration clause is abusive. On either the test set out by the majority in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34, or the one proposed by the dissent in that same case, the Superior Court should decline to consider this issue. M's claim must be referred to arbitration. [25]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Followed: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34, rev'g [2005] Q.J. No. 7011 (QL), 2005 QCCA 570.

By LeBel J.

Referred to: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, Bill 48, 2nd Sess., 37th Leg., Quebec (now S.Q. 2006, c. 56), s. 2.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1437, 3149.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 940.1.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 8, 11.1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Rochon and Doyon JJ.A.), [2006]

R.C.S. 801, 2007 CSC 34, la juge de première instance a eu raison de décliner compétence au profit de l'arbitre. Déterminer si la clause d'arbitrage était abusive aurait nécessité un examen approfondi des faits sur une question mixte de droit et de fait. Un tel examen ressort exclusivement à l'arbitre, et le tribunal qui se chargerait de cet examen agirait d'une manière contraire à l'art. 940.1 du *Code de procédure civile* et priverait l'arbitre de la compétence qui l'autorise à statuer sur sa propre compétence. [13] [15-16]

Comme notre Cour l'a aussi statué dans l'arrêt *Dell*, l'art. 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdit toute stipulation ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige à l'arbitrage, ne s'applique pas aux situations juridiques qui, comme en l'espèce, avaient pris fin au moment de son entrée en vigueur. [18-19]

Le juge LeBel : L'examen du déroulement des procédures en première instance confirme que M entend s'engager dans une preuve qui pourrait être longue et complexe pour établir le caractère abusif de la clause d'arbitrage. Que l'on applique le critère énoncé dans l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, ou celui proposé dans les motifs dissidents de ce même arrêt, la Cour supérieure ne devrait pas se saisir de ce débat. La réclamation de M doit être renvoyée devant l'arbitre. [25]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt suivi : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, inf. [2005] J.Q. nº 7011 (QL), 2005 QCCA 570.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1437, 3149.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1.
Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, Projet de loi nº 48, 2e sess., 37e lég., Québec (maintenant L.Q. 2006, ch. 56), art. 2.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 8, 11.1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Rochon et Doyon), [2006]

Q.J. No. 1000 (QL), 2006 QCCA 196, setting aside a decision of Borenstein J., [2005] Q.J. No. 17037 (QL). Appeal allowed.

Pierre Y. Lefebvre, *Éric Simard* and *Isabelle Deschamps*, for the appellant.

Albert A. Greenspoon, *Johanne Gagnon* and *Steve Whitter*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

This case concerns the effect of an arbitration clause on a court's jurisdiction under Quebec civil law — in particular, how a court should deal with an arbitration clause that is alleged to be null. In this case, the arbitration clause was allegedly null because it appeared in a consumer contract and because it barred access to class action procedures. The appeal therefore deals with issues similar to those in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34. However, no issues of private international law are raised in this case.

2. Facts

Rogers is a mobile telephone service provider. Its Canadian subscribers can use their telephones in the United States, subject to "roaming" charges. In most parts of the United States, these charges are 95¢ per minute; however, in certain "excluded areas", they are $4 per minute. Dr. Muroff, a Quebec resident, used his Rogers mobile phone to make calls from Rhode Island and Maine; Rogers billed him $4 per minute for these calls.

The service agreement between Rogers and Dr. Muroff contained an arbitration clause. Not only did this clause refer all disputes to arbitration, it also

J.Q. nº 1000 (QL), 2006 QCCA 196, qui a annulé une décision de la juge Borenstein, [2005] J.Q. nº 17037 (QL). Pourvoi accueilli.

Pierre Y. Lefebvre, *Éric Simard* et *Isabelle Deschamps*, pour l'appelante.

Albert A. Greenspoon, *Johanne Gagnon* et *Steve Whitter*, pour l'intimé.

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

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Le présent pourvoi examine l'effet d'une clause d'arbitrage sur la compétence des tribunaux en droit civil québécois — plus particulièrement, la manière dont le tribunal devrait traiter une clause d'arbitrage dont la nullité est alléguée. En l'espèce, la clause d'arbitrage serait nulle parce qu'elle figure dans un contrat de consommation et qu'elle interdit l'exercice de recours collectifs. Dans ce pourvoi, les questions sont donc similaires à celles examinées dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34. Cependant, aucune question touchant au droit international privé n'est soulevée en l'espèce. 1

2. Les faits

Rogers est fournisseur de services téléphoniques mobiles. Ses abonnés canadiens peuvent utiliser leur téléphone aux États-Unis, moyennant des frais d'« itinérance ». Sur la majeure partie du territoire américain, ces frais sont fixés à 0,95 $ la minute; or, dans certaines « zones exclues », ils s'élèvent à 4 $ la minute. Le Dr Muroff, un résident du Québec, a utilisé son téléphone mobile de Rogers pour des appels à partir du Rhode Island et du Maine; Rogers lui a facturé ces appels 4 $ la minute. 2

L'entente de service entre Rogers et le Dr Muroff prévoit une clause d'arbitrage. Non seulement cette clause renvoie-t-elle tous les différends à l'arbitrage, 3

expressly prohibited the customer from commencing or participating in a class action. The service agreement appeared on the bills that Rogers sent to Dr. Muroff, and on Rogers' Web site.

3. Legal History

4 Dr. Muroff applied for authorization to institute a class action against Rogers on behalf of himself and all other Rogers subscribers who had been charged $4 per minute for roaming service. This contradicted the arbitration clause in the service agreement, so Dr. Muroff challenged both the $4 per minute charge and the arbitration clause, arguing that they were abusive, contrary to art. 1437 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), and s. 8 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1.

5 Rogers argued that the court had no jurisdiction, due to the arbitration clause (art. 940.1 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P.")). Dr. Muroff brought a motion for permission to conduct an examination on discovery of Rogers' representatives. Rogers asked the court to dismiss this application.

6 The Superior Court judge, Borenstein J., noted that Rogers' bills and its Web site contained an arbitration clause. She held that Dr. Muroff had accepted the terms and conditions of the contract by paying these bills. Borenstein J. was satisfied that the arbitration clause was mandatory and exclusive ("*parfaite*"). She did not address the question of whether the clause was abusive; she simply held that the clause deprived her of jurisdiction to rule on either the examination on discovery or the institution of a class action ([2005] Q.J. No. 17037 (QL)).

7 The Court of Appeal overturned this decision, holding that Borenstein J. had erred by sending the dispute to arbitration without deciding whether or not the clause was abusive. Citing its decision in *Dell* ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570), the

mais elle interdit expressément au consommateur d'instituer un recours collectif ou d'y participer. L'entente de service est reproduite sur les factures que le D[r] Muroff a reçues de Rogers et elle est affichée sur le site Web de Rogers.

3. Historique judiciaire

Le D[r] Muroff a demandé l'autorisation d'intenter contre Rogers un recours collectif en son propre nom et au nom de tous les autres abonnés de Rogers à qui le service pour abonnés itinérants a été facturé 4 $ la minute. Sa demande allant à l'encontre de la clause d'arbitrage prévue dans l'entente de service, le D[r] Muroff a donc contesté tant la facturation établie à 4 $ la minute que la clause d'arbitrage, affirmant qu'elles sont abusives et contraires à l'art. 1437 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), et à l'art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1.

Rogers a fait valoir que le tribunal n'avait pas compétence en raison de la clause d'arbitrage (art. 940.1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »)). Le D[r] Muroff a présenté une requête pour permission d'interroger au préalable les représentants de Rogers. Rogers a demandé à la cour de rejeter cette demande.

La juge Borenstein de la Cour supérieure a fait remarquer que la clause d'arbitrage apparaît sur les factures de Rogers ainsi que sur son site Web. Elle a statué qu'en acquittant ces factures, le D[r] Muroff avait accepté les modalités du contrat. La juge Borenstein a estimé que la clause d'arbitrage était impérative et exclusive (« parfaite »). Elle n'a pas abordé la question du caractère abusif de la clause d'arbitrage, concluant simplement que la clause la privait de compétence pour statuer tant sur la demande d'interrogatoire préalable que sur l'exercice d'un recours collectif ([2005] J.Q. n[o] 17037 (QL)).

La Cour d'appel a renversé cette décision, statuant que la juge Borenstein avait commis une erreur en renvoyant le différend à l'arbitrage sans se prononcer sur le caractère abusif de la clause. Citant sa décision dans l'arrêt *Dell* ([2005] R.J.Q.

Court of Appeal declared that the Superior Court should first assess the validity of an arbitration clause before renouncing jurisdiction in favour of arbitration. The Court of Appeal therefore returned the matter to the Superior Court to decide this issue ([2006] Q.J. No. 1000 (QL), 2006 QCCA 196).

Rogers appeals to this Court. It argues that the Court of Appeal erred in ordering the Superior Court to assess the validity of the arbitration clause. In its view, Borenstein J. was correct to hold that an arbitrator had exclusive jurisdiction.

4. Analysis

Two principal questions arise. The first is the degree of scrutiny a trial court should apply to an arbitration clause whose validity is contested under art. 940.1 C.C.P. The second is the allegedly abusive nature of the clause under art. 1437 C.C.Q., and whether the trial judge should have addressed this question, applying the correct level of scrutiny.

Irrespective of these questions, this Court must also ask whether the arbitration clause in this case was rendered null by the enactment of Bill 48, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, 2nd Sess., 37th Leg., Québec, 2006 (now S.Q. 2006, c. 56).

4.1 *The Effect of the Arbitration Clause on the Court's Jurisdiction*

In *Dell*, the Court was unanimous in finding that under art. 940.1 C.C.P., arbitrators have jurisdiction to rule on their own jurisdiction (the "competence-competence principle"). The majority of the Court held that, when an arbitration clause exists, any challenges to the jurisdiction of the arbitrator must first be referred to the arbitrator. Courts should derogate from this general rule and decide the question first only where the challenge to the arbitrator's jurisdiction concerns a question

1448, 2005 QCCA 570), la Cour d'appel a déclaré que la Cour supérieure est d'abord tenue d'apprécier la validité de la clause d'arbitrage avant d'écarter sa compétence au profit de l'arbitrage. La Cour d'appel a donc renvoyé l'affaire devant la Cour supérieure afin que cette question soit tranchée ([2006] J.Q. nº 1000 (QL), 2006 QCCA 196).

8 Rogers se pourvoit devant notre Cour. Elle soutient que la Cour d'appel a eu tort d'ordonner à la Cour supérieure d'apprécier la validité de la clause d'arbitrage. Selon Rogers, la juge Borenstein a eu raison de conclure à l'exclusivité de la compétence de l'arbitre.

4. Analyse

9 Deux questions principales se posent. La première porte sur l'étendue de l'analyse que le tribunal de première instance doit appliquer à une clause d'arbitrage dont la validité est contestée en vertu de l'art. 940.1 C.p.c. La deuxième concerne la nature abusive de la clause invoquée sur le fondement de l'art. 1437 C.c.Q., ainsi que la question de savoir si la juge de première instance aurait dû aborder cette question en appliquant le juste degré d'examen.

10 Indépendamment de ces questions, la Cour doit également se demander si l'adoption du projet de loi nº 48, la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, 2e sess., 37e lég., Québec, 2006 (maintenant L.Q. 2006, ch. 56), emporte la nullité de la clause d'arbitrage.

4.1 *L'effet de la clause d'arbitrage sur la compétence du tribunal*

11 Dans l'arrêt *Dell*, notre Cour conclut à l'unanimité qu'en vertu de l'art. 940.1 C.p.c., les arbitres ont compétence pour se prononcer sur leur propre compétence (le « principe compétence-compétence »). Les juges majoritaires ont conclu qu'en présence d'une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être renvoyée à l'arbitre. Les tribunaux judiciaires ne devraient déroger à cette règle générale et se prononcer en premier sur cette question

of law alone. Where a question concerning jurisdiction of an arbitrator requires the admission and examination of factual proof, normally courts must refer such questions to arbitration. For questions of mixed law and fact, courts must also favour referral to arbitration, and the only exception occurs where answering questions of fact entails a superficial examination of the documentary proof in the record and where the court is convinced that the challenge is not a delaying tactic or will not prejudice the recourse to arbitration.

12 In the same case, Bastarache and LeBel JJ. suggested an alternative, discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances: "a court should rule on the validity of the arbitration only if it is possible to do it on the basis of documents and pleadings filed by the parties without having to hear evidence or make findings about its relevance and reliability" (para. 176).

13 Applying the standard endorsed by the majority in *Dell*, the trial judge was therefore correct to refer the matter to arbitration, unless the nature of the challenge and its evidentiary implications justified a departure from the general rule of deference to arbitral jurisdiction.

4.2 *The Allegedly Abusive Nature of the Arbitration Clause*

14 Dr. Muroff alleges that the arbitration clause is abusive under art. 1437 C.C.Q. He claims the right to prove this in court using a variety of evidence, including transcripts of oral examinations of Rogers' representatives.

15 Whether the arbitration clause is abusive is a mixed question of law and fact. Answering this question would apparently require a probing factual inquiry, including cross-examination; it would go far beyond a superficial examination of the

que dans le cas où la contestation de la compétence de l'arbitre ne comporte qu'une question de droit seulement. Lorsqu'une question soulevant la compétence de l'arbitre nécessite l'admission et l'examen des faits, les tribunaux sont normalement tenus de renvoyer ces questions à l'arbitrage. Quant aux questions mixtes de droit et de fait, les tribunaux doivent également privilégier le renvoi à l'arbitrage; n'y font exception que les situations où les questions de fait ne nécessitent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire versée au dossier et où le tribunal est convaincu que la contestation ne se veut pas une tactique dilatoire ou qu'elle ne met pas en péril le recours à l'arbitrage.

Dans cette même affaire, les juges Bastarache et LeBel ont proposé une autre solution, une approche discrétionnaire qui privilégie le recours à l'arbitrage dans la plupart des cas : « le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l'arbitrage que s'il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci » (par. 176).

En appliquant la norme approuvée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Dell*, la juge de première instance a donc eu raison de renvoyer la question à l'arbitrage dès lors que la nature de la contestation et ses répercussions sur la preuve ne justifiaient pas une dérogation à la règle générale de déférence à l'égard de la compétence arbitrale.

4.2 *La nature soi-disant abusive de la clause d'arbitrage*

Le D[r] Muroff allègue que la clause d'arbitrage est abusive au sens de l'art. 1437 C.c.Q. Il revendique le droit d'en faire la preuve devant le tribunal par la présentation de divers éléments de preuve, notamment la transcription des interrogatoires des représentants de Rogers.

La question de savoir si la clause d'arbitrage est abusive est une question mixte de droit et de fait. Il semble que la réponse à cette question exigerait un examen minutieux des faits, notamment un contre-interrogatoire, ce qui irait bien au-delà de l'examen

documentary evidence. (As Bastarache and LeBel JJ. held in *Dell* at para. 229, an arbitration clause is not necessarily abusive simply because it appears in a consumer contract; see also the reasons of Deschamps J. at para. 104.)

Under the approach to art. 940.1 C.C.P. adopted by the majority of this Court in *Dell*, an arbitrator has exclusive jurisdiction to undertake such an inquiry. For a court to conduct such an inquiry would run counter to art. 940.1 and deprive the arbitrator of jurisdiction to rule on its own jurisdiction.

Borenstein J. was therefore correct to hold that she had no jurisdiction and to refer the matter to an arbitrator. The Court of Appeal erred in returning the matter to the Superior Court for a determination on this issue.

4.3 *Transitional Law*

Bill 48 was assented to on December 14, 2006, the day of the hearing of this case before our Court. Section 2 of Bill 48, which added s. 11.1 to the *Consumer Protection Act*, came into force the same day. This provision prohibits any stipulation requiring a consumer to refer a dispute to arbitration, particularly if it deprives a consumer of access to class action procedures.

As this Court held in *Dell*, s. 11.1 of the *Consumer Protection Act* represents a change of substantive law. It has no retroactive effect. It only applies to legal situations that occurred after its coming into force or were ongoing at the time it came into force. It does not apply to legal situations that had fully occurred at the time it came into force, such as this one.

5. Conclusion

Faced with a challenge to the validity of an arbitration clause that would have required a detailed

superficiel de la preuve documentaire. (Comme l'ont affirmé les juges Bastarache et LeBel au par. 229 de l'arrêt *Dell*, une clause d'arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation; voir également les motifs de la juge Deschamps au par. 104.)

16 Suivant la méthode d'analyse de l'art. 940.1 C.p.c. retenue par les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Dell*, un tel examen ressort exclusivement à l'arbitre. Le tribunal qui se chargerait de cet examen agirait d'une manière contraire à l'art. 940.1 et priverait l'arbitre de la compétence qui l'autorise à statuer sur sa propre compétence.

17 La juge Borenstein avait donc raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence et de renvoyer l'affaire à un arbitre. La Cour d'appel a eu tort de retourner l'affaire devant la Cour supérieure pour qu'elle tranche cette question.

4.3 *Le droit transitoire*

18 Le projet de loi n° 48 a été sanctionné le 14 décembre 2006, le jour même où notre Cour a entendu la présente affaire. L'article 2 du projet de loi n° 48, qui a ajouté l'art. 11.1 à la *Loi sur la protection du consommateur*, est entré en vigueur le même jour. Cette disposition interdit toute stipulation ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige à l'arbitrage, en particulier si le consommateur est privé du droit d'exercer un recours collectif.

19 Comme l'a statué notre Cour dans l'arrêt *Dell*, l'art. 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur* modifie le droit substantif. Il n'a aucun effet rétroactif. Il ne s'applique qu'aux situations juridiques survenues après son entrée en vigueur ou à celles qui étaient alors en cours. Il ne s'applique pas aux situations juridiques qui, comme en l'espèce, avaient pris fin au moment de son entrée en vigueur.

5. Conclusion

20 Appelée à trancher la contestation de la validité d'une clause d'arbitrage qui aurait nécessité un

factual inquiry on a mixed question of law and fact, Borenstein J. was correct to renounce jurisdiction in favour of the arbitrator, under art. 940.1 C.C.P. The Court of Appeal erred in returning the matter to the Superior Court.

21 I would therefore allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and reinstate the decision of the Superior Court, with costs in this Court only.

English version of the reasons delivered by

22 LEBEL J. — I have read the Chief Justice's reasons. I agree with her that the appeal should be allowed and the respondent's claim referred to arbitration. However, I feel that certain aspects of this case require further comment.

23 First of all, the interpretation of art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, is not at issue in the case at bar, and it would not be at issue even if the respondent had clearly raised it. This question has been resolved by the decision of the majority of this Court in *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34, in which it is held that art. 3149 does not apply to an arbitration clause like the one in the parties' contract. I would nevertheless reaffirm the comments I wrote jointly with my colleague Bastarache J. in our dissenting reasons in *Dell*.

24 Thus, the remaining issue in the instant case concerns the validity of the arbitration clause in the telephone service contract between Rogers and Dr. Muroff. Dr. Muroff contests its validity, arguing that it is abusive.

25 A review of the trial proceedings confirms that Dr. Muroff plans to adduce evidence, which could require a long and complex inquiry, to establish that the agreement is abusive. In my opinion, on either the test for intervention by the Superior Court set out by Deschamps J. in her reasons in *Dell* or the one proposed by the dissent in that same case,

examen approfondi des faits sur une question mixte de droit et de fait, la juge Borenstein a eu raison de décliner compétence au profit de l'arbitre conformément à l'art. 940.1 C.p.c. C'est à tort que la Cour d'appel a renvoyé la question à la Cour supérieure.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Cour supérieure, avec dépens devant notre Cour seulement.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL — J'ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef. Je suis d'accord avec elle pour accueillir l'appel et renvoyer la réclamation de l'intimé à l'arbitrage. Cependant, j'estime nécessaire de commenter certains aspects de la présente affaire.

Tout d'abord, je constate que, dans le présent dossier, le problème de l'interprétation de l'art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, ne se pose pas, si tant est qu'il ait déjà été clairement invoqué par l'intimé Muroff. L'opinion majoritaire de notre Cour dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, règle la question, car on y conclut que l'art. 3149 ne s'applique pas à une clause compromissoire comme celle stipulée dans le contrat des parties. Je réitère toutefois à cet égard les commentaires que j'ai rédigés conjointement, en dissidence, avec mon collègue le juge Bastarache dans l'arrêt *Dell*.

Il reste donc dans le présent dossier un débat sur la validité de la clause compromissoire contenue au contrat de service téléphonique intervenu entre Rogers et le D[r] Muroff. Ce dernier invoque son caractère abusif pour en contester la validité.

L'examen du déroulement des procédures en première instance confirme que le D[r] Muroff entend s'engager dans une preuve qui pourrait être longue et complexe pour établir le caractère abusif de la convention. À mon avis, que l'on applique le critère d'intervention de la Cour supérieure énoncé dans l'opinion de la juge Deschamps dans l'arrêt *Dell*

the Superior Court should decline to consider this issue. As the trial judge held, Dr. Muroff's claim must be referred to arbitration.

Therefore, as the Chief Justice proposes, I would allow the appeal, reverse the Court of Appeal's decision and restore the Superior Court's judgment, with costs in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Kaufman Laramée, Montréal.

ou celui proposé dans les motifs dissidents dans ce même arrêt, la Cour supérieure ne devrait pas se saisir de ce débat. Comme le conclut la juge de première instance, la réclamation du D[r] Muroff doit être renvoyée devant l'arbitre.

Ainsi que le propose la Juge en chef, j'accueillerais donc le pourvoi, je casserais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure avec dépens devant notre Cour. 26

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Kaufman Laramée, Montréal.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Availability — Jurisdiction of Federal Court — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether judicial review available — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

CANADA V. ADDISON & LEYEN LTD., 793.

ARBITRATION

Review of application to refer dispute to arbitration — Whether arbitrator or court has jurisdiction to rule first on parties' arguments on validity or applicability of arbitration clause — Limits of intervention by court in case involving arbitration clause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943.

DELL COMPUTER CORP. V. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

CIVIL PROCEDURE

Arbitration — Effect of arbitration clause on court's jurisdiction — Whether court must dispose of any arguments on validity of arbitration clause before referral to arbitration — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 940.1.

ROGERS WIRELESS INC. V. MUROFF, 921.

COMMERCIAL LAW

Partnerships — Vicarious liability — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Whether law firm liable for lawyer's breach of fiduciary duty — Whether words "wrongful act or omission" in s. 12 of Partnership Act include equitable wrong — Whether wrongful act was "in the ordinary course of the business" of law firm — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 12.

STROTHER V. 3464920 CANADA INC., 177.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Banking — Federal paramountcy — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in relation to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

CANADIAN WESTERN BANK V. ALBERTA, 3.

2. Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

CANADIAN WESTERN BANK V. ALBERTA, 3.

3. Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Scope.

CANADIAN WESTERN BANK V. ALBERTA, 3.

4. Division of powers — Interjurisdictional immunity — Scope.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. LAFARGE CANADA INC., 86.

5. Division of powers — Navigation and shipping — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Company seeking to build integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable in view of Parliament's jurisdiction over "navigation and shipping" — Whether land use jurisdiction asserted by federal undertaking attracting interjurisdictional immunity — Whether requirements of federal paramountcy doctrine satisfied — Constitution Act, 1867, s. 91(10).

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. LAFARGE CANADA INC., 86.

6. Division of powers — Public property — Interjurisdictional immunity — Company seeking to build integrated ship offloading/concrete batching facility on port lands owned by federal undertaking — Whether municipal zoning and development by-law inapplicable — Whether interjurisdictional immunity extends to all federally controlled property — Constitution Act, 1867, s. 91(1A).

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. LAFARGE CANADA INC., 86.

7. Charter of Rights — Application — Searches and seizures outside Canada — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extraterritorial searches and seizures conducted by Canadian police officers — If not, whether evidence obtained abroad ought to be excluded because its admission would render trial unfair — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d), 24(2), 32.

R. v. HAPE, 292.

8. Charter of Rights — Equality rights — Health care workers — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether effects of legislation on health care workers constitute discrimination under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. v. BRITISH COLUMBIA, 391.

9. Charter of Rights — Freedom of association — Right to bargain collectively — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether constitutional guarantee of freedom of association includes procedural right to collective bargaining — If so, whether legislation infringes right to bargain collectively — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. v. BRITISH COLUMBIA, 391.

10. Charter of Rights — Freedom of expression — Advertising and promotion of tobacco — Whether limits imposed on tobacco manufacturers' freedom of expression by provisions of Tobacco Act and Tobacco Products Information Regulations justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, ss. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JTI-MACDONALD CORP., 610.

11. Charter of Rights — Freedom of expression — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

BAIER v. ALBERTA, 673.

12. Charter of Rights — Right to equality — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes right to equality — Whether occupational status an analogous ground — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

BAIER v. ALBERTA, 673.

13. Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Roadblocks — Search power incidental to investigative detention — Police officers responding to report that prohibited firearms openly displayed in parking lot by blocking exit from lot and preventing two accused from leaving in their

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

vehicle — Officers asking accused to exit vehicle — Officers searching accused — Accused carrying prohibited firearms — Whether police conduct in detaining and searching accused constitutional — Whether search incidental to investigative detention unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9.

R. v. CLAYTON, 725.

CONTRACTS

Consumer contract or contract of adhesion — External clause — Electronic commerce — Validity of arbitration clause — Whether arbitration clause that can be accessed by means of hyperlink in contract entered into via Internet is external clause — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1435.

DELL COMPUTER CORP. v. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

CRIMINAL LAW

1. Trial — Judgments — Trial judge delivering extensive written reasons 11 months after guilty verdicts rendered — Whether Court of Appeal erred in considering written reasons when deciding accused's appeal from convictions — Whether reasonable person would apprehend that trial judge's written reasons did not reflect real basis for convictions.

R. v. TESKEY, 267.

2. Evidence — Hearsay — Admissibility — Spousal incompetency rule — Trial judge admitting into evidence out-of-court statements made by accused's spouse to police during marriage — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Whether admission of statements would undermine spousal incompetency rule or its underlying rationales.

R. v. COUTURE, 517.

3. Police powers — Search incidental to investigative detention — Whether police officers acting within scope of common law police powers when they detained and searched accused.

R. v. CLAYTON, 725.

EDUCATION LAW

School authorities — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression or right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).

BAIER v. ALBERTA, 673.

EQUITY

Remedies — Breach of fiduciary duty — Disgorgement of profit — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether remedy ordered appropriate — Whether period during which profits must be accounted for appropriate — Whether lawyer's profit should be apportioned.

STROTHER v. 3464920 CANADA INC., 177.

LAW OF PROFESSIONS

Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether lawyer breached fiduciary duty owed to first client by accepting personal financial interest in second client — Whether lawyer wrongly used confidential information belonging to first client.

STROTHER v. 3464920 CANADA INC., 177.

LEGISLATION

Interpretation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Scope of extraterritorial application of Charter — Presumption of conformity with international law.

R. v. HAPE, 292.

MUNICIPAL LAW

By-laws — Validity — Open meeting requirement — Municipality discussing and approving interim control by-law at closed meetings contrary to open meeting statutory requirement — Whether meetings properly closed because interim control by-laws may be passed without prior notice or hearing under provincial planning legislation — If open meeting requirement breached, whether Court of Appeal properly exercised its discretion to quash by-law for illegality — Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, ss. 239, 273 — Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13, s. 38.

LONDON (CITY) v. RSJ HOLDINGS INC., 588.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Jurisdiction of Quebec courts — Arbitration — Sale of computer equipment over Internet — Arbitration clause contained in terms and conditions of sale — Consumer instituting class action against seller — Article of book of Civil Code on private international law providing that Quebec authority has jurisdiction to hear action involving consumer contract if consumer has domicile or residence in Quebec, and that waiver of that jurisdiction by consumer may not be set up against consumer — Whether arbitration clause can be set up against consumer — Whether arbitration clause contains foreign element that renders rules on international jurisdiction of Quebec authorities applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

DELL COMPUTER CORP. v. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

TAXATION

Income tax — Tax liability — Property transferred not at arm's length — Taxpayers assessed pursuant to s. 160 of Income Tax Act in respect of non-arm's length transfers of property at less than fair market value — Provision expressly authorizing Minister of National Revenue to assess "at any time" — Assessment made after long delay — Taxpayers filing notices of objection but no appeal raised in Tax Court — Judicial review sought in Federal Court of discretionary assessment — Whether length of delay before decision to assess taxpayers enough to ground judicial review — Whether regular appeal process could have dealt with tax liability issues — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 160 — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.5.

CANADA v. ADDISON & LEYEN LTD., 793.

INDEX

ARBITRAGE

Examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage — Qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire a compétence pour statuer, en premier, sur les arguments soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une clause d'arbitrage? — Paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une clause d'arbitrage — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943.

DELL COMPUTER CORP. C. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

CONTRATS

Contrat de consommation ou d'adhésion — Clause externe — Commerce électronique — Validité de la clause d'arbitrage — La clause d'arbitrage accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet constitue-t-elle une clause externe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1435.

DELL COMPUTER CORP. C. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Possibilité de recours — Compétence de la Cour fédérale — Cotisations établies à l'égard des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — Y a-t-il possibilité de recours en contrôle judiciaire? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.),

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

CANADA C. ADDISON & LEYEN LTD., 793.

DROIT COMMERCIAL

Sociétés de personnes — Responsabilité du fait d'autrui — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Le cabinet d'avocats est-il responsable du manquement à l'obligation fiduciaire de l'avocat? — Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 de la Partnership Act englobent-ils une faute en equity? — L'acte fautif a-t-il été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet d'avocats? — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 12.

STROTHER C. 3464920 CANADA INC., 177.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des pouvoirs — Banques — Exclusivité des compétences — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST C. ALBERTA, 3.

2. Partage des pouvoirs — Banques — Prépondérance fédérale — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation

de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST C. ALBERTA, 3.

3. Partage des pouvoirs — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Portée.

BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST C. ALBERTA, 3.

4. Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Portée.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAFARGE CANADA INC., 86.

5. Partage des pouvoirs — Navigation et bâtiments ou navires — Exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable du fait de la compétence du Parlement sur « la navigation et les bâtiments ou navires »? — La compétence en matière d'utilisation des sols que s'attribue l'entreprise fédérale fait-elle intervenir l'exclusivité des compétences? — A-t-il été satisfait aux exigences de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAFARGE CANADA INC., 86.

6. Partage des pouvoirs — Propriété publique — Exclusivité des compétences — Société cherchant à construire une installation intégrée de déchargement des navires et de centrale à béton sur des terrains portuaires appartenant à une entreprise fédérale — Le règlement de zonage et d'aménagement municipal est-il inapplicable? — L'exclusivité des compétences s'applique-t-elle à tous les biens dont le gouvernement fédéral a la maîtrise? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(1A).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAFARGE CANADA INC., 86.

7. Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à ces mesures? — Dans la négative, la preuve obtenue à l'étranger doit-elle être écartée au motif que son admission rendrait le procès inéquitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11d), 24(2), 32.

R. C. HAPE, 292.

8. Charte des droits — Droits à l'égalité — Travailleurs de la santé — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — Les effets de la loi sur les travailleurs de la santé constituent-ils de la discrimination selon l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 391.

9. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — La liberté d'association garantie par la Constitution comprend-elle le droit procédural de négociation collective? — Dans l'affirmative, la loi porte-t-elle atteinte au droit de négocier collectivement? — Cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

HEALTH SERVICES AND SUPPORT — FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 391.

10. Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité et promotion des produits du tabac — Les restrictions que les dispositions de la Loi sur le tabac et du Règlement sur l'information relative aux produits du tabac imposent à la liberté d'expression des fabricants de produits du tabac sont-elles justifiées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 18, 19, 20, 22, 24, 25 — Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. JTI-MACDONALD CORP., 610.

11. Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Le statut professionnel constitue-t-il un motif analogue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Local Authorities Election

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

BAIER C. ALBERTA, 673.

12. Charte des droits — Liberté d'expression — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

BAIER C. ALBERTA, 673.

13. Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Barrage policier — Pouvoir d'effectuer une fouille accessoirement à une détention aux fins d'enquête — Policiers ayant donné suite à un appel signalant l'exhibition d'armes à feu prohibées dans un stationnement en bloquant la sortie de celui-ci et en empêchant les deux accusés de quitter les lieux à bord de leur véhicule — Accusés pressés par les policiers de descendre du véhicule — Fouille des accusés par les policiers — Découverte d'armes à feu prohibées sur les accusés — La détention et la fouille des accusés étaient-elles constitutionnelles? — La fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9.

R. C. CLAYTON, 725.

DROIT CRIMINEL

1. Procès — Jugements — Dépôt de motifs écrits détaillés 11 mois après le prononcé de verdicts de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en prenant ces motifs en considération lorsqu'elle a statué sur l'appel formé par l'accusé contre les déclarations de culpabilité? — Une personne raisonnable craindrait-elle que les motifs écrits du juge du procès ne reflètent pas les véritables raisons sur lesquelles reposaient les déclarations de culpabilité?

R. C. TESKEY, 267.

2. Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner — Admission en preuve par la juge du procès des déclarations extrajudiciaires faites à la police par la conjointe de l'accusé durant le mariage — Ces déclarations sont-elles admissibles à titre d'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — L'admission des déclarations irait-elle à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou de ses fondements?

R. C. COUTURE, 517.

3. Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête — En détenant et en fouillant les accusés, les policiers ont-ils exercé leurs pouvoirs dans les limites établies par la common law?

R. C. CLAYTON, 725.

DROIT DE L'ÉDUCATION

Autorités scolaires — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).

BAIER C. ALBERTA, 673.

DROIT DES PROFESSIONS

Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eût acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — L'avocat a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers le premier client en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans le deuxième client? — L'avocat a-t-il erronément utilisé des renseignements confidentiels appartenant au premier client?

STROTHER C. 3464920 CANADA INC., 177.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Obligation fiscale — Transfert de biens avec lien de dépendance — Cotisations établies à l'encontre des contribuables en vertu de l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à des transferts de biens, avec lien de dépendance, consentis à une valeur inférieure à leur juste valeur marchande — Disposition autorisant expressément le ministre du Revenu national à établir des cotisations « en tout temps » — Cotisations établies après un long délai — Dépôt d'avis d'opposition par les contribuables, mais aucun appel formé devant la Cour de l'impôt — Demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale à l'égard du pouvoir discrétionnaire d'établir des cotisations — La longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir des cotisations à l'égard des contribuables suffit-elle à fonder un contrôle judiciaire? — La procédure d'appel normale aurait-elle permis de trancher des questions relatives à l'obligation fiscale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 160 — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5.

CANADA c. ADDISON & LEYEN LTD., 793.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Compétence des tribunaux québécois — Arbitrage — Vente de matériel informatique par Internet — Clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente — Consommateur intentant un recours collectif contre le vendeur — Disposition du livre du Code civil traitant du droit international privé prévoyant que les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation si le consommateur a son domicile ou sa résidence au Québec et que la renonciation du consommateur à cette compétence ne peut lui être opposée — La clause d'arbitrage est-elle opposable au consommateur? — La clause d'arbitrage comporte-t-elle un élément d'extranéité faisant jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

DELL COMPUTER CORP. c. UNION DES CONSOMMATEURS, 801.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Validité — Obligation d'ouvrir les réunions au public — Examen et approbation par la municipalité d'un règlement municipal d'interdiction provisoire lors de réunions à huis clos en contravention de l'obligation légale d'ouvrir les réunions au public — Le huis clos était-il justifié parce que la législation provinciale en matière d'aménagement du territoire permet l'adoption de règlements municipaux d'interdiction provisoire sans préavis et sans audience préalable? — S'il y a eu manquement à l'obligation d'ouvrir les réunions au public, la Cour d'appel a-t-elle exercé correctement son pouvoir discrétionnaire d'annuler le règlement pour cause d'illégalité? — Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25, art. 239, 273 — Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13, art. 38.

LONDON (CITÉ) c. RSJ HOLDINGS INC., 588.

EQUITY

Recours — Manquement à une obligation fiduciaire — Restitution de profits — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — La réparation ordonnée est-elle convenable? — La période à l'égard de laquelle il faut rendre compte des profits réalisés est-elle convenable? — Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par l'avocat?

STROTHER c. 3464920 CANADA INC., 177.

LÉGISLATION

Interprétation — Charte canadienne des droits et libertés — Portée de l'application extraterritoriale de la Charte — Présomption de conformité au droit international.

R. c. HAPE, 292.

PROCÉDURE CIVILE

Arbitrage — Effet d'une clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — La cour doit-elle trancher les arguments relatifs à la validité de la clause d'arbitrage avant le renvoi à

PROCÉDURE CIVILE — Fin

l'arbitrage? — Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, art. 940.1.

ROGERS SANS-FIL INC. C. MUROFF, 921.